





LECCIONES Y ENSAYOS



FACULTAD DE DERECHO

Decana
Dra. Mónica Pinto

Vicedecano
Dr. Alberto J. Bueres

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora
Mary Beloff

Subdirector
Sebastián Picasso

Secretaria
Malvina Zacari



CONSEJO DE REDACCIÓN - PRIMER SEMESTRE 2014

Director

Patricio Enrique Kenny

Subdirector

Julián Kon Yung Park

Secretaria de Redacción

María Julieta Sarmiento

Tutores

Ignacio Javier Lepro
Federico Eduardo Olivera

Redactores

Milton Fellay
Juan Nascimbene
Octavio Sambiase

Colaboradores

Sofía Aguilar
Magdalena Bulit Goñi
Alejandro Fernández
Rebeca Irene Fuertes Shanahan
Agostina Ghioldi
Federico Mantiñan
Federico Santiago Piroli
María de los Ángeles Ramallo
Francisco Sáez Zamora

Todos/as los/as integrantes del Consejo de Redacción son estudiantes de grado de la Facultad de Derecho (UBA)



2014

92

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES
Y
ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

José Casás
María Laura Clérico
Aníbal D' Auría
Marisa Herrera
Sandra Negro
Marcelo Raffin
Mario Villar

Todos los derechos reservados
Copyright by Departamento de Publicaciones,
Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P (C1425CKB)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723
La responsabilidad por los hechos e ideas expuestos en los trabajos
está a cargo exclusivamente de los autores.

ISSN (en papel): 0024-0079.
ISSN (en línea): 2362-4620.

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

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

Impreso en la República Argentina

Correspondencia: Dirigirse a

Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - UBA
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel./Fax: (54-11) 4809-5668

ÍNDICE

Editorial.....	13
----------------	----

LECCIONES

Limanski, Leonardo H., <i>Las consecuencias jurídicas de no ser una provincia</i>	17
Villarreal, Julio F., <i>De la abyección posestructuralista a la iconoclastía de los binomios</i>	35

ENSAYOS

Brodsky, Jonathan M., <i>Restricciones al dominio, relaciones de vecindad e inmisiones inmateriales: un recorrido desde el Derecho Romano</i>	57
Cano, Pablo E., <i>El Estado ideal de República y sus relaciones internacionales: Platón en clave cosmopolita</i>	73
Losardo, Martín F., <i>“Amicus Curiae” en el plano internacional</i>	101
Perez Pejčić, Gonzalo, <i>Primer ensayo sobre la función ambiental de la propiedad. Presentación de la estructura tripartita del derecho de propiedad</i>	129
Polansky, Jonathan A., <i>Sésamo: Un estudio sobre los discursos legitimantes de la prisión preventiva y un análisis sobre su constitucionalidad</i>	171

XI CONCURSO DE ENSAYOS “DR. IGNACIO WINIZKY” SOBRE DERECHO DE LOS
CONSUMIDORES

Beltramo, Andrés N. y Estevarena, Emiliano,
La tutela del consumidor sobreendeudado en el derecho argentino197

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

Sangalli, Marianela N., Ortiz, Florencia S., Wajzman, María Victoria,
Sánchez, César R. y Schmidt, Constanza, *El interés superior del niño
en las adopciones homoparentales*217

Germain, Marianela L., *Esconder o enfrentar. Silenciar o revelar.
El derecho a conocer los orígenes de las personas nacidas por técnicas
de reproducción humana asistida*233

COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO

Croxatto, Guido L., *Fuerza de la ley*253

TRADUCCIONES Y AFINES

Garibian, Sévane, *La consagración jurídica de testigos olvidados:
El juez argentino frente al genocidio armenio*279

ENTREVISTA

Entrevista a Antony Duff301
Interview to Antony Duff 311

¿Cómo publicar y participar en Lecciones y Ensayos?367

EDITORIAL

A veces nos olvidamos que estamos acá; inmersos en un mundo signado por la marginación, pero conviviendo con expresiones alternativas que aún vivas ofrecen alicientes para forjar esperanzas. Que somos sólo estudiantes de grado. Que dirigimos una revista latinoamericana con una historia de casi seis décadas. Y que, además de todo, no lo hacemos de cualquier modo, lo hacemos persiguiendo democracia.

Es una historia sin precedentes conocidos, construida cada semana cuando nos reunimos para deliberar en un pie de igualdad sobre los distintos quehaceres editoriales. Sin mandatarios, sin príncipes, sin interventores. Somos un Consejo de Redacción marcado por la singularidad de quienes lo conforman: de cada uno de nosotras y nosotros es de donde surgen aquellas decisiones que, convertidas en directrices, deberán ser luego ejecutadas, en general, por quienes circunstancialmente ocupan un cargo electivo.

Pero tenemos otras expectativas de igual tenor y éstas no yacen en un segundo plano. Queremos también una revista caracterizada por su promoción de contenido relevante y por estándares elevados en sus procedimientos capaces de asegurar mayor imparcialidad y mayor transparencia.

Aspiramos a no defraudar a quienes durante décadas han venido reuniendo voluntades en favor de este espacio. En esta nueva entrega, volvemos a desear haber estado a la altura de tamaño compromiso.

CONSEJO DE REDACCIÓN



LECCIONES



LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE NO SER UNA PROVINCIA*

LEONARDO HUGO LIMANSKI**

Resumen: En el presente trabajo se analiza, en forma profunda, la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en comparación con las 23 provincias argentinas. A su vez, se intentará demostrar que la Ciudad de Buenos Aires debe ser tratada en forma equivalente a una provincia, desarrollando los problemas que la interpretación actual de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema acarrea. A los efectos de lograr una cabal comprensión del tema se realizará una breve reseña histórica partiendo desde la federalización en el año 1880, y se hará hincapié en aquellos temas que, creo, violan la igualdad. Es así que se pondrán de manifiesto cuales son las consecuencias jurídicas de no ser considerada una provincia y, por último, se realizará una aproximación al vínculo existente entre las comunas y los municipios, a efectos de dejar planteado un problema.

Palabras clave: ciudad autónoma de buenos aires – competencia originaria – *equal footing* – estatus de la ciudad – comunas.

Summary: In this paper we will deeply analyze the autonomy of the city of Buenos Aires, comparing it with Argentina's 23 provinces. At the same time, we will consider the problems derived from the interpretations of the Supreme Court and we will try to prove that the Autonomous City of Buenos Aires should be treated in the same way as a province is currently treated. In order to achieve a comprehensive understanding of the subject will briefly present some historical facts starting from the federalization in 1880. Also, we will emphasize on those issues that, I believe, violate equality. We will try to make clear which are the legal consequences of not being considered a province and, finally, we will start a preliminary approach to the study of the relation between townships and municipalities.

Keywords: autonomous city of buenos aires – original competence – equal footing – status of the city – township.

* Recepción del original: 2/10/2013. Aceptación: 17/04/2014.

** Abogado (UBA), ayudante de segunda de Elementos de Derecho Constitucional y Elementos de Derecho Administrativo (UBA). E-mail de contacto: leolimanski@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN Y ACLARACIONES PREVIAS

El presente trabajo tiene como objetivo analizar, en primer lugar, si la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debe ser considerada como una provincia argentina, o en definitiva si tiene un estatus especial. En todo caso, no se puede dejar de desconocer la jurisprudencia del máximo tribunal en cuanto consideró que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no es una provincia argentina, negándole en consecuencia las prerrogativas que la Constitución Nacional les otorga a éstas últimas.¹ El presente trabajo abordará las diferencias entre la autonomía originaria de las provincias y la autonomía derivada, con especial énfasis en las provincias que se crearon con posterioridad y que la Corte las consideró iguales por el principio de *equal footing*.² En este sentido, comenzaré con una breve reseña histórica en relación a la problemática Provincia de Buenos Aires –Capital Federal– Ciudad Autónoma de Buenos Aires y con una comparación con la Constitución de los Estados Unidos y el Distrito de Columbia.

Luego de haber dado este primer paso, me abocaré con profundidad a las consecuencias jurídicas de no ser considerada una provincia argentina. Entre tales problemas podemos encontrar el de la posibilidad de ser demandada y condenada por otros tribunales provinciales. ¿Debe el Congreso destinar aportes del Tesoro de la Nación? ¿Los jueces locales son considerados jueces provinciales? Asimismo, ¿existe obligación de la CABA en cuanto a la descentralización? La obligación de crear municipios es para las provincias, y en caso de no considerarla como tal, ¿podría eliminar las Comunas? ¿Hay alguna obligación constitucional hacia las Comunas?

En síntesis, se analizará en primer lugar la diferencia entre Ciudad de Buenos Aires y las Provincias, y luego se abordarán en profundidad las consecuencias (en cuanto a derechos y obligaciones) de no ser considerada una provincia argentina por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciendo especial hincapié en la igualdad de trato que, creo yo, la Ciudad debe recibir.

II. UNA BREVE RESEÑA HISTÓRICA

A los efectos del presente trabajo, quizás podamos marcar el inicio del “conflicto” federal entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires en el año 1853, año en el cual la Ciudad de Buenos Aires fue declarada como Capital de

1. Fallos (322:2856); (323:3991); (327; 5254); (329:2316), entre otros.

2. Fallos (326:3368).

la República.³ En este sentido, la Constitución histórica siguió los lineamientos de Alberdi en su obra “Bases y punto de partida para la Organización Política de la República Argentina”.⁴

Luego, dicha constitución fue modificada en el año 1860 y se estableció la redacción actual del artículo 3°, que dispone que *Las autoridades que ejercen el Gobierno federal, residen en la ciudad que se declare Capital de la República por una ley especial del Congreso, previa cesión hecha por una o más legislaturas provinciales, del territorio que haya de federalizarse*.⁵

En 1880 se declaró Capital de la República al Municipio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,⁶ sujeta a la conformidad de la Provincia de Buenos Aires, a los efectos de cumplir con el artículo 3° de la Constitución Nacional.

De esta forma quedó declarada, desde el año 1880, la Ciudad de Buenos Aires como Capital de la República y sujeta a la *jurisdicción*⁷ de la nación.

A lo largo de dicho período, y hasta el año 1994, la definición de su estatus era sencillo: Buenos Aires era la Capital, con todas las consecuencias que ello acarrearaba.

Sin embargo, no puedo dejar de mencionar la posibilidad del traslado de la Capital a Viedma-Patagones, con las consecuencias que ello hubiera implicado de conformidad con lo que las normas establecían. El día 12 de Noviembre de 1986 la Provincia de Buenos Aires sancionó la Ley N° 10.454 que en su artículo 10 dispuso: *La ley nacional deberá contemplar la devolución del territorio de la ciudad de Buenos Aires a la Provincia de Buenos Aires o la formación de una nueva Provincia en los límites actuales de la Capital Federal*. En tal sentido, la Ley 23.512, sancionada el 27 de Mayo de 1987, estableció en su artículo 6° que *La ciudad de Buenos Aires continuará siendo Capital de la República hasta cumplirse lo dispuesto en el Artículo 5°. A partir de ese momento la ciudad de Buenos Aires, con sus límites actuales, constituirá una nueva provincia, debiéndose convocar para su organización una convención constituyente*.⁸

En este estado de cosas, podemos razonablemente interpretar que la Provincia de Buenos Aires, incluso cien años después de la federalización, reafirmó que la

3. Artículo 3.- Las autoridades que ejercen el Gobierno federal residen en la Ciudad de Buenos Aires, que se declara Capital de la Confederación por una ley especial.

4. ALBERDI, J. B., *Bases y punto de partida para la Organización Política de la República Argentina*, Valparaíso, Imprenta del Mercurio, Calle de la Aduana N° 22 y 24, Julio de 1852.

5. Ver artículo 3 de la Constitución Nacional.

6. Ver artículo 1, Ley 1029, consultado en: [<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/48865/norma.htm>].

7. Se utiliza el término jurisdicción ya que así aparece en el texto de la Ley 1029.

8. Artículo 6, Ley 23.512. El destacado me pertenece.

República Argentina podía contemplar única y exclusivamente dos opciones sobre el destino del territorio de la Ciudad de Buenos Aires:

1. Restituirlo.
2. Formar una nueva provincia.

Asimismo la propia Ley 23.512, sancionada por el Congreso Nacional, afirmó que la Ciudad de Buenos Aires constituiría una nueva provincia, para lo cual sería necesario, según su texto, convocar a una convención constituyente.

Finalmente el traslado no se realizó y las cesiones realizadas tanto por la Provincia de Buenos Aires como por la provincia de Río Negro han quedado sin efecto por el transcurso de los cinco años establecidos en las normas.⁹

Para finalizar esta breve exposición histórica debo mencionar que en 1994 se reformó la Constitución Nacional y –como fruto del Pacto de Olivos– se incorporó el artículo 129 que dice: *La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad.*¹⁰

III. EL DISCUTIDO ESTATUS DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

A partir de la reforma constitucional, se han escrito ríos de tinta acerca de cuál es la naturaleza jurídica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En tal sentido se ha afirmado que se trata de un “ente autárquico”, “una ciudad autónoma”, “una ciudad estado”, “ciudad estado de nivel provincial”, “semiprovincia”, “ciudad con status jurídico excepcional”, “un distrito autónomo, con una situación intermedia entre un municipio y una provincia”, una “entidad *sui generis*”, “una persona de derecho público de existencia necesaria”, “un municipio federado”, “una ciudad constitucional federada”.¹¹

Todos las denominaciones efectuadas tienen sus propios argumentos, los cuales no desarrollaré ni expondré en este brevísimo trabajo sino que me limitaré a argumentar a favor de que la Ciudad de Buenos Aires debe ser tratada, como afirma

9. Artículo 10, Ley 10.454 de la Provincia de Buenos Aires.- Ley 2086 de la Provincia de Río Negro.

10. Ver artículo 129 Constitución Nacional.

11. ABALOS, M. G., “Buenos Aires luego de la reforma: ¿Nuevo sujeto del Federalismo?”, en BIDART CAMPOS, G. J. y GIL DOMINGUEZ, A. (dirs.), *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2001, p. 8.

Ferreyra, como de *naturaleza equivalente a provincia*,¹² sin perjuicio de las denominaciones que la diversa doctrina pretenda darle.

Dicha naturaleza equivalente implicará por lo pronto: a) Que la Ciudad de Buenos Aires deba –constitucionalmente y sin perjuicio de que actualmente lo haga– respetar el sistema republicano, representativo y federal (art. 5°); b) Dictar su constitución de acuerdo a las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional (art. 5°); c) ser sujeto pasivo de la intervención federal (sin perjuicio de lo previsto en el artículo 75.31); d) Ser considerada provincia para el caso que la Ciudad de Buenos Aires invadiera una provincia (de conformidad con el artículo 6° de la CN);¹³ e) Que sus actos públicos y procedimientos judiciales gocen de entera fe en las demás provincias (art. 7°); f) Obligación recíproca de extraditar criminales a las provincias (Art. 8°); g) Sancionar con las penas del artículo 29 de la Constitución a quienes usurparen funciones previstas por la Constitución de la Ciudad (art. 36); h) Dictar las normas complementarias sobre medio ambiente (art. 41);¹⁴ i) Aprobar la Ley convenio que se dicte de conformidad con el artículo 75.2; j) Habilitar al Congreso a reglamentar el comercio de la Ciudad de Buenos Aires y otras provincias (Art. 75.13); k) Recibir subsidios del Tesoro Nacional para el caso que no alcancen sus rentas (art. 75.9); l) Que el Congreso provea lo conducente a su prosperidad también, al igual que con el resto (art. 75.18); m) Promover el desarrollo armónico y equilibrar el crecimiento de la Ciudad (art. 75.19); n) Posibilidad de crear regiones;¹⁵ o) Imposibilidad de declarar la guerra a otra provincia (art. 127); p) Aplicar los códigos de fondo (art. 75.12) q) litigar de manera originaria en la CSJN, en los casos previstos en la Constitución (arts. 116 y 177).

La enumeración anterior permite identificar todas las normas constitucionales que prevén derechos y obligaciones únicamente para las “*provincias*”, sin mención expresa a la Ciudad de Buenos Aires, pero que de ninguna manera podría negársele

12. FERREYRA, R. G., “Autonomía y sistema de gobierno. Sobre la necesidad, oportunidad y conveniencia de un nuevo momento constituyente en la Ciudad”, en *La Ley* 2006-F, 1093, p. 2.

13. Artículo 6.- El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, **o por invasión de otra provincia**. (El destacado me pertenece)

14. GIL DOMÍNGUEZ, A. y GONZÁLEZ, A., “El caso “Mendoza”, ACUMAR, el poder de policía ambiental y la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires”, en *LLCABA*, Buenos Aires, 2011 (junio), p. 263: *En tanto que las provincias y la CABA tienen facultades para dictar normas de naturaleza complementaria respetando el piso mínimo establecido por el Estado Federal*.

15. HERNÁNDEZ, A. M., *Federalismo, Autonomía Municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 97: *Además de las provincias, pueden intervenir los otros órdenes gubernamentales: el federal, la ciudad de Buenos Aires y los municipios*. Citado por SABSAY, D. A., “El federalismo y la incorporación de la noción de región en la reforma constitucional de 1994”, en *La Ley* 13/06/2013, 1, La Ley 2013-C, 1172.

su aplicación a la Ciudad de Buenos Aires. Es más, en lo que hace a obligaciones como, por ejemplo, respetar el sistema republicano o las declaraciones, derechos y garantías, nadie pone en tela de juicio que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debe adecuar sus normas a dichos postulados, aún cuando no esté expresamente mencionado en el artículo 129, ni en el 5, ni en el artículo 123 de la Carta Magna. En el mismo sentido, nadie se atrevería a afirmar que en razón que la Ciudad de Buenos Aires no es una provincia, ésta pudiera hacer la guerra a otra provincia, según surge del artículo 127. Acaso, ¿Sería posible pensar que sus actos públicos no gozan de entera fe en las provincias, o que en el caso que a la Ciudad no le alcanzaren las rentas el Congreso no podría acordarle subsidios del Tesoro Nacional?¹⁶ Esta última cuestión fue tratada por el entonces Procurador del Tesoro de la Nación al afirmar que: *toda vez que, si bien es cierto que la Ciudad de Buenos Aires no es una provincia más, también es cierto que cuando la ley-convenio menciona a los gobiernos provinciales, lo que está haciendo es referirse a los miembros integrantes del sistema de coparticipación tributaria al momento de la sanción de la norma, los que no eran otros que las provincias. No obstante ello, no puede obviarse el cambio de status jurídico que con posterioridad a la entrada en vigencia de la citada ley han tenido tanto la Ciudad de Buenos Aires como Tierra del Fuego. Dentro de tal marco de referencia, debe tenerse también presente que ambos entes territoriales son copartícipes del sistema al que además aportan, por lo que no resultaría admisible establecer una discriminación en la distribución de la masa.*¹⁷ Por último, debo decir que el tratamiento que la Corte Suprema de Justicia de la Nación le ha dado a la Ciudad al tratar su competencia originaria (parte actora y demandada) ha generado una absoluta desigualdad tanto para la Ciudad como para todas las personas que habitan el suelo argentino.

IV. DERECHO COMPARADO - EL DISTRITO DE COLUMBIA: TAXATION WITHOUT REPRESENTATION

En una situación comparable se encuentran los habitantes del Distrito de Columbia, Estados Unidos, en razón de que según su texto constitucional el Distrito de Columbia no es un estado y consecuentemente se le han negado derechos

16 Ver KIPER, C. M., "Razones que impiden el traspaso de la justicia nacional ordinaria a la Ciudad de Buenos Aires", en *La Ley* 1997-B, 862, en donde afirma que: *La ciudad tampoco aparece autorizada para recibir subsidios del Tesoro Nacional cuando sus rentas no alcancen a cubrir sus gastos ordinarios*. En el mismo sentido MASNATTA, H., "La autonomía de la ciudad de Buenos Aires", en *La Ley* 1996-D, 1465: *que la Ciudad tampoco aparece autorizada para recibir subsidios del Tesoro nacional cuando sus rentas no alcancen a cubrir sus gastos ordinarios*.

17. Dictamen PTN n° 104 T. 257, P. 90, del 24 de Abril de 2006 (Oswaldo Cesar Guglielmino).

fundamentales a sus ciudadanos como, por ejemplo, el derecho a elegir a las autoridades federales.

La Constitución de Estados Unidos establece que la sede del Gobierno Federal sea un distrito (de no más de cien millas cuadradas)¹⁸ cedidas por algunos estados y aprobado por el Congreso.¹⁹ El 16 de Julio de 1790 el Congreso aprobó una ley para el establecimiento del Gobierno, aceptando la cesión de un distrito que estaría situado sobre el río Potomac.²⁰

Con la referida cesión, sus habitantes dejaron de ser parte del estado cedente y pasaron a ser ciudadanos del Distrito. Acuerdo con Grau cuando afirma que: *Ya que el Distrito de Columbia no era un estado, no le eran de aplicación la Sec. 2 ni la 3 del Art. I, ni los párrafos 2º y 3º del Art. II, Sec. 1ª, ni el Art. V, ni el Art. VII, ni las Enmiendas XII, XVII, ni parte de la XIV. Fallaba –precisamente en la sede del gobierno– el principio de la Magna Carta de no taxation without representation en que se había fundamentado la propia revolución americana.*²¹

En igual situación nos encontramos con quienes afirman que la Ciudad de Buenos Aires no es una provincia, razón por la cual se tornan inaplicables todas las prerrogativas que la Constitución otorga a éstas últimas.

En sentido concordante, las autoridades judiciales de los Estados Unidos han interpretado que el distrito de Columbia no puede ser considerado un Estado.²²

Por la situación mencionada, y la violación de la garantía de igualdad intervino la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y concluyó que *el fundamento de esta distinción es el deseo de los redactores originales de la Constitución de proteger el centro de la autoridad federal de una influencia indebida de diversos Estados y, al mismo tiempo, evitar la posibilidad de que los residentes del Distrito gocen de una influencia desproporcionada en los asuntos gubernamentales en virtud de su contigüidad y su residencia entre los miembros del gobierno federal*²³ y consideró violados los derechos de los residentes del Distrito de Columbia.

El referido antecedente de la Comisión Interamericana debe ser tenido en especial consideración por nuestro país ya que, de la lectura armónica de los artículos

18. Un cuadrado de diez millas de cada lado.

19. Artículo 1, sección 8, Párrafo 17 de la Constitución de Estados Unidos.

20. BIANCHI, A., *Competencia Originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1989, p. 50, nota al pie 92.

21. GRAU, L., *Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992* (Edición Bilingüe), Madrid, Universidad Carlos III, 2000, p. 246.

22. Lois E. Adams c. Clinton, Clifford Alexander y otros c. Daley, Casos Nos. 98-1665, 98-2187, (U.S.D.C. – D.C.).

23. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n° 98/03, caso 11.204. Fondo. STATEHOOD SOLIDARITY COMMITTEE ESTADOS UNIDOS. 29 de diciembre de 2003, párrafo 82.

45 y 54 de la Constitución Nacional surge que –para el caso de traslado, como hubiera sucedido en el año 1987– la Capital gozaría de representación en la Cámara de Diputados pero no tendría ningún tipo de representación en el Senado,²⁴ tornando de aplicación directa la violación mencionada por la Comisión IDH en cuanto que: *la Comisión llega a la conclusión de que los peticionarios, como residentes del Distrito de Columbia, no pueden votar por ningún candidato al Senado ni pueden elegir Senadores de Estados Unidos.*²⁵ Especialmente sobre el caso de Diputados podríamos pensar si se le aplicará el piso mínimo de cinco diputados previsto en el Decreto Ley 22847/83, considerando que la población no superaría inicialmente los 100.000 habitantes²⁶ si consideramos los datos relevados por el Ente Para la Construcción de la Nueva Capital en el Plan General Urbanístico, que fuera aprobado por el Decreto 1589/87. De esta forma se daría la ilógica situación de tener una sobre-representación en la Cámara de Diputados, y no estar representada en el Senado. Por último, debo mencionar que la Constitución, en su versión de 1853, contemplaba Diputados y Senadores por la Capital.²⁷

V. LA FALSA PRE-EXISTENCIA DE LAS PROVINCIAS - LA INCORPORACIÓN DE NUEVAS PROVINCIAS - EL PRINCIPIO DE *EQUAL FOOTING*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado *que el sistema federal establecido por la Constitución Nacional reconoce la preexistencia de las provincias*²⁸ pero es preciso aclarar que no todas las provincias son preexistentes a la Nación, sino que sólo catorce de ellas preexisten realmente y las restantes fueron incorporadas posteriormente.

Nuestra Constitución prevé, en su artículo 13 que *[p]odrán admitirse nuevas provincias en la Nación; pero no podrá erigirse una provincia en el territorio de otra u otras, ni de varias formarse una sola, sin el consentimiento de la Legislatura de las provincias interesadas y del Congreso.*

24. GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, Buenos Aires, Ed. La Ley, p. 1042.

25. *Ibidem*, párrafo 82.

26. Según el Plan Urbanística del ENTECAP las áreas urbanas existentes eran: a) Viedma: 30.000 habitantes; b) Patagones: 15.000 habitantes; c) San Javier; d) Guardia Mitre; e) Balneario el Condor; f) Cardenal Cagliero (En las últimas 4 el ENTECAP no aclara la población existente). Según el decreto, se construirían 4.954 viviendas entre 1987 y 1995.

27. Artículos 33 y 42 de la Constitución de 1853.

28. Fallos 334:626.

Es decir que para la admisión de una nueva provincia es necesaria la cesión de la legislatura y la aprobación por parte del Congreso. A tal punto, vale la pena mencionar que la Corte ha afirmado que *la incorporación de un territorio al conjunto de las provincias que integran la Nación debe hacerse bajo la regla del equal footing, esto es, que debe estar presidida por el principio de igualdad.*²⁹

De lo dicho se desprenden tres conclusiones:

1. Se encuentra permitido, constitucionalmente, admitir nuevas provincias.
2. Hay provincias preexistentes a la Nación y provincias que se incorporaron posteriormente.
3. Los nuevos territorios –la Corte no habla sólo de provincias sino de territorios– deben hacerse bajo la regla del equal footing.

Habiendo arribado a este punto cabe, sin más, analizar las consecuencias más importantes de no ser considerada de manera equivalente a una provincia argentina.

VI. LAS CONSECUENCIAS DE NO SER CONSIDERADA UNA PROVINCIA

Sin perjuicio de los temas que he analizado previamente (posibilidad de que la CABA reciba aportes del Tesoro Nacional) y aquellos mencionados en el acápite anterior que no suscitan duda alguna en relación a que la CABA es, en dichos supuestos, tratada en forma equivalente a una provincia, profundizaré sobre dos temas fundamentales: a) La competencia originaria. b) la obligación de descentralización.

Con la vigencia del fallo “De Gandía”,³⁰ podíamos afirmar que la Corte era competente, en instancia originaria, para entender en demandas de un vecino contra una provincia por responsabilidad del estado pero no lo era si la demanda se dirigía contra la Ciudad de Buenos Aires. Esto producía sin duda una desigualdad frente a los vecinos que demandaran la Ciudad puesto que su juicio se demoraría sustancialmente más e intervendrían jueces locales. De todas maneras, este problema fue saldado por la Corte –debo decir que no a favor de la imparcialidad y de la tutela judicial efectiva– en la causa Barreto al establecer un nuevo concepto de causa civil excluyendo *de tal concepto los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o*

29. Fallos 326:3368.

30. CSJN. De Gandía, Beatriz I. c. Provincia de Buenos Aires. Publicado en: La Ley 1993-B, 97 - DJ1993-2, 950.

revisión.³¹ En dicho fallo dio un paso más hacia la igualdad de las provincias con la Ciudad de Buenos Aires, en contra de los derechos de los ciudadanos, rechazando desde entonces la competencia originaria por responsabilidad patrimonial de una provincia en razón de tener que analizar normativa de derecho público local.

Sin embargo, existen aún casos en los que por no considerar a la CABA como una provincia, se establece un desigual trato hacia los ciudadanos y hacia la propia Ciudad de Buenos Aires.³²

En primer término analizaré el fallo Bernaldo de Quirós, Mario C. c. Provincia de Entre Ríos.³³ En el caso, el actor, domiciliado en Capital Federal, promovió demanda en instancia originaria con el fin de que se revoque una donación efectuada a la provincia demandada, a raíz del incumplimiento del cargo. Es decir que se encontraban presentes las condiciones para la competencia originaria: a) conflicto entre una provincia y los vecinos de otra; b) causa civil por tratarse de aplicación el Código Civil.

Cabe hacer un paréntesis aquí y aclarar que, a los efectos de considerar la distinta vecindad de los vecinos de la Capital Federal, se los ha equiparado como vecinos de otra provincia. En 1884, por Ley 1467, se afirmó que *el fuero federal comprende a los vecinos de la Capital de la República*. Luego, en el año 1906 la Corte consideró en instancia originaria la demanda interpuesta por una provincia contra un vecino de la Capital,³⁴ y en el año 1938 la de un vecino de la Capital Federal contra una provincia.³⁵

Ahora bien, retomando el fallo en cuestión, la Corte no tuvo más remedio que rechazar la excepción de incompetencia opuesta por la Provincia de Entre Ríos y aceptar su competencia de manera originaria. ¿Qué hubiera sucedido si en lugar de demandar a la Provincia de Entre Ríos se hubiera demandado, bajo una idéntica situación, a la Ciudad de Buenos Aires? Creo que la Corte hubiera aplicado sin más su jurisprudencia en la que considera que la CABA no es una provincia, razón por la cual no hubiera aceptado la competencia originaria. Es decir que, se podría dar el caso, en que dos ciudadanos en situaciones más que similares, deban enfrentar litigios distintos –más largo uno que el otro y frente a distintos jueces– simplemente por no equiparar a la Ciudad con una Provincia, conclusión que no parece ser razonable.

31. CSJN. Barreto, Alberto D. y otra c. Provincia de Buenos Aires y otro, 21/03/2006.

32. En diversos casos sobre responsabilidad del Estado la Corte ha exceptuado la doctrina del caso “Barreto” haciendo lugar a la competencia originaria. En estos casos la crítica se mantiene vigente. Fallos 329:2088; 329:2688, entre otros.

33. Fallos: 327:2497.

34. CSJN. Fallo: Viaggio, Luis c/ Provincia de Entre Ríos, t. 105, p. 310. Fallos: 327:2497.

35. Fallos: 182:5.

Recapitulemos entonces:

- a) La Corte y la legislación considera de distinta vecindad a los vecinos de la Capital Federal, a los efectos de la competencia originaria.³⁶
- b) La Corte equiparó a las Provincias con la Ciudad en la competencia originaria al rechazar todas las cuestiones relacionadas a reclamos patrimoniales por responsabilidad del estado.
- c) La Corte sigue sosteniendo, mediante una interpretación literal, que la Ciudad no puede ser equiparada a una provincia.

Agreguemos entonces más argumentos a la cuestión. *En la causa “Acumar s/ urbanización de villas y asentamientos precarios, legajo de actuaciones ocupación de predio sito en las calles Lafuente, Portela y Castañares, Villa Soldati, CABA s/ actuaciones elevadas por el Juzgado Federal de Quilmes”, del 29 de noviembre de 2011, al referirse a actos de un tribunal de la Ciudad, la Corte destacó que “es doctrina de este Tribunal que las autoridades de una provincia, (entre las que se encuentran los jueces locales), no pueden trabar o turbar en forma alguna la acción de los magistrados que forman parte del Poder Judicial de la Nación (conf. causa “Ponce”, Fallos: 328:175, y sus citas)”;* dando igual jerarquía, al menos nominalmente, a las autoridades judiciales locales y las provinciales³⁷. Además, en lo que respecta a la jurisdicción apelada de la Corte Suprema, la Corte no ha tenido problema alguno en equiparar al Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires como un “tribunal superior de provincia”.³⁸ Debo recordar también que la doctrina ha discutido si correspondía a los jueces de la Ciudad aplicar los códigos de fondo, considerando que la CABA no se encuentra mencionada expresamente en el artículo 75.12, aunque considero que tal discusión quedó saldada mediante los dos convenios³⁹ de transferencias en los que expresamente se habilitó a los jueces de la CABA a entender en su aplicación.

Es así entonces que aún cuando la Corte –y la legislación– debe referirse a las autoridades judiciales locales, las equipara también a los tribunales de Provincia, más no lo hace cuando se trata de competencia originaria precisa y únicamente por aplicación de la tradicional doctrina de otorgar un alcance sumamente restringido a este instituto.⁴⁰

36. BIANCHI, A., ob. cit., p. 220.

37. SEIJAS, G., “Las facultades jurisdiccionales de la Ciudad de Buenos Aires”, en *Sup. Act.* 15/03/2012, 1. (El destacado me pertenece)

38. GULLCO, H., “La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. La ley Cafiero es inconstitucional”, en *La Ley* 22/04/2010, 1, La Ley 2010-C, 807.

39. Ley 25.752 y 26.357.

40. GULLCO, ob. cit.

Como segundo punto, me interesa analizar el fallo Rodríguez c. Provincia de Buenos Aires y otros.⁴¹ En el caso, Héctor Rodríguez, domiciliado en la Provincia de Buenos Aires, interpuso demanda por mala praxis de los médicos de los nosocomios Madre Teresa de Calcuta y Hospital General de Agudos Donación Francisco Santojanni, dependientes de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires respectivamente. El Juez que intervenga en dicha causa deberá condenar –o no– tanto a la Provincia de Buenos Aires como a la Ciudad de Buenos Aires, en caso de encontrar responsabilidades de ambos. Asimismo, es dable recordar que la propia Corte en un caso similar,⁴² previo a 1994, había afirmado que “*siendo codemandados la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y una provincia, la única forma de conciliar la prerrogativa jurisdiccional que asiste a aquella de no ser juzgada por los tribunales de las provincias*”. En el fallo Rodríguez, considerando la modificación constitucional, la Corte interpretó que por tratarse de un vecino de la Provincia de Buenos Aires demandando a su propia provincia y no siendo la CABA una provincia *la cuestión debe ser atribuida a un juez del Estado provincial*.⁴³

Con esta interpretación la Corte atenta contra los orígenes de nuestro Estado Federal. La propia Corte reconoce⁴⁴ cuales fueron los objetivos de atribuir competencia originaria cuando se tratare de cuestiones relacionadas con estados de la federación, y señala al menos dos motivos:

- a) El respeto a la condición de estado que cada una de las provincias mantiene, con cita de Marcelino Ugarte.
- b) Asegurar la paz interior, proporcionando a las partes un tribunal que se halle libre de parcialidad o influencia.⁴⁵

Ya sea que interpretemos cualquiera de esos dos motivos para acudir a la competencia originaria, se los estaría dejando de lado al permitir que la Ciudad de Buenos Aires sea condenada por un tribunal local de la Provincia de Buenos Aires sin su consentimiento.

En el mismo sentido, en el fallo Ciudad de Buenos Aires c. Tierra del Fuego, los jueces Argibay y Zaffaroni afirman que este tipo de pleitos deben ser tratados como un caso no previsto en las normas constitucionales y legales, cuyo origen es

41. Fallos: 323:3991.

42. Fallos 314:240.

43. Fallos: 323:3991.

44. Fallos: 315:2157.

45. Fallos 315:2157 con cita de Gondra y Jurisprudencia de Estados Unidos (Chilson v. Georgia). En este sentido ver Preámbulo de la Constitución Argentina.

cronológicamente muy anterior a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y añaden que el art. 127 de la Constitución Nacional difiere a la Corte Suprema entender en forma originaria en todas las causas que se susciten entre dos o más provincias, con la finalidad de evitar cualquier tipo de asperezas o conflictos institucionales entre los estados que participan de la federación, y que puedan transformarse en jueces y parte de los conflictos que se susciten con los otros miembros de la federación.⁴⁶

En este punto de la investigación considero que todos los bastiones que marcaban una diferencia con las provincias han sido derribados, pero me interesa dejar planteado un interesante interrogante que ha sido analizado muy brevemente por la doctrina. Se trata de si la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene alguna obligación constitucional en torno a la descentralización.

VII. LA DESCENTRALIZACIÓN Y LA OBLIGACIÓN HACIA LAS COMUNAS

La constitución de la Ciudad estableció en el título sexto la creación de unidades de gestión política y administrativa con competencia territorial. Así también, las Comunas pueden asimilarse a los Municipios en cuanto tienen presupuesto propio y competencias exclusivas si bien pareciera que no tienen autonomía.

Asimismo se ha dicho que *la Ciudad no se encuentra obligada constitucionalmente a mantener esta forma de descentralización, como tampoco lo estaba a incorporarla, dado que –obviamente– no son mencionadas en el texto constitucional nacional, lo que permite descartar in limine que las comunas puedan ostentar la categoría que sí poseen los Municipios, constitucionalmente otorgada.*⁴⁷

Daniel Sabsay es esclarecedor en cuanto afirma que la negativa a dicha posibilidad surge de la propia Constitución de la Ciudad, que ha puesto a las Comunas en un nivel distinto, al no reconocerles a éstas claras potestades que hacen a la esencia de un régimen municipal autónomo, como son, por ejemplo:

- la prohibición de crear impuestos;
- la prohibición de endeudarse financieramente;
- la incapacidad para auto-financiarse;
- la no presencia de un órgano legisferante propio, toda vez que las autoridades comunales sólo pueden sancionar los actos administrativos de ejecución necesarios para su gestión.⁴⁸

46. TRIBIÑO, C. R., *La Corte Suprema: Competencia y vías de acceso*, ed. Abeledo Perrot, 2010, p. 125.

47. BASTERRA, M. I., HERRERA BRAVO, D. J., *El status jurídico de las Comunas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, en *LLCABA*, Buenos Aires, 2011 (diciembre), p. 599.

48. AA.VV., *Informe de la Comisión Consultiva sobre “Creación de Comunas en la Ciudad de Buenos Aires”*, 1999.

Si bien es cierto que la Constitución de la Ciudad no ha equiparado a las Comunas con los Municipios por las razones enumeradas previamente, nada obsta que una nueva interpretación constitucional considere que la Ciudad debe equipararse con las provincias y establecer un régimen de descentralización con mayor autonomía. Tal es así que no cabe duda que hoy las Comunas no ostentan los mismos caracteres que los municipios pero la duda que queda pendiente es: ¿debe la Ciudad establecer un régimen municipal? ¿o dotar de autonomía a las comunas? Entiendo que la descentralización aumenta la participación ciudadana ya que un régimen municipal permite mantener vínculos más estrechos entre la política y la ciudadanía. En tal sentido, creo que sería muy saludable que la Ciudad, en su afán de lograr un reconocimiento como una nueva provincia y con todas sus prerrogativas, de un paso más y reformule el régimen comunal a fin de asimilarlo a uno municipal.

Por último, considerando que la Corte aún no ha reconocido a la Ciudad de Buenos Aires como equivalente a una provincia a los efectos de la competencia originaria, no hay duda que está aún más lejos de exigirle un régimen municipal. Sin embargo, creo que son dos pasos que, con el tiempo, la Corte se encontrará obligada a dar a fin de fortalecer nuestro federalismo.

VIII. CONCLUSIONES Y SÍNTESIS FINAL

En definitiva, creo que están dadas todas las condiciones para que la Corte Suprema de Justicia de la Nación realice un cambio en su interpretación, dejando de lado el método literal y avanzando –como lo ha hecho en muchas ocasiones– hacia un método sistémico de interpretación, armonizando así las disposiciones constitucionales con el claro objetivo de cumplir con la igualdad de trato, constituir la unión nacional y afianzar la justicia.

Por último, me interesa finalizar este trabajo con las siguientes reflexiones finales:

1. La Provincia de Buenos Aires ha autorizado la creación de una nueva provincia en el territorio que, originalmente, fuera federalizado.
2. El mecanismo seguido para la creación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es absolutamente equiparable al de creación de una provincia.
3. El art. 129 fue agregado por los constituyentes del 94 en el Título Segundo de la Segunda Parte de la Constitución Nacional: “Gobiernos de Provincia”. Si bien ello no configura de por sí una prueba de que el constituyente dio a la Ciudad de Buenos Aires un status análogo al de las

Provincias, es un indicador de su categoría de ente con una autonomía política similar a la de las Provincias.⁴⁹

4. La Ciudad tendría, en caso de dejar de ser capital, la misma representación en el Congreso que el resto de las Provincias.
5. La propia Corte Suprema le ha otorgado en muchas ocasiones las mismas características que a las provincias, tal como se ha expuesto.
6. Existen diversas obligaciones constitucionales hacia las provincias y que nadie duda de su aplicación directa a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
7. Los poderes de la Ciudad (Ejecutivo, legislativo y judicial) se encuentran totalmente equiparados a los poderes provinciales.
8. Se darían situaciones que atentan contra el principio de igualdad, en caso que se mantenga la interpretación de la Corte en materia de competencia originaria.

Para el caso que, aún, el lector tenga dudas sobre el tratamiento que debe dársele a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Congreso de la Nación y la Ciudad de Buenos Aires se expresaron en el convenio de transferencia de competencias penales a la Justicia de la Ciudad en los siguientes términos: “*Más allá del debate doctrinario sobre el status de la ciudad, en cuanto a su identificación con las provincias, resulta claro que el desideratum de la norma constitucional es concluir en una autonomía jurisdiccional plena, en los mismos términos que gozan las provincias*”.⁵⁰

Por todo lo expuesto creo que existe *una necesidad y un deber* de tratar a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma equivalente a las provincias argentinas.

49. SABELLI, H. E., *La competencia originaria de la Corte Suprema y el caso de la Ciudad de Buenos Aires*.

50. Ley 25.752. Convenio firmado el día 07 de Diciembre de 2000.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Informe de la Comisión Consultiva sobre "Creación de Comunas en la Ciudad de Buenos Aires"*, 1999.
- ABALOS, María G., "Buenos Aires luego de la reforma: ¿Nuevo sujeto del Federalismo?", en BIDART CAMPOS, Germán J. y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (dirs), *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- ALBERDI, J. B., *Bases y punto de partida para la Organización Política de la República Argentina*, Valparaíso, Imprenta del Mercurio, Calle de la Aduana N° 22 y 24, Julio de 1852.
- BASTERRA, Marcela, y HERRERA BRAVO, Dante J., "El status jurídico de las Comunas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en *LLCABA*, Buenos Aires, 2011 (diciembre), p. 599.
- BIANCHI, Alberto, *Competencia Originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989.
- , *Alcances actuales de la competencia originaria de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Nuevos criterios en la jurisprudencia de la Corte sobre cuestiones de Derecho Administrativo* consultado en [<http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/NUEVOS%20CRITERIOS%20EN%20LA%20JURISPRUDENCIA-23-02-07.pdf>] el 13/05/2013.
- FERREYRA, Raúl G., "Autonomía y sistema de gobierno. Sobre la necesidad, oportunidad y conveniencia de un nuevo momento constituyente en la Ciudad", en *La Ley* 2006-F, 1093.
- GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2006.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés y GONZÁLEZ, Adrián, "El caso 'Mendoza', ACUMAR, el poder de policía ambiental y la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires", en *LLCABA*, Buenos Aires, 2011 (junio), p. 263.
- GRAU, Luis, *Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992* (Edición Bilingüe), Madrid, Universidad Carlos III, 2000.
- GULLCO, Hernán, "La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. La ley Cafiero es inconstitucional", en *La Ley* 22/04/2010, 1, La Ley 2010-C, 807.
- KIPER, Claudio M., "Razones que impiden el traspaso de la justicia nacional ordinaria a la Ciudad de Buenos Aires", en *La Ley* 1997-B, 862.
- MASNATTA, Héctor, "La autonomía de la ciudad de Buenos Aires", en *La Ley* 1996-D, 1465.

SABELLI, Héctor, “La competencia originaria de la Corte y el caso de la Ciudad de Buenos Aires” en CAMPS, Carlos E. (dir.), *Summa Procesal Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2013.

SABSAY, Daniel A., “El federalismo y la incorporación de la noción de región en la reforma constitucional de 1994”, en *La Ley* 13/06/2013, 1, La Ley 2013-C, 1172.

SEIJAS, Gabriela, “Las facultades jurisdiccionales de la Ciudad de Buenos Aires”, en *Sup. Act.* 15/03/2012, 1.

TRIBIÑO, Carlos R., *La Corte Suprema: Competencia y vías de acceso*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2010.



DE LA ABYECCIÓN POSESTRUCTURALISTA A LA ICONOCLASTÍA DE LOS BINOMIOS*

JULIO FRANCISCO VILLARREAL**

Resumen: El presente ensayo propende a bosquejar las relaciones existentes entre el anarquismo clásico y la filosofía posestructuralista en lo relativo a los mecanismos de dominación y representación instituidos políticamente. Se intentará demostrar que, pese a que tales mecanismos existen y están presentes en un sinnúmero de instituciones, su naturaleza no ha de ser entendida como esencialmente verticalista y autoritaria, tal y como el anarquismo predica. Muy por el contrario, tales mecanismos encuentran su verdadero impulso vital en la retórica que su propia instrumentalización política presupone.

Palabras clave: anarquismo – estructuralismo – posestructuralismo – kropotkin – foucault – deleuze – dominación.

Summary: The present essay intends to discuss the analytical relations which may be drawn between the classical anarchism and the school of thought known as post structuralist philosophy in regards to the mechanism of domination and representation politically instituted. This essay will undertake the task to overcome the classical assumption undergone by anarchism according to which such representation and political domination is constructed within a verticalist and authoritarian scheme, so as to witness a new thesis, which puts forward the mere idea that those processes may sustain themselves due to their own political rhetoric.

Keywords: anarchism – structuralism – post structuralism – kropotkin – foucault – deleuze – domination.

* Recepción del original: 22/11/2013. Aceptación: 20/03/2014.

** Abogado (UBA).

“...La importancia, casi inconcebible, que posee la idea de libertad en la ideología política, solamente es explicable buscando su origen en la recóndita fuente del espíritu humano y en aquel instinto primitivo hostil al Estado que enfrenta al individuo con la sociedad. Y, sin embargo, este pensamiento de libertad, por un fenómeno casi misterioso de autosugestión, se trueca en el mero anhelo hacia una determinada posición del Individuo dentro de la sociedad. La libertad de la anarquía se transforma en libertad de la democracia...”¹

I. INTRODUCCIÓN: PODER, PARLAMENTARISMO Y DOMINACIÓN A LA LUZ DE LA ESCUELA ANARQUISTA CLÁSICA

“...Nuestras sociedades parecen no comprender que puedan vivir de otra manera que bajo el régimen de la ley elaborada por un gobierno representativo y aplicada por un puñado de gobernantes; y tanto es así, que cuando llegan a emanciparse de ese yugo, su primer cuidado es el reconstruirlo inmediatamente. El “año primero de la libertad” no ha durado jamás más de un día, pues, después de haberlo proclamado, al día siguiente vuelve otra vez a someterse al yugo de la ley, de la autoridad...” suscribía Kropotkin en su trabajo *La Ley y la autoridad*, plasmando, de tal modo, su prédica adversa al sistema parlamentario y las implicancias políticas y sociales que tal régimen para él suponían. La censura política al parlamentarismo ya era, de todas formas, objeto de severas críticas dentro de la doctrina política anarquista, la cual no impugnaba meramente sus métodos, procedimientos o efectos, sino, incluso, su propia existencia. En tal sentido, Bakunin, años antes había referido que como ontológicamente constitutivo al dogma anarquista debía asumirse un expreso rechazo “...a toda legislación, toda autoridad, y todo privilegio, [inclusive el] autorizado por el propio gobierno, así como también toda disposición legal, incluso aunque proviniera del sufragio universal...”² desde que tales disposiciones, en definitiva, no propenderían sino a imponer ciertos privilegios sobre una minoría dominante de explotadores por sobre el interés de una inmensa mayoría siempre subordinada a la primera.

La objeción política, pero, por sobre todas las cosas moral que la corriente anarquista clásica articulaba contra la institucionalización de un poder determinado excede la teleología en virtud de la que el mentado poder se constituye: para tal escuela debía evaluarse el modo por medio del cual la representación política se había consolidado históricamente, pero, principalmente, las implicancias que tal

1. KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, Madrid, Guadamara, 1977, p. 18.

2. BAKUNIN, M., *Dios y el Estado*, Nueva York, Dover, 1970, p. 35 [Traducción del autor].

institucionalización supuso sobre su antecedente o presupuesto material primero: el hombre y su libertad.

Respecto a lo primero, refiere Kropotkin que la emergencia del Estado moderno era susceptible de ser hallada en los prolegómenos de la decadencia política y comercial de las ciudades libres italianas a partir del siglo XII a manos de una novel sociedad entre el clero, la nobleza y los juristas romanistas, en un proceso que se caracterizó por vedarle al individuo

...todas sus libertades, pidiéndole que olvidara las uniones que antes basaba en la libre iniciativa y la libre inteligencia (...) [quedando] destruidos todos los lazos entre los hombres al declarar que únicamente el Estado y la Iglesia debían formar, de allí en adelante, el lazo de unión entre los individuos; que solamente la Iglesia y el Estado tenían la misión de velar por los intereses industriales, comerciales, jurídicos, artísticos y pasionales, así como para resolver sobre las agrupaciones a las cuales los hombres del siglo XII tenían la costumbre de unirse directamente...³

Si bien la relación de cómo acaeció tal proceso histórico excede ampliamente el objeto del presente opúsculo, ha de referirse que, en todo caso, la implicancia directa de tal desarrollo histórico fue la supresión de la condición otrora *federalista* del individuo, en virtud de la cual éste era "...de libre iniciativa, de libre inteligencia, de uniones queridas y libremente consentidas, [merced a las cuales] veía en sí mismo el punto de partida de toda sociedad. No buscaba remedios en la obediencia, no pedía un salvador en la sociedad. Érale desconocida la idea de disciplina cristiana y romana..."⁴

Locución particularmente relevante dentro del ideario anarquista, el *federalismo* suponía la noción de autodeterminación o autogobierno de las comunidades, las cuales, en virtud de tal condición política, podían sustraerse de cualquier poder heterónimo que morigerara o incluso suprimiera su libre arbitrio. En términos anarquistas, el federalismo no es susceptible de entenderse en la medida de que exista representación política: la propia naturaleza de tal federalismo es inherentemente inconsistente con tal representación. Como bien sugiere Bookchin,

...Ninguna política, en efecto, es legítima democráticamente a menos que haya sido propuesta, discutida y decidida por la ciudadanía directamente, y no por medio de representantes de ninguna naturaleza. [Sin embargo] La administración de estas políticas

3. KROPOTKIN, P., *El Estado*, consultado en [http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/estado/estado.html] el 16/10/2013.

4. *Ibidem*.

puede ser dejada a un consejo, comisión o junta de miembros cualificados, incluso elegidos [democráticamente]...⁵

Es que, en definitiva, y al margen de la composición orgánica o material del Parlamento (“...llámese Parlamento, Convención, Municipio u otro término que se le dé, ya sea formado por real orden, o archilibremente elegido por un pueblo en revolución...”),⁶ tal cuerpo sería ontológicamente reprobable en la medida de que sea un factor alienante o subyugante de la libertad individual, puesto que siempre propendería a

...imponer su legislación, reforzar su poder, inmiscuirse en todos los asuntos, matando la iniciativa de individuos y grupos para suplantarlas por la ley. Su tendencia natural, inevitable, será la de apoderarse del individuo desde su infancia para arrastrarlo de ley en ley, de amenaza en condena, sin dejarlo un momento libre de su tutela, desde la cuna al sepulcro...⁷

No es sino por ello que, a luz de la doctrina anarquista clásica, con prescindencia del carácter que el ejercicio del poder (en el presente caso, un sistema parlamentario) asuma en virtud del estadio histórico-cultural de la sociedad sobre la cual éste se imponga, la propia construcción de tal poder –como factor necesario para la dirección y cohesión política de cualquier corporación– ha de ser rechazado. Para los ideólogos de tal corriente, su carácter inherentemente alienante y opresivo supone, *per se*, atentar contra el conjunto de posibilidades espirituales y materiales con las que el individuo cuenta para constituirse en un sujeto moral y políticamente autónomo. Sucede que, al margen de la corrección o bondad de una política, decisión o disposición particular, *el anarquismo impugna la ontología y genealogía de la propia representación, en la medida de que una decisión que no sea la que el juicio reflexivo individual imponga es, por su propia naturaleza, inconfesablemente réproba, en tanto autoritaria. Tal autoritarismo no arraiga, entonces, en la particularidad de un discurso político que haga profesión de fe de tal práctica, sino que, por el contrario, no es sino la consecuencia inevitable, y por ello deletérea, de la transferencia de derechos y potestades que realiza el individuo hacia el propio Estado en virtud de tal representación.*

Implicancia directa de ello no será otra que la arbitrariedad del soberano para decidir sobre la vida y bienes de sus súbditos; la amalgama de los intereses y pretensiones particulares con las del cuerpo social; y, en general, la alienación –o en

5. BOOKCHIN, M., *Remaking Society*, Montreal, Black Rose Books, 1989, p. 175 [Traducción del autor].

6. KROPOTKIN, P., *Palabras de un rebelde*, Barcelona, Edhasa, 2001, p. 175.

7. *Ibidem*.

todo caso, desnaturalización— de todo juicio de valor propio merced al ejercicio de tal representación. Como bien suscribe en tal sentido D^aAuria, para el anarquismo clásico “...No hay teoría del Estado que no postule el principio jerárquico de autoridad externa legisferante. En fin, por más democráticas que sean las instituciones de un país, mientras exista el Estado siempre es una minoría la que gobierna...”⁸

Por lo tanto, la representación es censurable en tanto suponga, como postula- do ontológico de su propio ejercicio, enajenar la libertad individual, constituyendo tal presupuesto la razón de ser de que el anarquismo deba “...rechazar asumir como válido el derecho que los moralistas siempre se arrogaron para reclamar mutilar al individuo en nombre de algún ideal...”⁹

II. DE LA DRAMÁTICA INMINENCIA AL ETERNAMENTE POSTERGADO DEVENIR DE LA REVOLUCIÓN ANARQUISTA - DE LA RÉPROBA AJENIDAD DE LA DOMINACIÓN A LA ÍNTIMA COMUNIÓN CON SU SENTIDO: CARTOGRAFÍA O BOSQUEJO DEL ENIGMA

Ha de referirse que el presente es un ensayo avocado al estudio del anarquismo, y que asimismo asume como válidos los propios presupuestos ideológicos que le son comunes a la totalidad de tal corriente de pensamiento, pretendiendo, por ende, resolver o superar ciertas aparentes inconsistencias discursivas de tal vertiente desde las propias premisas sobre las cuales ésta se instituye. Proceder de otro modo importaría relegar o bien prescindir de los ciclópeos esfuerzos argumentativos que desde el propio anarquismo se han desarrollado a los efectos de explicar el porqué muchas de las premisas que constituían el fundamento antaño irreductible de tal ideología no han logrado, luego de muchos años, contrastarse empíricamente.

Por otro lado, y en la medida de que no se abjure de una ilusoria categorización o pérfidamente discrecional demarcación del universo conceptual de determinada doctrina,¹⁰ debe referirse cuáles han sido los desarrollos discursivos que se han sugerido por dentro de tal disciplina para soslayar las deficiencias epistemológicas con las que la misma comulgara en un principio a la hora de definir la realidad política que la constituía.

8. D^aAURIA, A., “Estado y Derecho en el pensamiento anarquista: Una aproximación a Bakunin”, en *Crítica Jurídica*, n° 27, México, UNAM, Enero/Julio 2009, p. 35.

9. KROPOTKIN, P., “Anarchist Morality”, en BALDWIN, R., *Kropotkin's Revolutionary Pamphlets*, Nueva York, Dover, 1970, p. 104 [Traducción del autor].

10. No proceder de tal forma implicaría avalar la desarticulación discursiva perpetrada desde distintos ámbitos de poder en contra del dogma libertario anarquista, haciendo de éste meramente una construcción de sentido común, tal y como refiere Chomsky. CHOMSKY, N., *Escritos libertarios. Esperanza en el porvenir*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2007, p. 69.

De esta manera, y asumiendo que en lo sucesivo no se debatirá sino desde los propios presupuestos teóricos del anarquismo, corresponde inquirirse cómo, si se asume como incontrovertible el hecho de que el parlamentarismo supone una dialéctica política de dominación tan palmaria,¹¹ como así también que el mero ejercicio de tal dialéctica de la dominación suponga el avasallamiento de inmensa mayoría de las conciencias individuales –desde que las únicas que no estarían sometidas a tan pernicioso influjo serían las de los propios representantes, los cuales, conforme tal escuela, siempre suponen una insignificante minoría del pueblo– y, lo que es mucho más fatalmente dramático, lo haga en ciertos casos¹² a los efectos de proceder a “...la explotación sistemática del trabajo del pueblo en beneficio de la clase dominante...”,¹³ bajo qué condiciones o practicas pudo un sistema político tan palmariamente indigno mantenerse vigente.

Tal pesquisa asume un interés aún mayor en la medida de que se debata en torno al modo por medio del cual, para el pensamiento anarquista, la propia institucionalización o construcción de tal poder procede a estructurarse o bien legitimarse a lo largo de un proceso histórico-cultural en una sociedad dada. No debe olvidarse que, de todos modos y con prescindencia de una prospección meramente descriptiva a la hora de abocarse al estudio de tal entequeia, ha de referirse que, en el plano de estrictamente prescriptivo, para tal dogma libertario constituye un lugar o premisa común

...la negación de todo poder, soberanía, dominación y división jerárquica, pretendiendo su disolución, así como también la de toda dicotomía que, en virtud de conceptos como la naturaleza, la historia o la propia invocación de Dios, dividen a los individuos en [una clase de] dominados y dominantes...¹⁴

Ya establecidos los presupuestos metodológicos de trabajo mínimos, ha de volverse sobre la cuestión principal. Si no son equivocadas o erróneas las palabras de Bakunin según las cuales “...El Estado es el gobierno dirigido por una minoría, sobre una inmensa masa de hombres, extremadamente variada en sus posiciones

11. Más adelante, en el anteúltimo apartado, ha de explicarse que se entiende por dominación y, por sobre todas las cosas, por aquel estado de cosas político que suponga su negación.

12. Como ya se apuntó, la crítica formulada por el anarquismo clásico al sistema parlamentario como institución no presupone o requiere que una determinada ordenación de valores reprobables sea promovida por tal sistema (como por ejemplo, que la dominación política instituida en tal régimen se encuentre dirigida a perpetuar un orden social injusto), desde que, por los motivos ya referidos, éste es ontológicamente impugnabile.

13. BAKUNIN, M., *Escritos de Filosofía Política*, Barcelona, Altaya, 1994, t. I, p. 35.

14. WIECK, D., “The Negativity of Anarchism”, en AA.VV., *Reinventing Anarchy*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1977, p. 139 [Traducción del autor].

sociales, ocupaciones, intereses, y aspiraciones...”,¹⁵ cabe, entonces, inquirirse como pueden asumirse como verosímiles todos los presupuestos a los cuales el anarquismo había apelado a los efectos de describir la estructura o naturaleza del poder (que asume una condición parlamentaria, por caso) y aún así, que luego de décadas y décadas de ejercer éste autocráticamente su dominio, no háyase operado el augurio tan presagiado por los anarquistas clásicos, según el cual

...Este régimen ha cumplido su misión. Su desaparición es tan inevitable en nuestros días como fue en otro tiempo su aparición. Corresponde al reinado de la burguesía. Por él impera la burguesía sobre el mundo desde hace más de un siglo, y su régimen desaparecerá con ella...¹⁶

Es decir, en la medida de que no se rechace el hecho de que, al menos para el anarquismo clásico, el parlamentarismo –como construcción de poder– se erija en torno a una lógica de la dominación y que tal lógica sea ontológicamente reproducible¹⁷, deviene en ininteligible concebir el porqué de la prevalencia temporal de tal régimen en la generalidad de los Estados que lo han adoptado, a lo largo de todo el siglo XX. En tal sentido, dentro de la vertiente anarquista clásica se han esbozado distintas tesis a tal efecto. De todos modos, y previamente al estudio en particular de cuales son aquellas que pretenderían explicar desde el seno del propio corpus teórico de la mentada doctrina la continuidad de un tal sistema político, ha de referirse que, para tal escuela, el propio parlamentarismo no supone sino una continuidad con la dinámica de poder de otrora vigentes regímenes de gobierno.

Preceptos como el referido por un filósofo no anarquista, según el cual,

...hay miles de ideas que es imposible traducir al lenguaje del pueblo. Las miras y objetos demasiado generales como demasiado lejanos están fuera de su alcance (...) Así pues, no pudiendo el legislador emplear ni la fuerza ni el razonamiento, es de necesidad que recurra a una autoridad de otro orden que pueda arrastrar sin violencia y persuadir sin convencer...

15. BAKUNIN, M., “Perils of the Marxist State”, en WOODCOCK, G., *The Anarchist Reader*, Sussex, Harvester Press, 1977, p. 141[Traducción del autor].

16. KROPOTKIN, P., *Palabras de un rebelde*, op. cit., p. 210.

17. “...Además, cualquiera que sepa razonar sin dejarse arrastrar por los prejuicios de una educación viciosa hallará en la historia del gobierno representativo bastantes ejemplos para convencerse a sí mismo de cuanto hemos dicho; comprenderá sin esfuerzo que cualquiera que sea el cuerpo representativo, compuesto de obreros o de burgueses, o si se quiere, con mayoría de los socialistas revolucionarios, conservará siempre todos los vicios de las asambleas representativas, porque estos no dependen de los individuos, sino que son, como hemos dicho ya, inherentes a la institución...”. *Ibid.*, p. 198.

He allí la razón por la cual los jefes de las naciones han estado obligados a recurrir en todos los tiempos a la invención del cielo, a fin de que los pueblos, sumisos a las leyes del Estado como a las de la naturaleza (...) obedecieran con libertad y respetaran dócilmente el yugo de la felicidad pública...,¹⁸ y que no hacían sino referencia a otra concepción del ejercicio del poder que aquella sobre la cual se cimentaron las monarquías absolutas a lo largo de los siglos XVII y XVIII, y que en definitiva, no parecía ser más que el paradigma de la dialéctica sobre la cual descansó la legitimidad feudal a lo largo de toda la Edad Media, a fin de cuentas no distaban en gran medida de la propia dialéctica de dominación sobre la cual se instituyó, para los pensadores anarquistas clásicos, el propio sistema parlamentario.

De hecho, y como bien refiere D'Auria, las estructuras contemporáneas de poder (comprehensivas en su género del régimen de gobierno parlamentario) apelan a una moral (aún siendo ésta secular) trascendente al sujeto, pero igualmente al menos en principio ininteligible y disociada del ejercicio del arbitrio individual, desde que,

...el Estado moderno se presenta a sí mismo como laico, y pretende derivar su legitimidad de un contrato libremente acordado. Ya no se invoca la "revelación" del bien y el mal, sino que se estipula la distinción entre el bien y el mal, con lo que la moral se reduce a la "razón de Estado", es decir, al arbitrio de los gobiernos. Por lo tanto, el Estado liberal laico no es menos enemigo de la humanidad que el Estado teológico. La diferencia entre ellos no deja de ser un simple cambio de religión: el Estado laico pregona la fe del patriotismo, cuya última excusa es siempre la "razón de Estado" (...) Dios y el Estado, superstición y fuerza, son socios en la desnaturalización (deshumanización, alienación) del ser humano...¹⁹

Como se evidencia, entonces, el propio parlamentarismo, inserto en la dialéctica empleada por un Estado a los efectos de legitimarse, prescindiría completamente de apelar a criterios de razonabilidad o justicia que no sean aquellos que les son impuestos propiamente por tal órgano al individuo. No se trataría, aquí, de negar la existencia de una determinada moral de Estado,²⁰ sino de inquirir la natu-

18. ROUSSEAU, J., *El Contrato Social*, Barcelona, Edicomunicación, 1994, p. 50.

19. D'AURIA, A., *op. cit.*, pp. 35 y 41.

20. Cabe referir que, con prescindencia de corrientes ideológicas como el anarquismo y el marxismo, la necesidad de la existencia –e incluso la imposición– de ciertas concepciones valorativas (como la imparcialidad, la cooperación, etc.) para la construcción de una entidad política determinada, ha sido ampliamente reconocida por la inmensa mayoría de los filósofos políticos contemporáneos. En tal sentido, Aaron ha sugerido que "...La política lleva consigo un elemento de conflicto, pero también supone un elemento de acuerdo, pues si las diversas políticas, es decir, los fines perseguidos por los

raleza o el carácter (en mayor o menor medida no consentido, subrepticio) de tal imposición. Por otro lado, no deja de asumirse que cualquier coerción u obligación moral impuesta por una institución determinada sobre el sujeto es *ontológicamente* reprochable para el anarquismo, pero, en todo caso, los distintos modos en virtud de los cuales ésta se instituye permitirán, al menos tentativamente, avizorar el por qué –tal y como se reseñó anteriormente– un sistema político como el descrito ha permanecido vigente a lo largo de la última centuria. *Cabe referir, en tal sentido, que el anarquismo clásico, y, por sobre todas las cosas el anarquismo posestructuralista, como se explicará debidamente más adelante, no niegan la existencia y las particulares condiciones que tal dominación asume; predicar lo contrario supondría confundir los presupuestos descriptivos y prescriptivos a los que tal doctrina adscribe a la hora de abocarse al estudio y crítica de la dominación –ideológica, en el caso– del hombre por el hombre.*

Reconduciendo el debate a los medios o estrategias de imposición de determinada estructura política por sobre una agregación social determinada, ha de señalarse que no toda la pluralidad de pensadores anarquistas adscriben a una fenomenología del discurso tan críptica o distante para con los dictados del juicio o reflexión individual como la que sugiere D’Auria. A tal efecto es particularmente interesante la lectura que, en tal sentido, realiza Kropotkin. Si bien para tal pensador una de las finalidades últimas de toda legislación es mantener los privilegios de la clase que hubiera concentrado los medios económicos y de políticos de una sociedad determinada, propendiéndose, de tal modo, a perpetuar tal estado de cosas, tal práctica se legitima en la medida en que, por el mismo procedimiento, se proceda a sancionar aquellas leyes que devinieran en imperiosamente necesarias para el conjunto de la sociedad, en tanto reguladoras de las prácticas imprescindibles para la vida en común. De esta manera,

...Las costumbres que son absolutamente necesarias a la existencia misma de la sociedad están hábilmente mezcladas en el código con las prácticas impuestas por los dominadores, pretendiendo el mismo respeto del pueblo. “¡No mates!”, dice el código,

individuos o grupos en el seno de una colectividad fuesen rigurosamente contradictorios, se establecería una lucha sin cooperación posible y la colectividad dejaría de existir. La colectividad se define por la integración de programas de acción en parte contradictorios y en parte compatibles...”. AARON, R., *Democracia y totalitarismo*, Barcelona, Seix Barral, 1968, p. 20.

Asimismo, uno de los mayores estadistas argentinos, Carlos Pellegrini, refería en una conferencia lo siguiente al respecto: “... Las libertades políticas, la verdad de las instituciones, como la cultura social o intelectual de un pueblo, no pueden ser la obra ni de un hombre ni de un partido ni de un momento, sino el resultado, más o menos lejano, de una lenta educación nacional. Predicad con el ejemplo, cumpliendo siempre vuestros deberes de ciudadanos, pues es demasiado fácil para ser fecunda la simple declamación sobre las libertades y derechos públicos...”. PELLEGRINI, C., “Conferencia a los estudiantes en el Teatro Odeón”, en ASTENGO, A., *Pellegrini. Obras*, Buenos Aires, Coni, 1941, t. III, p. 308.

y “¡Paga el diezmo al sacerdote!”, se apresura a decir. “¡No robes!”, dice el código, y luego: “Al que no pagara impuesto se le cortará un brazo”...²¹

Como bien sugiere Kropotkin el discurso legitimante del régimen parlamentario no supone una apelación a una entidad trascendente o crítica para el sujeto –como lo es la así llamada “razón de Estado”– sino que provee a tal fin merced a la subrepticia utilización del propio objeto a legitimar (la institución parlamentaria y las normas que proveen a la explotación del hombre por el hombre) como único medio de composición de las relaciones sociales. De tal modo, el origen de la propia ley no sería otro que el “...deseo de inmovilizar las costumbres que los dominadores han impuesto para su beneficio. Su carácter es una mezcla hábil de las costumbres útiles a la sociedad (...) con esas otras que sólo son beneficiosas para los dominadores, que son dañinas a las masas y que se mantienen por el temor de los suplicios...”²² Si bien puede, entonces, bosquejarse que Kropotkin sugiere la existencia de cierta dialéctica²³ que provee a imposter la legitimación de un orden

21. KROPOTKIN, P., *Palabras de un rebelde*, op. cit., p. 225. Aunque excede el marco y el objeto de estudio del presente opúsculo, ha de referirse que el anarquismo no niega, *per se*, la justicia o conveniencia de una regulación normativa para una sociedad determinada, sino que lo hace en la medida de que tal regulación propenda a oprimir el libre ejercicio de la condición federalista del hombre (ver nota cuatro) y a sojuzgar a una clase social bajo el imperio de otra. Tal y como refiere en su artículo Carlos Garaventa, desde el anarquismo “...no se niega todo el Derecho, sino solo aquel que es impuesto autoritariamente y que sirve para producir y reproducir el sistema de gobierno del hombre por el hombre...” GARAVENTA, C., “Anarquismo, ¿Contra el Derecho?”, en *Diálogos de Derecho y Política*, Año 1, nº 3, Medellín, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Enero-Abril de 2010, p. 9.

22. KROPOTKIN, P., *Palabras de un rebelde*, op. cit., p. 227.

23. No se sugiere aquí que de la propia lectura de la tesis de D’Auria no se derive la existencia de tal dialéctica de legitimación, mas, de todos modos, ha de considerarse que un discurso relativo a la necesidad de acatar el orden de cosas políticamente dado en virtud de una abstracta o incluso quimérica “razón de estado” es menos consistente para con los fines de tal dialéctica que aquel que apela a tal necesidad en función de ser éste el único medio posible de regular la convivencia social. Ello en la medida que tal medio suponga plasmar mandatos normativos –“no mates”– que se asumen son ontológicamente necesarios para tal convivencia. Sin embargo, podría argüirse que la propia presunción de ser la ley el “único” medio por el cual puedan instituirse tales normas necesarias para el correcto desenvolvimiento social supone *per se* un argumento tan elíptico como aquel que apela a la propia “razón de Estado” para fundar la autoridad de tal órgano.

Frente a tal presunta objeción debería replicarse que ella no es tal en la medida de que, en tanto se acepten como inherentemente necesarias para tal correcta avenencia social normas como la mentada (y aquí si debe presuponerse sin fundamentación ulterior la validez de éstas), cualquier medio en virtud del cual éstas sean impuestas será indiferente, puesto que su contenido valorativo y normativo será en principio el mismo. Sin embargo ello requiere, también, hacer dos concesiones.

La primera importa que la virtualidad de la prescindencia del debate en torno al procedimiento en virtud del cual tales normas sean sancionadas (en virtud del eventual contenido de éstas, el cual en todos los supuestos será sustancialmente el mismo) se circunscriba, meramente, a aquéllas que asumen la condición

político sustancialmente injusto, también ha de apuntarse que, en virtud justamente de tal condición, se avizoraba la inminencia de una revolución que subvirtiera tal orden de cosas.

Ahora bien, si se dan ciertas condiciones materiales (léase las ya bosquejadas y denunciadas por el anarquismo y en el párrafo anterior mentadas), la plausibilidad de la superación de éstas a lo largo de cierto decurso temporal (la revolución anarquista)²⁴ y un periodo histórico en virtud del cual tal proceso habría de operarse, y luego de acaecido cierto intervalo tal superación no fue materializada, debe concluirse que, o bien tales condiciones materiales no eran lo que las tesis anarquistas predicaban ser, o bien no existe una relación de causalidad o subsunción lógica inmediata entre el contenido de éstas y su eventual superación o bien el período histórico en virtud del cual tal proceso debería haberse desarrollado no ha transcurrido aún. Naturalmente la tercera conclusión supone un ejercicio epistémicamente imposible –al menos por el momento– de realizarse y, por ende, no será objeto de debate en el presente ensayo.

Como se refirió anteriormente, aquí se debatirá sobre la verosimilitud de las tesis del anarquismo desde una semántica propiamente anarquista. Es que, en la medida en que se proceda a analizar si existe una falla en la relación causal entre los postulados anarquistas relativos a la eventualidad de una superación de las relaciones sociales, políticas y económicas merced a su carácter ontológicamente réprobo y la propia acaecencia de tal proceso, pero, por sobre todas las cosas (y esta será la principal materia de estudio en lo sucesivo, en tanto la antecedente será abordada de modo más marginal), la propia verosimilitud de tales construcciones –al margen de la relación causal entre ellas–, debe apelarse a una perspectiva propiamente anarquista. Ello desde que *los presupuestos epistémicos que definen cuasi constitutivamente las referidas tesis (como el carácter a-jerárquico que debe asumir la revolución, así como la necesaria falta de centralización en un cuerpo o voluntad a los efectos de presidir su desarrollo; productos ambos de la conmiseración de tal doctrina hacia todo dejo de autoridad)²⁵ son privativos y definitorios del propio ideario anarquista.*

de ontológicamente necesarias para la regulación social, lo que supone excluir de tales consideraciones a la mayoría de los mandatos que usualmente constituyen un ordenamiento jurídico dado.

La segunda concesión supone subordinar la validez de un determinado procedimiento relativo a la sanción de una norma a la bondad del contenido de esta última. Un tal escepticismo procedimental podría importar que en definitiva la autoridad política y moral de un autócrata, en tanto buen legislador, haya se der reconocida.

24. Ver nota dieciséis.

25. El propio Engels patentizó las diferencias entre la perspectiva anarquista y la comunista respecto al modo en el cual ambas corrientes concebían a un proceso de especial relevancia para ambas doctrinas, al preguntarse irónicamente “... ¿Alguna vez estos caballeros han visto una revolución? Una revolución es

Pues entonces, si solo se asumen los presupuestos anarquistas a la hora de proceder a la presente pesquisa, ¿De qué modo habrá de procederse? Como ya se anticipó, aquí habrá de debatirse respecto a la verosimilitud de las tesis anarquistas relativas a la naturaleza del régimen parlamentario y, asimismo, respecto a la relación de causalidad entre tal naturaleza y la virtualidad de la acaecencia de un proceso revolucionario que permita soslayar las deficiencias del mentado régimen. El análisis de tales supuestos obedece al interrogante relativo al porqué de la falta de consumación del proceso revolucionario predicado por el anarquismo clásico en virtud de la inequidad inherente que tal sistema supone.

Respecto a la primera materia objeto de debate, –los aspectos réprobos que el anarquismo le vindica al régimen parlamentario y que constituyen su ontología– aquí se inquirirá, en particular, sobre el carácter “de dominación” que tal régimen asume respecto a los individuos. En tal sentido se sugerirá que la dominación instituida en virtud del sistema parlamentario no asume las condiciones que se predicán por parte del anarquismo clásico, lo que explicaría en definitiva, la falta de acaecencia de una revolución que subvirtiera el orden de cosas que en virtud de tal dominación se impusiera. Por los motivos expuestos precedentemente, el mentado análisis supondrá atenerse al propio desarrollo del corpus teórico anarquista, el cual comprende al anarquismo posestructuralista.

III. ANARQUISMO POSESTRUCTURALISTA, O DEL SOFISMA DE LOS BINOMIOS

“...Si hay una matriz de pensamiento que rechazo es aquella que (...) le otorga prioridad absoluta al sujeto observador, el cual –en virtud de tal matriz– le atribuye determinado carácter a un acto o impone su propio punto de vista al discernir el origen de todo proceso histórico (...) matriz de pensamiento que, en definitiva, da lugar al desarrollo de la consciencia trascendental...”²⁶ “...Lo objetivo (y no lo existencial) comprende constitutivamente lo subjetivo, como negación y superación, en una relación sobre la que se establecen los propios significados...”²⁷ Con tales concluyentes sentencias, plasmaban Foucault y Lyotard su descrédito hacia la tradición anarquista clásica merced a la cual la realidad sensible debía ser dividida

ciertamente el proceso más autoritario que existe; es el acto en el cual una parte de la población impone su voluntad a otra por medio de rifles, bayonetas y cañones.... JOLL, J., *The Anarchists*, Londres, Routledge & Kegan Paul 1980, p. 92 [Traducción del autor].

26. FOUCAULT, M., *Las palabras y las cosas* (título en inglés *The Order of Things*), Nueva York, Random House, 1977, p. 29 [Traducción del autor].

27. LYOTARD, J-F., *Phenomenology*, Albany, SUNY Press, 1991, p. 135.

a los efectos de ser estudiada en términos excluyentes y opuestos, por medio de la antinomia entre el sujeto y el propio objeto de estudio.

La crítica aquí apuntada trasciende lo meramente epistémico: el desmerecimiento que el propio posestructuralismo anarquista prodigaba hacia el individuo como entidad susceptible de proceder a una relación incondicionada y aséptica de lo empírico, supone, en definitiva, cuestionar la verosimilitud de la construcción de tal sujeto como ente lequía misma. Ello desde que los propios valores que lo constituían privativa y excluyentemente con relación al contexto que lo contenía (el propio objeto) se tornan difusos y por ende ininteligibles, ya que sujeto y objeto no se definen –al menos en parte para el anarquismo posestructuralista– sino con relación al otro. Asimismo, el propio objeto de determinado análisis en tanto realidad que comprende y constituye al sujeto también se encuentra influenciado por el universo de significación que otrora le era inherente a este último, y que, del mismo modo, antaño lo constituía privativamente, con exclusión del objeto.

Ahora bien, una vez que se acepta el carácter inherente y necesariamente contradictorio de tales ente lequías para el anarquismo clásico, y el hecho de que lo que se objeta desde tal escuela es, justamente la relación dramáticamente injusta que se constituye entre ambas merced a las condiciones opuestas que las definen (por caso, y como se explicará más adelante, la dominación que se opera entre el Estado y el sujeto, la cual se infiere *necesariamente* en virtud del carácter ontológicamente sometido del primero y ontológicamente sometedor del segundo),²⁸ tal dominación es una imposibilidad lógica si se asume la perspectiva posestructuralista. *Porque si se admite una relación de sentido entre dos entidades determinadas (A y B), relación de sentido que para el anarquismo clásico se constituía como tal meramente en virtud de los propios elementos que eran privativos a tales entidades y que a su vez las definían por exclusión de aquellos que constituían a la opuesta (B no solo supone b, b', b'', sino también $\neg a$, $\neg a'$, $\neg a''$), tal relación de sentido importa una tesis inverosímil desde que tales elementos, tal y como predica el posestructuralismo anarquista, sencillamente ya no se manifiestan privativamente para cada una de tales entidades (sino que las constituyen a ambas), y por ende, no puede esbozarse tal relación de sentido entre ellas, al menos en tales términos.*²⁹

28. Ver nota número sexta, séptima y octava.

29. Debe aclararse que, de todos modos, tal conclusión se sigue en la medida de que tal relación se constituya, como ya referí, *necesariamente* en virtud de los propios presupuestos semánticos que constituyen a su vez, las entidades sobre las cuales tal relación de sentido se impone. Debe asumirse, asimismo, el principio del tercero excluido.

A los efectos de una mayor comprensión, desarrollaré tal razonamiento de la manera más sencilla y accesible posible. Las primeras tres tesis le corresponden al anarquismo clásico, en tanto las últimas dos recogen los postulados del anarquismo posestructuralista.

1. El anarquismo clásico supone que determinadas relaciones sociales responden a una dicotomía de

Caso paradigmático, como ya se refirió, es el de la dominación; la cual se constituía a partir de la propia dicotomía –y los valores sobre los cuales ésta se integraba– entre el sujeto y el propio Estado, dicotomía absolutamente asumida por anarquistas como Kropotkin o Bakunin. Lo que ha de debatirse, entonces, en el presente caso, es la validez de tal entelequia –dominación– en tanto su propia virtualidad depende de ciertas condiciones o valores que definen a cada uno de los elementos del binomio sobre el cual ésta se constituye.

Binomio que, justamente, no es tal para el propio anarquismo posestructuralista. Acaece que, para tal movimiento, si la propia complejidad del individuo deja de ser un reflejo del conjunto de representaciones culturales impuestas por una determinada ordenación política o social³⁰ para pasar a condicionar el proceso histórico-cultural que a su vez redefine luego tales representaciones;³¹ si el sujeto abandona su condición de cautividad de “...la herencia y de la tradición social, de la educación y la organización pública, económica y social de cada país...”,³² para pasar a constituirse en una “...representación “ideológica” de la sociedad; (...) [producto de una] realidad fabricada por esa tecnología específica de poder que se

“dominantes” (objeto: el Estado y la minoría enquistada en su dirección) y “dominados” (sujeto: la clase revolucionaria que ha de subvertir tal orden de cosas).

2. Los términos “dominante” y “dominado” son antitéticos desde que se constituyen a partir de la negación de los presupuestos que definen privativamente al contrario (un sujeto sojuzgado nunca podría dirigir el gobierno de los asuntos públicos o apropiarse del excedente de producción fruto del trabajo de otro sujeto también sojuzgado y el precio que se le paga a éste por tal actividad, a menos que se case con la hija del opresor –aquí se negaría el principio del tercero excluido y por ende el supuesto es inválido– o bien deje de ser dominado).

3. La relación de significado (en el presente supuesto de dominación) se erige *necesaria y ontológicamente* a partir de la mera existencia de dos entidades antitéticas (dominado y dominante).

4. El anarquismo posestructuralista niega la corrección del análisis practicado en el punto 1 y 2, en virtud del cual la realidad sensible se divide en dos categorías estancas y excluyentes, desde que (y como se explicará más adelante) los propios presupuestos sobre los cuales se constituye tal exclusión se representan indistintamente en ambas categorías.

5. Por lo tanto, tal relación de significado (dominación) no puede constituirse desde que importa, como presupuesto ontológico de su existencia, dos entidades contrapuestas y excluyentes entre si (dominado y dominante), las cuales, conforme el punto cuarto, no existen.

30. “...Para el anarquismo [ha de agregarse en este caso, clásico] (...) el hombre no es ni bueno ni malo, sino naturalmente inocente, y es el medio en el que se encuentra el que determina su conducta; es decir, éste no es más que el mero reflejo de lo que lo rodea...”. GARAGENTA, C., *op. cit.*, p. 7.

31. En tal sentido es por demás ilustrativo el modo en el cual Foucault refiere en *Historia de la Sexualidad* el cambio operado en actos eminentemente individuales como el confesional a lo largo de los siglos dieciséis y diecisiete: éste devino de una mera confesión de hechos a una confesión condicionada por la propia sexualidad del confesante, lo cual influyó sobre el modo en el cual la propia sociedad de entonces comenzó a tratar tal materia.

32. BAKUNIN, M., *Obras, Volumen III: Federalismo, socialismo y antiteologismo y Consideraciones filosóficas*, Madrid, Júcar, 1977, p. 164.

llama ‘disciplina’...³³ y a la que el propio individuo le rinde culto pero que también constituye a partir de sus propios actos subjetivos en la medida de que debe darle un universo de sentido interpretativo para comulgar con ella; si el discurso y la construcción de un determinado poder deja de obedecer a una lógica verticalista que supone “...una aglomeración de prescripciones ventajosas a los dominadores, que obligan a aceptar y por las cuales se hacen obedecer...”,³⁴ para asumir la forma de un rizoma que “...a diferencia de los árboles o sus raíces conecta un punto con cualquier otro punto (...), el cual no principia ni tiene fin, sino que se constituye a partir de un medio en virtud del cual crece y se derrama...”,³⁵ y *siendo tales presupuestos los que antaño constituían privativa y excluyentemente entre sí el binomio dominante-dominado, tal relación de dominación es conceptualmente quimérica. Ello desde que las propias premisas que definían cada uno de tales componentes del binomio sobre el cual tal relación se constituía previamente* (la imposición unilateral de ciertos valores desde el Estado o una determinada agregación cultural hacia el sujeto y la negación de un influjo inverso; el sujeto como construcción producto de tal proceso, y no lo contrario; una relación de jerarquía descendente entre el Estado y el individuo, y no lo opuesto) *no son asumidas, en los términos en que lo hacia el propio anarquismo clásico, por el anarquismo posestructuralista.*

Es que, en definitiva, el propio presupuesto fáctico sobre el cual se instituye determinada dominación –el poder– no importa, para el posestructuralismo anarquista tal condición ontológicamente opresora. El propio Foucault es dramáticamente categórico al referir que

...por poder hay que comprender, primero, la multitud de fuerzas immanentes y propias de las relaciones del dominio en que se ejercen, y que son constitutivas de su organización; el juego que por medio de luchas y enfrentamientos incesantes las transforma, las refuerza, las invierte; los apoyos que dichas relaciones de fuerza encuentran las unas en las otras, de modo que formen cadena o sistema, o al contrario, las corrientes, las contradicciones que aísla unas de otras...³⁶

Como se evidencia, la propia naturaleza de tal poder supone una estructura o complejidad inmanentemente distante a aquella condición estática y sempiterna

33. FOUCAULT, M., *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2002, p. 198.

34. KROPOTKIN, P., *Palabras de un rebelde*, op. cit., p. 225.

35. DELEUZE, G., GUATTARI, F., *Mil Mesetas*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1987, p. 21 [Traducción del autor].

36. FOUCAULT, M., *Historia de la sexualidad: la voluntad de saber*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2002, p. 112.

que tal construcción asumía para la dialéctica anarquista clásica. Por el contrario, si bien el poder no deja de fundar su propia genealogía en una "...multitud de fuerzas immanentes y propias de relaciones de dominio...",³⁷ su propio semblante no debe ser buscado

... en la existencia primera de un punto central, en un punto único de soberanía del cual irradian formaciones derivadas y descendentes; son los pedestales móviles de las relaciones de fuerza los que sin cesar inducen, por su desigualdad, estados de poder, pero siempre locales e inestables. Omnipresencia del poder: no porque tenga el privilegio de reagruparlo todo bajo su invencible unidad, sino porque está produciendo a cada instante, en todos los puntos, o más bien en toda relación de un punto a otro. El poder no está no todas partes; no es que englobe todo, sino que viene de todas partes...³⁸

De esta manera, la propia construcción de tal poder no reviste la condición esencialmente verticalista que anarquistas como Kropotkin o Bakunin le atribuían. No se niega, en modo alguno, su condición necesaria para articular socialmente a un grupo determinado, más, para el anarquismo posestructuralista la dinámica que tal proceso implica conlleva abjurar de la condición inmutable que conforme a los mentados intelectuales revestía tal entelequia.

Para la escuela posestructuralista, el poder nunca sería una heredad de un individuo o agregación de individuos en particular: su propio devenir y sentido atraviesa los cuerpos, siendo constituido y constituyéndose a su vez merced a tal proceso. Su condición transversal, rizomática³⁹ abjura de todo tipo de construcciones ideológicas, para apelar a distintos procedimientos de producción y estructuración del saber, entre los cuales se encuentran las propias prácticas de disciplinamiento del individuo en virtud de las cuales que se opera el reemplazo del "...hombre memorable por el del hombre calculable...", en un proceso que se caracterizó, "... desde el fondo de la Edad Media (...) [por] el paso de lo épico a lo novelesco, del hecho hazañoso a la secreta singularidad, de los largos exilios a la búsqueda interior de la infancia, de los torneos a los fantasmas [los cuales] se inscribieron también en la formación de una sociedad disciplinaria..."⁴⁰

En la medida de que el influjo ejercido a partir de la construcción de un poder como el mentado no solo afecte o incida sobre la propia complejidad psicológica del sujeto, sino también en los procesos políticos que otrora se constituían merced a su propia y privativa dialéctica conforme a los postulados anarquistas clásicos, debe

37. *Ibidem*.

38. *Ibidem*.

39. Ver nota treinta y tres.

40. FOUCAULT, M., *Vigilar y Castigar, op. cit.*, p. 224.

concluirse, entonces, que aquello que debía concebirse por revolución también ha de desecharse, o en todo caso, resignificarse.

Por otro lado, en tanto se asuma que la revolución suponga la superación o dramática conclusión del ejercicio de cierta dominación de una estructura de poder dada por sobre el individuo, *así como también que ambas construcciones se erigen sobre determinados presupuestos que las constituyen excluyente y privativamente entre sí*,⁴¹ ha de asumirse que tal revolución, dentro del paradigma anarquista posestructuralista, supone una construcción por demás epistémicamente inconsistente con los propios presupuestos valorativos que definen tal corriente. De este modo, en la medida de que se comulgue con la idea de que "...el poder produce realidad, produce ámbitos de objetos y rituales de verdad..." en los cuales "...El individuo y el conocimiento que de él se puede obtener *corresponden a esta producción...*",⁴² la plausibilidad de que acaezca tal revolución, pero antes bien la propia ontología de tal concepto, como producto *necesariamente* semántico pero antes lógico de una relación entre un binomio de sentido que deja de ser tal, se extingue. Naturalmente, tal revolución o binomio solo dejan de ser tales —en tanto entelequias preexistentes a su propio proceso definitorio— para la doctrina de pensamiento a cuyo estudio el presente ensayo se ha abocado, y en tanto su definición suponga abrazar, a su vez, los presupuestos de otra escuela, el anarquismo clásico. Inquirir, entonces, como se hiciera previamente, respecto a la naturaleza de la relación de causalidad entre dos entelequias cuya propia existencia ya no se asume como válida —al menos desde los propios presupuestos gnoseológicos para el estudio de la realidad social aquí asumidos— supondría un ejercicio aparentemente quimérico, al menos en tanto se abjure de la utilidad de los entes ideales para el estudio de la realidad social.

IV. CONCLUSIÓN

Como décadas atrás refería Foucault que

...La voluntad de saber, anticipándose a sus contenidos actuales, dibujaba planes de objetos posibles, observables, medibles, clasificables: una voluntad de saber que imponía al sujeto conocedor (y de alguna manera antes de toda experiencia) una cierta posición, una cierta forma de mirar y una cierta función (ver más que leer, verificar más que comentar); una voluntad de saber que prescribía (y de un modo más general

41. Ver nota veintiocho.

42. FOUCAULT, M., *Vigilar y Castigar*, *op. cit.*, p. 198.

que cualquier otro instrumento determinado) el nivel técnico del que los conocimientos deberían investirse para ser verificables y útiles...⁴³

Ni el presente opúsculo ni su autor han logrado sustraerse a la dialéctica de tal voluntad de saber, ni aún así sus espíritus comulgan con tales designios, tal vez por el influjo del inextricable proceso de autosugestión bajo el cual Kelsen sugería como el idilio a la libertad del individuo (en este caso, libertad gnoseológica, prescindente de toda sumisión epistemológica) deviene en la propia imposición de los aquellos presupuestos que parecen abjurar de ella (abocarse al estudio de una determinada materia, la voluntad de saber,⁴⁴ sometiéndose a los propios mandatos de tal voluntad de saber). Por ello, permanece la aporía. Ya sea ésta de carácter político o estrictamente epistemológico, de todos modos, aún, perdura. O tal vez no. Porque la propia libertad forma parte del logos de presupuestos valorativos que abraza tal voluntad de saber, y por ello los suscribe e impone. Pero no es sino por tal consideración que el carácter paradójico del presente silogismo subsiste, en tanto se asuma cuan contraintuitivo supone ser instaurar una determinada comunión de valores, entre los que se encuentra tal libertad, bajo el mandato de no incurrir en sus prácticas. Sin embargo, y en la medida de tal libertad epistémica propenda a establecer los límites que tal voluntad de saber impone y en tanto ello importe cumplir con un precepto propio de tal voluntad de saber (la utilidad que debe asumir todo conocimiento “técnico”), tal paradoja deviene en extraña, cuasi sofisticada, puesto que, como refería Max Weber,

...La relación entre el concepto y lo concebido comporta en las ciencias de la cultura el carácter transitorio de cualquiera de estas síntesis. En el campo de nuestra ciencia, grandes intentos de construcciones conceptuales debían su valor precisamente al hecho de poner al descubierto las barreras de la significación de aquel punto de vista que les servía de fundamento...⁴⁵

43. FOUCAULT, M., *El Orden del Discurso*, Barcelona, Tusquets, 1999, p. 21.

44. Tal voluntad de saber, en el presente ensayo se plasma en ciertas relaciones de poder políticas, mas no se agota en ellas.

45. WEBER, M., *Sobre la teoría de las ciencias sociales*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1994, p. 82.

BIBLIOGRAFÍA

- AARON, Raymond, *Democracia y totalitarismo*, Barcelona, Seix Barral, 1968.
- BAKUNIN, Mijaíl, “Perils of the Marxist State”, en WOODCOCK, George, *The Anarchist Reader*, Sussex, Harvester Press, 1977.
- , *Dios y el Estado*, Nueva York, Dover, 1970.
- , *Escritos de Filosofía Política*, Barcelona, Altaya, 1994, t. I.
- , *Obras, Volumen III: Federalismo, socialismo y antiteologismo y Consideraciones filosóficas*, Madrid, Júcar, 1977.
- BOOKCHIN, Murray, *Remaking Society*, Montreal, Black Rose Books, 1989.
- CHOMSKY, Noam, *Escritos libertarios. Esperanza en el porvenir*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2007.
- D’AURIA, Aníbal, “Estado y Derecho en el pensamiento anarquista: Una aproximación a Bakunin”, en *Crítica Jurídica*, N° 27, México, UNAM, Enero-Julio 2009.
- DELEUZE, Guilles, GUATTARI, Félix, *Mil Mesetas*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1987.
- FOUCAULT, Michel, *El Orden del Discurso*, Barcelona, Tusquets, 1999.
- , *Historia de la sexualidad: la voluntad de saber*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2002.
- , *Las palabras y las cosas* (título en inglés *The Order of Things*), Nueva York, Random House, 1977.
- , *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2002.
- GARAVENTA, Carlos, “Anarquismo, ¿Contra el Derecho?”, en *Diálogos de Derecho y Política*, Año 1, N° 3, Medellín, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Enero- Abril de 2010.
- JOLL, James, *The Anarchists*, Londres, Routledge & Kegan Paul 1980.
- KROPOTKIN, Piotr, “Anarchist Morality”, en BALDWIN, Roger N., *Kropotkin’s Revolutionary Pamphlets*, Nueva York, Dover, 1970.
- , *El Estado*, consultado en [http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/estado/estado.html] el 16/10/2013.
- , *Palabras de un rebelde*, Barcelona, Edhasa, 2001.
- LYOTARD, Jean-François, *Phenomenology*, Albany, SUNY Press, 1991.
- PELLEGRINI, Carlos, “Conferencia a los estudiantes en el Teatro Odeón”, en ASTENGO, Agustín, *Pellegrini. Obras*, Buenos Aires, Coni, 1941, t. III.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato Social*, Barcelona, Edicomunicación, 1994.
- WEBER, Max, *Sobre la teoría de las ciencias sociales*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1994.
- WIECK, David, “The Negativity of Anarchism”, en AA.VV., *Reinventing Anarchy*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1977.



ENSAYOS



RESTRICCIONES AL DOMINIO, RELACIONES DE VECINDAD E INMISIONES INMATERIALES: UN RECORRIDO DESDE EL DERECHO ROMANO*

JONATHAN MATÍAS BRODSKY**

Resumen: Si bien el dominio siempre ha sido concebido como el más amplio derecho que una persona puede tener sobre una cosa, también es cierto que ha reconocido limitaciones de distinta índole. El propósito de este ensayo es analizar el origen de estas restricciones en el Derecho Romano –y particularmente aquella vinculada a las inmisiones inmateriales en las relaciones de vecindad– así como estudiar la proyección de tales nociones romanas en el Derecho decimonónico francés, el Código Civil argentino y su Proyecto de Reforma del año 2012.

Palabras clave: derecho de propiedad – limitaciones al derecho de dominio – inmisiones inmateriales – relaciones de vecindad – derecho romano – derecho francés – código napoleón – código civil de la nación – proyecto de código civil y comercial de la nación.

Summary: Owning property has always been considered to be the most absolute right that a person may have on property. However, there have also been many different kinds of limits to it. This essay deals with the origin of those limits in Roman law – immaterial emissions in vicinity relationships in particular – and how those Roman regulations projected into French nineteenth century law, the Argentinean Civil Code and its Reform Bill of 2012.

Keywords: property ownership – limits to property ownership – immaterial emissions – vicinity relationships – roman law – french law – napoleonic code – argentinean civil code – argentinean civil code reform bill of 2012.

* Recepción del original: 25/08/2013. Aceptación: 07/11/2013.

** Estudiante de Abogacía (UBA), con orientación en Derecho Privado. Ayudante alumno de las asignaturas Obligaciones Civiles y Comerciales y Derecho Internacional Privado (UBA). Investigador estudiante y becario de investigación (UBA). Ex becario de intercambio (Wheelock College, EE.UU. y UAM, España). E-mail de contacto: jmbrotsky@derecho.uba.ar.

I. INTRODUCCIÓN

La noción de propiedad es ancestral, y su estudio completo excede necesariamente el ámbito de lo jurídico: abarca también la Economía, la Sociología, la Filosofía y la Política, entre otras disciplinas.

Ahora bien, para el mundo del Derecho, y particularmente del Derecho Romano –*leit motif* de este ensayo–, la propiedad siempre fue concebida como el señorío más amplio que se puede tener sobre una cosa.¹ Se la entendía en aquel entonces como un derecho emanado de la soberanía del *paterfamilias*, y como tal era absoluto, exclusivo, irrevocable y perpetuo.² Ilimitado en el espacio y en el tiempo, en los inmuebles se extendía desde la profundidad de la tierra hasta el espacio aéreo, tal que existía sobre el fundo una verdadera soberanía territorial cerrada e independiente.³

Sin embargo, este principio no era absoluto, sino que revestía el carácter de regla general frente a la que existían varias excepciones, conocidas como “limitaciones” o “restricciones” a la propiedad.⁴ Si bien algunos códigos modernos, como el *Code civil des Français*⁵ (a cuyos comentaristas nos referiremos más adelante), han llegado a excesos sobre el concepto de dominio, no debe atribuirse ello al modelo romano, cuyo derecho jamás trasuntó tal orientación en normas estrechas y rigurosas; antes bien, en Roma la propiedad estuvo condicionada o restringida, tanto por el derecho igual de los particulares como por el superior de la colectividad.⁶

Entre estas últimas limitaciones, esto es, las que se basaban en el interés público, se contaban la prohibición de cremar y enterrar los cadáveres dentro de la ciudad o fuera de ella hasta una distancia de sesenta pies de los edificios; el impedimento de retirar las vigas intercaladas en el edificio ajeno mientras no se terminaran las obras –impedimento que se extendió a todos los materiales de construcción–; la

1. DI PIETRO, A., *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 119; PETIT, E., *Tratado elemental de Derecho Romano* (traducción de José Fernández González), Buenos Aires, Albatros, 1963, p. 341; AMBROSIONI, C. E., *Lecciones de Derecho Romano*, La Plata, Editorial Jurídica, 1965, t. II, p. 525.

2. De allí la denominada *plena in rem potestas*: el propietario podía usar y disponer libremente de la cosa (SALVAT, R. M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1962, t. II, p. 14).

3. ELGUERA, E. R., “Evolución de la propiedad privada en Roma”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*, año 2, t. V, 1950, pp. 1144-1145.

4. Utilizaremos ambos términos como sinónimos, aunque alguna doctrina –que no nos convence– pretende atribuirles diferentes naturaleza (cfr. MUSTO, N. J., *Derechos Reales*, Buenos Aires, Astrea, 2000, t. 1, p. 546).

5. Más conocido como el *Code Napoléon*, por el nombre del célebre personaje bajo cuyo gobierno se estableció.

6. LAFAILLE, H., *Derecho Civil: Tratado de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Ediar, 1943, t. 1, p. 358.

prohibición de demoler un edificio para especular con la venta de materiales; la obligación de conceder el paso a través del fundo propio en caso de estar intransitable la vía pública, hasta que ésta fuera reconstruida;⁷ el deber de los propietarios de fincas ribereñas de permitir su uso al servicio de la navegación;⁸ entre otras.

A su vez, se hallaban las restricciones al dominio fundadas en las relaciones de vecindad, que buscaban proteger el interés de los particulares (puntualmente, el de los propietarios de inmuebles lindantes). Tales limitaciones se enmarcan ya en el objeto mismo de nuestro ensayo, y a su estudio nos abocaremos en el siguiente acápite.

II. LIMITACIONES A LA PROPIEDAD EN VIRTUD DE LAS RELACIONES DE VECINDAD EN EL DERECHO ROMANO. LAS LLAMADAS “INMISIONES INMATERIALES”

Al margen de las restricciones al dominio en razón del interés comunitario, existía en el Derecho Romano el principio de que nadie puede hacer uso de su propiedad con ánimo de perjudicar a terceros. Si bien no comete dolo quien hace uso de su derecho,⁹ sí es reprochable hacer un mal uso de él.¹⁰ y constituía este mal uso de la propiedad aquel que damnificara, en lo que aquí nos interesa, a los dueños de fundos vecinos –que también tienen en su cabeza un derecho de dominio–. Las limitaciones impuestas en función de las relaciones de vecindad y para proteger a los propietarios lindantes son varias:¹¹

- > Cuando las ramas de un árbol se extendían sobre la finca vecina, el propietario de éste, perjudicado por las sombras que aquellas proyectaban, podía según la Ley de las XII Tablas exigir del dueño del árbol que lo aclarara podándolo hasta una altura de quince pies (ello dio origen a la creación pretoriana del *interdictum de arboribus caedendis*).¹²
- > Las XII Tablas establecieron en favor del dueño de un inmueble el derecho a penetrar en el de su vecino para recoger la bellota del propio

7. Cfr. ARGÜELLO, L. R., *Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 226.

8. *Institutas*, 2, 1, §4.

9. *Digesto*, 50, 17, 55.

10. *Institutas*, 53.

11. Cfr. ARGÜELLO, L. R., *op. cit.*, pp. 227-228; IGLESIAS, J., *Derecho Romano: Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, Ariel, 1958, pp. 257-259; DE LORENZO, R. J. y DE LORENZO, J. E., *Roma. Derecho e Historia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pp. 180-181; DI PIETRO, A., *op. cit.*, pp. 122-123.

12. *Digesto*, 43, 17, 1.

árbol caído en él (facultad reconocida por el pretor en el *interdictum de glande legenda*;¹³ se hizo luego extensivo a toda clase de frutos¹⁴ y cosas en general).¹⁵

- > En la época postclásica se prohibía que las propias construcciones oscurecieran excesivamente la casa del vecino, disponiéndose que nadie levantara edificios a menos de cien pies de distancia de los ya existentes que tenían vistas sobre el mar o estaban en la ladera de un monte.¹⁶
- > El propietario de un sepulcro situado en terreno al cual sólo se tenía acceso por una finca vecina, no se hallaba asistido en la época clásica de un derecho de paso forzoso, si bien podía pedir la entrada en forma precaria y extraordinaria. La legislación justiniana reconoció el derecho de paso forzoso, dejando a salvo la equitativa indemnización.¹⁷
- > En principio, el agua producida por las lluvias debía correr naturalmente del fundo superior al inferior.¹⁸ Pero si como consecuencias de obras del hombre, como diques o zanjas, el agua era repelida al fundo superior o derivada al fundo inferior, se concedía la *actio aquae pluviae arcendae*.¹⁹
- > Si un edificio amenazaba ruina y producir daños por derrumbes sobre el vecino, antes de que el daño se produjera, éste podía exigir al dueño de aquel edificio que prestara la *cautio damno infecti* (de la que ya existía un precedente en las *legis actiones*),²⁰ ante cuya negativa se concedía la *missio in possessionem ex primo decreto*.

Existen otros ejemplos, pero dejamos para el final y cerramos esta lista con el supuesto que más nos interesa por inscribirse específicamente en el marco de este trabajo: nos referimos a las “inmisiones inmateriales” o “emanaciones”. Según el Derecho Romano, el propietario de un inmueble debía permitir, en los límites de la humana tolerancia, los humos y otras emanaciones (*inmissio*) del fundo del vecino.²¹ La emisión de humo, agua, etcétera, provenientes de un predio vecino, cuando

13. *Digesto*, 43, 28, §1.

14. *Digesto*, 43, 28, 1, 1.

15. *Digesto*, 39, 2, 7.

16. *Código*, 8, 10, 12, 4, 13; *Novelas*, 63 y 165.

17. *Digesto*, 11, 7, 12.

18. *Digesto*, 39, 3, 1, 13-15.

19. *Digesto*, 39, 3, 1, 10.

20. GAYO, *Institutas*, 4, 19.

21. IGLESIAS, J., *op. cit.*, p. 258; PEÑA GUZMÁN, L. A., *Derecho Civil. Derechos Reales*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1975, t. II, p. 315.

no excediera la cantidad normal y ordinaria, debía ser admitida por el propietario del predio que la sufría.²² Este *quantum*, hoy llamado “normal tolerancia”, era por un lado el límite aceptable al ejercicio del propio derecho de dominio en cuanto afectara a terceros, y por otro, la medida de lo que todos los vecinos tenían el deber de soportar en virtud de la propiedad ajena.

El *exceso* en la “normal tolerancia”, en cambio, no es admisible: así, por ejemplo, el humo de una fábrica de quesos no podía echarse a los edificios superiores, ni extraerse piedras de un fundo si los fragmentos saltaban al vecino.²³ En tales supuestos, el propietario afectado podía exigir el cese a través del *interdictum uti possidetis*.

Resulta muy interesante que ya en el Derecho Romano se previera la posibilidad de exigir la cesación de la molestia y no sólo la indemnización (ya veremos que esto no siempre se mantuvo), así como la canalización de aquel reclamo por el *interdictum*. Y es que esta creación pretoriana, como tantas otras de las innovaciones romanas para procurar la justicia en los diversos supuestos concretos que presentaban a diario, era justamente una medida para resolver cuestiones urgentes, tal que se hiciera respetar una determinada situación protegida jurídicamente y cuya solución no admitía mayor demora.²⁴

III. LA CUESTIÓN EN LAS FUENTES DE VÉLEZ SARSFIELD

Nos interesa en especial el tratamiento de la propiedad y sus limitaciones por Charles Demolombe, Charles Aubry y Frédéric Charles Rau, autores franceses decimonónicos que, fuertemente influidos por el Derecho Romano –lo mismo que la mayoría de los países de Europa Continental–, constituyeron la fuente directa en la que brevó nuestro codificador en la materia.²⁵

III. A. El pensamiento de Charles Demolombe

Comienza a tratar el tema Charles Demolombe²⁶ con una pregunta: “¿puede el propietario realizar las acciones que desee sobre su heredad, siempre que respete

22. ARGÜELLO, L. R., *op cit.*, p. 228.

23. *Digesto*, 8, 5, 8, §5.

24. GAYO, *Institutas*, 4, 138.

25. La remisión en la nota al art. 2618 del Código Civil argentino es expresa.

26. A lo largo de este subcapítulo, resumimos y comentamos las ideas expuestas por el jurista francés en *Cours de Code Napoléon*, t. XII, “Traité des servitudes ou services fonciers”, Paris, Durand-Hachette, 1876, puntos 646 y ss. En todos los casos, la traducción del original nos pertenece.

los límites dispuestos por la ley, sin importar las consecuencias sobre las heredades vecinas?”. Según el destacado jurista francés, ello es lo que surge del art. 544 del *Code*, que define la propiedad como el derecho de gozar y disponer de las cosas de la forma más absoluta en tanto no se le dé un uso prohibido por las leyes y los reglamentos.

Como se observa, se trata de determinar el alcance del derecho de propiedad y sus limitaciones. “El derecho del dueño es entonces absoluto, y podrá hacer lo que le plazca con su propiedad sin importar las consecuencias para los fundos vecinos. Se podrá objetar que de acuerdo al art. 1382, todo hecho del hombre que cause un daño a otro, lo obliga a aquél a repararlo. Pero es fácil responder que no hay ninguna falta que reprocharle a quien no hace más que hacer uso de su derecho”.

Sin embargo, a continuación expone que la conclusión es demasiado absoluta, y corresponde hacer una distinción: o bien el uso que hace el propietario de su finca priva al dueño de las heredades vecinas de las ventajas que hasta el momento ya tenía; o bien la acción del dueño causa verdaderamente un daño. En el primer caso, adopta plenamente la argumentación expuesta: el dueño puede hacer con su heredad lo que le parezca, aunque prive a sus vecinos de ventajas con las que ya contaban. Si el vecino tenía una fuente, y por excavaciones que el propietario realiza en su terreno corta o desvía las afluentes de agua subterráneas que la alimentaban, aquel vecino no tiene acción alguna.²⁷ Lo mismo si uno edificara en su suelo y con ello le obstruyera al vecino la vista que tenía sobre el terreno, dándole sombra.²⁸ No se hace más que utilizar la propiedad, dentro de los límites, sin alcanzar con un daño la propiedad vecina; éste no puede accionar aún cuando el valor de su propiedad decrezca considerablemente.²⁹

Ahora bien, y aquí comienza a tratarse el tema que nos interesa: “¿debe aplicarse la misma solución en el caso de que las acciones que un dueño realice sobre su fundo resulten en la transmisión a una heredad vecina de sustancias o emanaciones molestas, o generen un ruido insoportable? ¿El vecino de un establecimiento

27. Sin perjuicio de la opinión del autor tratándose de “inmisiones molestas” que enseguida veremos, nótese que diversa es esta postura individualista respecto de la romana, mucho más humanitaria.

28. *Idem* nota anterior.

29. Explica Demolombe que, no obstante, existía una excepción al principio: cuando el propietario realiza sobre su inmueble acciones cuyo resultado priva al vecino de las ventajas de las que gozaba, sin otra finalidad que molestar al vecino (no hay interés para el propietario). La excepción era tan antigua como el principio mismo y también la enseñaban los jurisconsultos romanos y los autores antiguos. Sin embargo, esta excepción le parecía inadmisibles a pesar de su reconocimiento desde antaño. El texto del art. 644 es claro: el propietario puede gozar y disponer de la cosa de la manera más absoluta. Jurídicamente no se le puede exigir que rinda cuenta de sus motivaciones, investigación que sería incierta y arbitraria y devendría, en las relaciones de vecindad, una fuente inagotable de litigios.

peligroso o insalubre autorizado puede reclamar daños y perjuicios en razón del perjuicio que aquél le causara?”.

Según Demolombe, existían tres opiniones sobre el punto: para la primera, no tiene lugar, en este caso, acción alguna de daños y perjuicios, ni por el daño material que surgiera de la alteración física del fundo, ni por el perjuicio moral que resultara de la depreciación del valor de la finca. No hay abuso mientras no exista contravención a ley o reglamento, único límite del ejercicio del derecho de propiedad, que es absoluto.

Para una segunda opinión, se debe distinguir entre el daño real, que produce una alteración física o una minoración efectiva de la cosa, y el daño moral, entendido éste como la depreciación monetaria que resulta de la vecindad misma del establecimiento industrial. En este sistema, es sólo la primera especie de daño la que podría abrir una acción de daños y perjuicios ante las autoridades judiciales. No así el segundo tipo de perjuicio, sobre el cual el Poder Judicial es incompetente, por ya haber sido ponderado por la autoridad administrativa.

Finalmente, la tercera opinión, que resulta para Demolombe la más justa y que se adecua a la (entonces) moderna regulación de la cuestión, sostiene que el propietario que sufre por parte del dueño de un establecimiento industrial, aún autorizado, un perjuicio apreciable de cualquier índole, puede reclamar daños y perjuicios, y las autoridades judiciales son competentes, en todos los casos, para entender en tales acciones.

El derecho a accionar por daños y perjuicios derivaba, en el Derecho francés, de los artículos 1382 y 1383 del *Code*, que consagraban la gran regla de equidad según la cual todo hecho del hombre que cause a otro un daño, lo obliga, por la culpa en que incurrió, a repararlo.³⁰ Resultaría una interpretación abusiva del art. 544 que la propiedad, en tanto derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, implique que el dueño pueda, en ejercicio de su derecho, causar impunemente daños a sus vecinos.

Cada propietario debe considerarse en relación con sus propietarios vecinos, y ello resulta un límite para el ejercicio absoluto del derecho de disponer y gozar de las cosas, lo mismo que el de no afectar las cosas de las que los demás son dueños. Si todos los propietarios pudieran invocar, en sus relaciones recíprocas, su derecho absoluto de propiedad, es claro que ninguno tendría en verdad un derecho pleno, pues las acciones de cada uno afectarían a las heredades vecinas. Los juriconsultos romanos distinguían las acciones que un propietario podía realizar en su finca sin afectar la de sus vecinos, de aquellas en las que los actos tienen consecuencias para

30. No debe llamarnos la atención la alusión a la culpa en un contexto liberal como el francés del siglo XIX. Modernamente, la doctrina es conteste en atribuir la responsabilidad en el caso que analizamos a través de un *factor objetivo de atribución* (aunque también pueda existir uno subjetivo, y sea beneficioso para el damnificado recurrir a él cuando lo puede demostrar, en caso de dolo del dañador).

los fundos ajenos. Y esto protege no sólo al propietario, sino también a las personas. La administración interviene sobre todo por un interés general de policía y de salubridad pública, para prevenir los “inconvenientes generales”, pero también los “inconvenientes particulares”, en tanto los propietarios vecinos no pueden verse perjudicados por los establecimientos que la misma administración autoriza.

A continuación se halla el parágrafo 658 de la obra de Demolombe, que es el que expresamente cita Vélez en la nota al art. 2618 originario, y plantea: “Tales son los verdaderos principios. Ahora bien, en concreto, ¿en qué casos corresponde condenar por daños y perjuicios?”.

En términos generales, se trata de una cuestión casuística y les corresponde a los magistrados evaluar las circunstancias del caso para pronunciarse en consecuencia.³¹ No obstante, la apreciación de esas circunstancias debe realizarse siempre a la luz de una distinción fundamental, que complementa toda demostración de hecho: se debe diferenciar entre los inconvenientes ordinarios y, por decirlo así, inevitables de la vecindad, y los inconvenientes extraordinarios e imprevistos, que son aquellos en los que el daño excede claramente, como bien lo ha dicho la *Cour de Cassation* francesa, la medida de las obligaciones ordinarias de la vecindad. La distinción se remonta a orígenes muy antiguos: en la octava ley del Digesto se tenía en cuenta, para determinar si el propietario debía soportar el humo proveniente de la finca vecina, la mayor o menor gravedad de la emanación.

No es posible, de este modo, postular en esta materia una regla absoluta. Es evidente que por el bien de la sociedad, así como por el interés recíproco de los mismos propietarios, la libertad de industria y de profesión exige tolerar ciertas consecuencias no placenteras o desagradables. Pero son necesarios en las ciudades, y los inconvenientes que causan a los vecinos –aunque lamentables– no autorizan la demanda de daños y perjuicios. Son inconvenientes ordinarios, posibles, previsibles, a los que no cabe sino resignarse.

Pero también puede ocurrir que las molestias y los daños se tornen extraordinarios, excesivos, y sobrepasen claramente la medida de las obligaciones ordinarias de la vecindad, y es de toda justicia y conforme a la equidad que se abra una acción de daños y perjuicios a favor del propietario que se encuentra, por el hecho de su vecino, en la imposibilidad de ejercer su derecho de gozar y disponer de la cosa de la que es dueño.

Los ejemplos que el jurista francés menciona tienen vigencia hoy en día. Imagínese por ejemplo el caso de un lavadero de telas, al cual viene a establecerse cerca una fábrica que emana humo y hollín, manchando y deteriorando las telas de aquél e impidiéndole ejercer su industria. ¿Qué ocurriría si no hubiera lugar para

31. Plausible noción que, como veremos más adelante, se mantendrá en el Código de Vélez Sarsfield, el actualmente vigente, y en el moderno Proyecto de Reforma.

una acción? Lo mismo si se emanara un olor fétido insoportable, proveniente de la industria ejercida por el vecino. O bien el ruido causado por el establecimiento vecino, si éste fuera tan violento y excesivo, que volviera inhabitable el fundo lleno de humo. ¿Sería justo que el ejercicio de mi vecino de su derecho pueda paralizar el ejercicio del mío propio? La respuesta negativa se impone.

Se concluye entonces que corresponde a los jueces, según su experiencia, su saber y su sentido de equidad, determinar de la manera más conveniente la delicada aplicación de la regla expuesta precedentemente.³² Los magistrados tomarán en consideración las características del lugar: varía la ponderación en las ciudades, donde la aglomeración es siempre mayor, que en las zonas rurales, donde la habitación es más espaciada; también entre ciudades donde la industria se ejerce con mayor intensidad, y otras donde el comercio se da en menor medida y con más calma; y finalmente, también puede distinguirse entre diferentes barrios de una misma ciudad.

III. B. El pensamiento de Charles Aubry y Frédéric Charles Rau

Coincidente, aunque de más escueto desarrollo, es la exposición de Charles Aubry y Frédéric Charles Rau.³³ Por un lado, estos autores también parten de la base de que la propiedad en general es el derecho en virtud del cual un objeto está sometido, de una manera absoluta, a la acción de una persona. El dueño es por ende soberano en relación a la cosa de la que es propietario. El derecho de propiedad es por naturaleza ilimitado, autoriza al dueño a hacer con la cosa todos los actos compatibles con las leyes de la naturaleza, y es también exclusivo y excluyente de todas las demás personas.

Sin embargo, por otra parte, el derecho de propiedad está sometido a restricciones: las que resultan de una causa basada en un hecho del hombre, o bien de una disposición especial de la ley. Y es este el punto que nos interesa: Aubry y Rau reconocen ciertas limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad (y entienden que el número de disposiciones legales que lo restringen, en especial en relación a bienes inmuebles, es bastante considerable). Entre los límites receptados por el *Code*, y otros que están contenidos en leyes especiales, figuran el régimen de los bosques, la desecación de pantanos, la explotación minera, y *el establecimiento de industrias y talleres peligrosos, insalubres o que causen molestias*.

32. *Idem* nota anterior.

33 Paralelamente a la exposición anterior, en esta parte del ensayo sintetizamos y anotamos las ideas volcadas por los autores franceses en *Cours de Droit Civil Français d'après l'ouvrage allemand de C.S. Zachariae*, t. I, 3ª ed., Paris, Cosse, 1856, p. 188 y ss. La traducción también es libre.

IV. LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Desde su entrada en vigor en el año 1871, nuestro Código Civil se ocupaba en su art. 2618 de las relaciones de vecindad y la llamada “normal tolerancia entre vecinos”: “El ruido causado por un establecimiento industrial debe ser considerado como que ataca el derecho de los vecinos, cuando por su intensidad o continuidad viene a ser intolerable para ellos, y excede la medida de las incomodidades ordinarias de la vecindad”. La disposición debía complementarse con la del art. 2619, que rezaba: “Aunque la obra, o el establecimiento que cause perjuicio al vecino, hubiese sido autorizado por la administración, los jueces pueden acordar indemnizaciones a los vecinos, mientras existan esos establecimientos. La indemnización se determina según el perjuicio material causado a las propiedades vecinas, y según la disminución del valor locativo o venal que ellas sufran”.

La Ley 17.711, sancionada en 1968, reformó el precepto bajo análisis que quedó redactado de la siguiente manera: “Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias. En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso. El juicio tramitará sumariamente”. Asimismo, se derogó –con evidente coherencia– el art. 2619 originario.³⁴

Es claro que ambos dispositivos se dedica(ba)n a regular el tema que nos ocupa: las molestias ocasionadas por actividades en inmuebles vecinos, el parámetro de tolerancia que cabe considerar respecto de ellas y la reacción del Derecho (a través del *imperium* del juez, cuyas facultades vienen conferidas por la norma) cuando dicho estándar es sobrepasado (el “exceso en la normal tolerancia”).

Sin embargo, son también notorias las importantes diferencias entre lo establecido por el codificador en el siglo XIX y el reformador de 1968. Lejos de

34. Entre nosotros, la Ley 17.711 implicó la derogación de catorce artículos del Código Civil y la modificación de ciento seis de ellos y de cinco leyes complementarias. Más allá del acierto o desacierto en unos u otros de estos cambios –cuyo examen excede los límites de este trabajo–, no cabe duda de que la reforma de 1968 significó un verdadero giro del Código Civil argentino en el sentido de una concepción más social y solidaria del Derecho. La restricción al dominio que aquí comentamos se inscribe en el marco de una redefinición de la propiedad y de su función, y más en general, en un nuevo paradigma –muy diferente al del liberalismo decimonónico– del Derecho Civil. (Al respecto, puede profundizarse en la obra de uno de los principales artífices de la Ley 17.711: BORDA, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I, p. 403 y ss.)

suponer una mera enmienda superficial, el nuevo art. 2618 resignificó la concepción normativa³⁵ de su objeto y su funcionamiento en la práctica, ampliando de manera considerable los tres aspectos mencionados anteriormente.

En primer término, la única molestia prevista en el precepto decimonónico era exclusivamente el ruido. Nada se decía de otro tipo de inmisiones, que indudablemente era justo y conveniente considerar comprendidas en el presupuesto de hecho de la norma. En cambio, la reforma contempló otras posibles molestias (humo, calor, olores, luminosidad y vibraciones) y con carácter meramente enunciativo (la textura abierta de la fórmula “...o daños similares”³⁶ no deja lugar a dudas). Así, cualquiera de las que en el actual estado del arte se conocen como “inmisiones inmateriales” —es decir, que no ocupan de manera estable la finca vecina mediante la introducción de elementos inmobiliarios propios³⁷ (son generalmente intangibles)—³⁸ están comprendidas en el art. 2618 y habilitan la solución jurídica prevista en él.³⁹

Por su parte, el supuesto fáctico de aplicación de la norma termina de ampliarse en cuanto se elimina la exigencia de que la actividad generadora de la molestia sea de carácter industrial.⁴⁰ Así, el inmueble que la cause podría ser un comercio, una vivienda, etcétera.

En segundo lugar, la fórmula del art. 2618 reformado admite sin obstáculos la reparación del daño extrapatrimonial (entre nosotros, daño moral), por cuanto se

35. La doctrina y la jurisprudencia ya habían intentado expandir, por vía de la interpretación, la restrictiva regulación en la materia del Código Civil originario.

36. Se ha señalado con acierto que, técnicamente, el lenguaje es incorrecto, por cuanto el daño es resultado de alguna de las inmisiones enumeradas (u otras no enunciadas), pero no es sí mismo no una inmisión (AREÁN, B., *Derechos Reales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, t. 1, p. 271).

37. LAQUIS, M. A., *Derechos Reales*, Buenos Aires, Depalma, 1975, t. IV, p. 252.

38. No deben excluirse del concepto, sin embargo, aquellas inmisiones que en sentido *físico* sean materiales (esto es, que sean *materia*): tal es el caso del hollín, el humo o las cenizas, por contraposición al calor, las vibraciones o el ruido (*cf.* LAQUIS, M. A., *Derechos Reales*. Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 204-208). Las inmisiones *materiales* que cabe distinguir son las que introducen elementos inmobiliarios propios en el fundo ajeno —p. ej. colocar objetos en él—; así como también las inmisiones *ideales* —p. ej. la exposición a la vista de cosas horribles o del mal gusto— (KIPER, C. M. (dir.), *Código Civil Comentado. Doctrina, jurisprudencia, bibliografía. Derechos Reales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, t. II, p. 38; CLERC, C. M., *Derechos Reales e Intelectuales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, t. 1, p. 332).

39. A título de ejemplo, Highton enumera las siguientes: “propagación de ruidos, olores, luminosidad, vibraciones y trepidaciones, esparcimiento de productos de combustión, la proyección de ondas radioeléctricas, rayos X, haces luminosos, las actividades bailables o de esparcimiento, emisiones o penetraciones calóricas, eléctricas, gaseiformes, corpusculares (hollín, carbón, cenizas, chispas)” (HIGHTON, E. I., *Derechos Reales*, Buenos Aires, Ariel, 1979, t. 2, p. 123).

40. Desde luego, constituye un acierto que se haya mantenido —tal como lo preveía la redacción velezana— el carácter contingente de la autorización administrativa que pudiese haber obtenido el establecimiento en cuestión.

refiere a “daños” sin distinción. Esta tesis se compadece con el principio de reparación integral que rige el Derecho de Daños moderno, centrado en la víctima, y se aparta de lo normado con anterioridad a la Ley 17.711 (al contemplarse únicamente el “perjuicio material” causado a las heredades vecinas y su disminución de valor venal o locativo, se atiende sólo a los *daños patrimoniales*).

Por último, es crucial que la intervención del juez no se limita ahora a la indemnización de los daños, sino que también se prevé expresamente su facultad de disponer el cese de las molestias. De acuerdo a las circunstancias del caso, serán precedentes una, otra o ambas medidas acumulativamente: se puede ordenar el cese a futuro e indemnizar el daño sufrido hasta el momento si este se ha acreditado; puede también ordenarse la adecuación de la actividad para no producir más molestias o morigerarlas a límites más tolerables; o disponerse obras para aminorar los daños.⁴¹

A su vez, es de destacar que la facultad del juez de ordenar el cese de las molestias (además de regular indemnización por daños) debe ejercitarse “según las circunstancias del caso”. Ello le otorga suficiente margen de apreciación o “discrecionalidad” (que no es lo mismo que “arbitrariedad”) para que adopte las medidas que resulten más apropiadas en cada supuesto concreto: esta textura abierta permite la obtención de soluciones de justicia a través del estudio de las particularidades del caso, lo que resulta muy propio del Derecho Romano.⁴²

V. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 2012

En el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación bajo actual tratamiento legislativo, ya la noción de dominio da cuenta de sus limitaciones:⁴³ “El

41. GARRIDO CORDOBERA, L. M. R., “El problema de las inmisiones inmatrimoniales y el derecho: el exceso a la normal tolerancia entre vecinos” publicado en *Obra colectiva del Bicentenario del Colegio de Abogados de Mercedes (Medio Ambiente)*; consultado en PLOVANICH, M. C., “Los daños continuos en las relaciones de vecindad”, en *La Ley Córdoba*, Córdoba, La Ley, 2011, p. 1188; PAPAÑO, R. J., KIPER, C. M., DILLON, G. A., y CAUSSE, J. R., *Derecho Civil: Derechos Reales*, Buenos Aires, Astrea, 2004, t. 1, p. 225.

42. En sus más de doce siglos de historia, Roma conoció menos de mil leyes. Esto supone un promedio de menos de una ley por año, e incluso existieron años en que no se sancionaron nuevas leyes.

43. No es que en el Código Civil vigente en la actualidad no existan restricciones al dominio: al contrario, las hay tanto a la disposición jurídica (carácter *numerus clausus* de los derechos reales, que determina con cuáles de ellos podrá gravar a las cosas su dueño; prohibición de obligarse a no enajenar o de imponer dicha obligación al adquirente; proscripción de la división horizontal de la propiedad –salvo la propiedad horizontal en los términos de la Ley 13.512–), como a la disposición material (limitaciones respecto de la proximidad de los árboles y arbustos con el fundo vecino; restricciones de la práctica de aberturas u obras que impliquen constituir luces o vistas sobre aquél; deber de tolerar el uso de la propia

dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, *dentro de los límites previstos por la ley...*” (art. 1941 del Proyecto).⁴⁴ El dominio perfecto se define por exclusión: el que aparece definido es el imperfecto, como el que “...está sometido a condición o plazo resolutorios, o si la cosa está gravada con cargas reales” (art. 1946).

En concreto, en lo que respecta a las inmisiones inmateriales, el artículo 1973 del Proyecto prácticamente reproduce el actual artículo 2618, al establecer que “Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades e inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños. Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción”.

Por la similitud en la redacción del precepto, remitimos a lo ya expuesto respecto del art. 2618 vigente; sin perjuicio de ello, en el régimen del Proyecto los deberes impuestos por los límites al dominio no generan indemnización de daños a menos que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio (artículo 1971). Lo que acentúa aun más la medida primordial de disponer el cese de la actividad dañosa frente a la reparación económica.

VI. CONCLUSIÓN

Tal como lo anticipa el título de este ensayo, en él hemos intentado plasmar el desarrollo de las restricciones al dominio, puntualmente las fundadas en las relaciones de vecindad y en particular la relativa a las inmisiones inmateriales, a la manera de un recorrido desde el Derecho Romano hasta la normativa argentina vigente (y la proyectada) de nuestros días.

Tomamos como punto de partida esa fuente ineludible y primordial para los sistemas jurídicos continentales que es precisamente el Derecho Romano. En él, la propiedad se concebía como un derecho de enorme intensidad de las personas sobre las cosas, pero reconocía sin embargo diversas limitaciones. Una de ellas, vale

finca por el vecino o de la pared divisoria en ciertas circunstancias; etcétera). Sin embargo, la alusión a los límites del dominio *desde su misma conceptualización* es simbólicamente muy distinta a su definición en los términos del art. 2506 actual (“el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”) y posteriores restricciones específicamente puntualizadas.

44. El destacado nos pertenece.

decir, una de las ya entonces consagradas restricciones al dominio, eran las emanaciones inmatrimoniales sobre fundos vecinos. Y por cierto, a la luz de la Ley 17.711 y de las tendencias actuales, de forma precursora.

A continuación, examinamos el tratamiento del tema en el *Code Napoléon* y en la doctrina de importantes comentaristas franceses que fueron la fuente directa de Vélez Sarsfield para regular la materia en su momento. En pleno siglo XIX, el fuertemente liberal e individualista Derecho occidental hacía hincapié en el respeto a la propiedad privada, casi de un modo *sacrosanto*. No debe entonces llamarnos la atención, a la luz de aquel paradigma, que Demolombe, Aubry, Rau y nuestro codificador concibiesen de modo estrecho y excepcional ésta y otras limitaciones al dominio, tal como ha quedado expuesto.

Plausiblemente, la importante reforma del Código Civil de la Nación de 1968 redefinió el concepto y el funcionamiento de las inmisiones inmatrimoniales en las relaciones de vecindad (criterio mantenido en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012). Se ampliaron los presupuestos de hecho (de “ruidos” a una lista más extensa y meramente enunciativa de emanaciones), tal como en el Derecho Romano. Se mantuvo el estándar de la “normal tolerancia” (cuyo exceso autoriza la intervención judicial), previsto ya en el Derecho Romano. Más allá del *quid* indemnizatorio, se contempló la facultad del juez de hacer cesar la molestia, al igual que el pretor en el Derecho Romano (solución que se compadece con la moderna tendencia a la prevención en el Derecho de Daños). En fin, sin perjuicio de reconocerlo y protegerlo como es debido, se avanzó en limitar el derecho de propiedad en cuanto resulte antisocial o lesivo de derechos de terceros o comunitarios, lo mismo que en el Derecho Romano. Y por último, tanto el Código Civil vigente como el proyectado dejan al magistrado un relevante papel en este tema, por cuanto es él quien según las particularidades del caso cuenta con el margen de apreciación necesario para resolver cada supuesto de la forma más justa posible. Esta idea de considerar los intereses en juego y los escenarios fácticos *en concreto*, según sus particulares características, es netamente romana y conduce en numerosos casos a la mejor y más eficiente administración de justicia *caso por caso*.

Todo ello demuestra que el Derecho Romano no fue solamente el origen de nuestro sistema jurídico, sino que sigue vivo en nuestros días. El interés en su estudio no se agota en el aspecto histórico, y sirve para más que adoptar algún nuevo adagio en latín (tan caros, éstos, a los autores del ámbito jurídico). No: abordar el Derecho Romano, sumergirse en él, aprehenderlo, intentar comprenderlo, es un ejercicio que cualquier jurista debería intentar. No sólo para conocer el pasado, sino también para entender mejor el presente y, por qué no, pensar el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes primarias

- AUBRY, Charles y RAU, Frédéric C., *Cours de Droit Civil Français d'après l'ouvrage allemand de C.S. Zachariæ*, 3ª ed., Paris, Cosse, 1856, t. I.
- DEMOLOMBE, Charles, *Cours de Code Napoléon*, t. XII: "*Traité des servitudes ou services fonciers*", Paris, Durand-Hachette, 1876.
- JUSTINIANO, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por D. Ildefonso L. García del Corral, Barcelona, Jaime Molinas, 1889.
- GAYO, *Institutas*, texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.

Fuentes secundarias

- AMBROSIONI, Carlos E., *Lecciones de Derecho Romano*, La Plata, Editorial Jurídica, 1965.
- AREÁN, Beatriz, *Derechos Reales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003.
- ARGÜELLO, Luis R., *Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Buenos Aires, Astrea, 1996.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- CLERC, Carlos M., *Derechos Reales e Intelectuales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- DE LORENZO, Rodolfo J. y DE LORENZO, Jorge E., *Roma. Derecho e Historia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Depalma, 1999.
- ELGUERA, Eduardo R., "Evolución de la propiedad privada en Roma", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*, año 2, t. V, 1950, pp. 1143-1150.
- HIGHTON, Elena I., *Derechos Reales*, Buenos Aires, Ariel, 1979
- IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano: Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, Ariel, 1958.
- KIPER, Claudio M. (dir.), *Código Civil Comentado. Doctrina, jurisprudencia, bibliografía. Derechos Reales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007.
- LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil: Tratado de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Ediar, 1943.
- LAQUIS, Manuel A., *Derechos Reales*, Buenos Aires, Depalma, 1975.
- MUSTO, Néstor J., *Derechos Reales*, Buenos Aires, Astrea, 2000.

- PAPAÑO, Ricardo J., KIPER, Claudio M., DILLON, Gregorio A., y CAUSSE, Jorge R., *Derecho Civil: Derechos Reales*, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- PEÑA GUZMÁN, Luis A., *Derecho Civil. Derechos Reales*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1975.
- PETIT, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano* (traducción de José Ferrández González), Buenos Aires, Albatros, 1963.
- PLOVANICH, María Cristina, “Los daños continuos en las relaciones de vecindad”, en *La Ley Córdoba*, Córdoba, La Ley, 2011, pp. 1187-1192.
- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1962.

EL ESTADO IDEAL DE *REPÚBLICA* Y SUS RELACIONES INTERNACIONALES: PLATÓN EN CLAVE COSMOPOLITA*

PABLO EZEQUIEL CANO**

Resumen: El presente trabajo procura, partiendo desde una teoría que reafirma la existencia del Derecho Internacional en la Antigüedad, identificar en *República* de Platón distintos elementos y conceptos en el diseño de la ciudad-estado utópica que den cuenta de la presencia de regulaciones interestatales en el Mundo Antiguo.

Palabras clave: platón – *república* – derecho internacional – antigüedad.

Summary: Starting from a theory that reaffirms the existence of International Law in Antiquity, this article procures to identify in Plato's *Republic* some elements and concepts in the design of the Utopian city-state that account for the presence of interstate regulations in the Ancient World.

Keywords: plato – *republic* – international law – antiquity.

* Recepción del original: 19/02/2013. Aceptación: 18/06/2013.

** Estudiante de Abogacía (UBA). El presente artículo surge como una extensión de los estudios realizados en el curso de CPO “Orígenes y Antecedentes del Derecho Internacional en la Antigüedad” a cargo del Prof. Emiliano J. Buis. Una versión preliminar fue presentada en la II Jornada de Especialización: “Entre lo real y lo imaginario: visiones interdisciplinarias sobre la antigüedad griega” organizadas por el Seminario Permanente de Investigación “Helenismo y Derecho: aportes, debates y tendencias” el día 24 de octubre de 2012.

I. INTRODUCCIÓN

Permítaseme iniciar con una conclusión: Platón diseña en *República*¹ un Estado² eminentemente internacional. Es una cuestión que resulta paradójica si tenemos en cuenta que lo que el filósofo busca es organizar la estructura interna del Estado ideal. Sin perjuicio de esto, el elemento internacional se encuentra desde las mismísimas bases de fundación de la ciudad hasta el punto más álgido de su organización jerárquica. Es necesario hacerse una idea clara de los fines que Platón perseguía con este Diálogo al escribirlo y publicarlo. Se debe rechazar inmediatamente cualquier percepción de concebir *República* como una elaboración meramente racional y alejada de la realidad; en términos más precisos, *República* se presenta como una indagación de los medios para alcanzar lo ideal a través de lo real.³ La formulación de este Estado que se balancea entre tal dicotomía implica para el autor una necesidad de previsión; el filósofo necesita estar preparado, al igual que su Estado, para que la realidad de su ideal no flote en un vacío frente a la otra realidad, la que no le pertenece, la que no está siendo generada por él. En este orden de ideas, Platón descubre diversos espacios de contacto en los cuales asoman conceptos propios de una normativa o Derecho internacional. Dentro de estos conceptos se revelan las distintas (posibles) regulaciones que Platón contempla interponer frente a los demás Estados no ideales con los cuales se verá obligado a interactuar. El presente trabajo intentará, entonces, llevar a cabo la identificación directa de aquellas disposiciones que reflejan la perspectiva platónica respecto de una regulación o ley más allá de las fronteras de su proyecto. Tarea por demás dificultosa si tenemos

1. Sin perjuicio de la imperfección que acarrea, a los fines prácticos de este escrito traducimos por *República* el título griego *Politeía*, al ser éste el nombre con el que más comúnmente se conoce el Diálogo en castellano. Asimismo, vale aclarar que todos los términos griegos que se utilicen de aquí en más aparecerán transliterados y respetando los acentos originales. Por último, resta advertir que toda cita no explícita debe entenderse como perteneciente al texto en cuestión.

2. Nuevamente se unifican conceptos. “Estado” funcionará a la par de “ciudad-estado” y de igual manera lo hará “*pólis*”. Al mismo tiempo reconocemos éste último término como la forma más precisa de denominar la entidad que analizamos, puesto que la *pólis* era mucho más que un Estado y no siempre se asemejaba lo suficiente a una ciudad. El tratamiento igualitario se da a los fines útiles de éste trabajo para no excederse en un estudio minucioso que excede el objetivo principal de este escrito. Para un examen más específico véase KITTO, H. D. F., *Los griegos*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 87-108.

3. COLLI, G., *Platón Político*, Madrid, Siruela, 2008, pp. 99 y 102. Ciertamente, un examen a la luz de sus cartas, especialmente la VII, no permite una interpretación en contrario. Respecto del carácter “utópico” de la obra puede consultarse MORRISON, D. R., “The Utopian Character of Plato’s Ideal City”, en FERRARI, G. R. F. (ed.), *The Cambridge Companion to Plato’s Republic*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 232-255; y también BARKER, E., *Greek Political Theory. Plato and his Predecessors*, London, Methuen & Co. Ltd., 1918, pp. 277-300.

en cuenta que, al decir de Calasso, “nunca se puede estar demasiado seguro de los sentimientos de Platón”.⁴

II. ¿UN DERECHO INTERNACIONAL EN LA ANTIGUA GRECIA?

En sentido contrario a la diatriba que Laurent le dedica a la existencia de un Derecho Internacional en la Antigüedad y que diera origen a toda una teoría negadora de este fenómeno, preferimos ubicarnos dentro de la doctrina sostenida por Bederman, o, más atrás en el tiempo, por autores pioneros como Phillipson, Ruiz Moreno o Bickerman, quienes reconocen la vigencia de diversas (digamos) instituciones propias del Derecho Internacional en el Mundo Antiguo.⁵ Lo cierto es que, a partir de los últimos aportes científicos y de una renovación y resurgimiento del estudio de la historia del Derecho Internacional,⁶ damos cuenta de la existencia de normas y principios que regulaban los encuentros que se suscitaban entre *póleis*.⁷ Cabe resaltar que la ausencia de una teoría explícita acerca de éstas relaciones interestatales en las fuentes conocidas de la Antigüedad no conlleva que hubiese una falta de pensamiento elaborado sobre la materia ni tampoco la inexistencia de un

4. CALASSO, R., *Las bodas de Cadmo y Harmonía*, Barcelona, Anagrama, 1994, p. 230.

5. Cf. LAURENT, F., “Histoire du droit des gens et des relations internationales”, en *Histoire de l’humanité*, París, 1850-1; BEDERMAN, D. J., *International Law in Antiquity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; PHILLIPSON, C., *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, London, Macmillan and Co. Ltd., 1911; RUIZ MORENO, I., *El derecho internacional antes de la Era Cristiana*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, 1946; BICKERMAN, E. J., “Remarques sur le droit des gens dans la Grèce classique”, en *RIDA* 4, 1950, pp. 99-127.

6. Cf. KOSKENNIEMI, M., “Why History of International Law Today?”, en *Rechtsgeschichte* 4, pp. 61-66. El autor otorga un panorama de los aportes realizados hasta ese momento en el ámbito de la Historia del Derecho Internacional y también postula nuevos campos que podrían explorarse. Entre los doctrinarios recientes que han trabajado en este sentido podemos mencionar, a modo de referencia, las notables obras de TRUYOL Y SERRA, A., *Historia del derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1998; KOSKENNIEMI, M., *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; GAURIER, D., *Histoire du droit international. Auteurs, doctrines et développement de l’Antiquité à l’aube de la période contemporaine*, Rennes, 2005; y RENAULT, M., *Histoire du droit international*, París, 2007. Cf. también sobre el futuro de la disciplina BANDEIRA GALINDO, G. R., “Martti Koskeniemi and the Historiographical Turn in International Law”, en *European Journal of International Law* 16 (3), 2005, pp. 539-559.

7. Sin embargo Eckstein señala, en la línea de la *Realpolitik*, que no existía entonces un sistema interestatal mediterráneo regido por un Derecho Internacional, sino una “multipolar anarchy”, y que los balances de poder y ciertos usos de carácter no obligatorio realizados por meras razones pragmáticas de alguna manera controlaba o restringía la violencia interestatal reinante (ECKSTEIN, A. M., *Mediterranean Anarchy, Interstate war, and the Rise of Rome*, Berkeley, Los Angeles y London, University of California Press, 2006).

marco regulatorio para las políticas interestatales.⁸ Es decir, en el Mundo Helénico efectivamente existieron costumbres y convenciones que circundaban los comportamientos de los Estados e individuos y, al mismo tiempo, hubo una reticencia general de estas unidades políticas a mostrarse simplemente anárquicas y agresivas frente al resto; todo esto, de alguna manera, aliviaba las condiciones de violencia interestatal.⁹ En la literatura griega se hace constante referencia a “el derecho de toda Grecia” (*tòn Panhellénon nómon*) o a “el derecho común de los griegos” (*tòn koinòn Hellénon nómon*) y también a “las leyes comunes de los griegos” (*tà koinà tôn Hellénon nomina*) y a las “leyes de todos los hombres” (*tà pánthon anthrópon nomimata*). Todos estos términos indicaban unas ciertas expectativas comunes de comportamiento, entendidas y respetadas. No evolucionaron en un Derecho Internacional escrito, pero igualmente desarrollaron un control sorprendentemente poderoso sobre las acciones de los griegos clásicos.¹⁰ De todas maneras, la noción de aplicar una costumbre era una práctica totalmente familiar y no controversial y, a su vez, debería tenerse en consideración que la importancia que tenía el honor en esa época provocaba que una sanción que pudiera afectar la reputación del incumplidor se convertía en un mecanismo de refuerzo suficientemente sólido, toda vez que implicaba actuar en contra de los valores y la cultura de las *pólis*.¹¹

Entender la manifestación del Derecho Internacional en la Antigüedad griega acarrea la necesidad de comprender esa entidad tan enigmática y tantas veces estudiada que es la *pólis*,¹² sin perjuicio de reconocer que las relaciones interestatales

8. Low, P., *Interstate Relations in Classical Greece. Morality and Power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 2-3. Por supuesto, sostener la idea contraria plantearía un grave problema de interpretación metodológica, toda vez que el estudio de una disciplina no debe ser confundido con su práctica, en tanto esta última siempre precede a aquel.

9. Truyol y Serra, por ejemplo, entiende que en una situación de conflicto tanto la declaración formal del estado de guerra, como la protección de los heraldos y prácticas que protegían ciertos bienes (como los santuarios) o personas (principalmente los cadáveres, pero también eventualmente los prisioneros), ayudaron a someter el comportamiento de las partes a reglas de carácter humanitario que moderaban los niveles de violencia y mantenían las relaciones en un plano de regulación y control (TRUYOL Y SERRA, A., *op. cit.*, p. 25).

10. Cf. BEDERMAN, D. J., *op. cit.*, pp. 31-41.

11. Cf. LANNI, A., “The Laws of War in Ancient Greece”, en *Law and History Review* 26, 2008, p. 469-471.

12. Cf. HALL, J. M., “International relations”, en SABIN, P., VAN WEES, H. y WHITBY, M. (eds.), *The Cambridge History of Greek and Roman Warfare* (Volume I: “Greece, the Hellenistic World and the Rise of Rome”), Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 85: “Certainly, in general accounts of Greek history today the origins and nature of the polis are almost invariably discussed prior to the protocols that governed relations between states. International relations are conceived as the political outcomes of interaction between individual states, each already endowed with a specific identity, interests and agendas, and the external behavior that is exhibited by such states is conditioned by the internal or domestic structures that pertain in each case”.

tuvieron desarrollo incluso antes del nacimiento y perfeccionamiento de éstas.¹³ El hecho de que existan miles¹⁴ de unidades políticas autónomas que, pese a pertenecer a la misma nación, sean reacias a unificarse en un único Estado constituye un suceso sin parangón.¹⁵ Kitto sentencia que las *póleis* no se unen en una sola entidad que las integre a todas por la simple razón de que ya no se trataría efectivamente de *póleis*.¹⁶ Y esta independencia menesterosa entre ellas es justamente el eje de la discusión, pues los griegos no podían concebirlas de otra manera.¹⁷ Distintos conceptos se han utilizado para hacer referencia a la autonomía inescindible a cada *pólis* que es al mismo tiempo su razón de ser. El adjetivo *autónomos*¹⁸ y, por ende, la *autonomía*, designa “la facultad que posee una comunidad política para otorgarse sus propias leyes y el régimen político que le plazca; sin tener en estos ámbitos ninguna injerencia extranjera”.¹⁹ Resumiendo, un Estado autónomo es aquel que se basta a sí mismo, sin inferir, por supuesto, que dentro de él posea todo lo que necesita, forjando así una noción muy similar a la que hoy nos hacemos de “soberanía”.

Fundadas sobre la base de la libertad colectiva, las *póleis*, con el mismo sentimiento en vista funcionaban en su política exterior. En este sentido, funcionaron como verdaderas ciudades-estado que en el plano de las relaciones internacionales se comportaban sin lugar a dudas como auténticos sujetos capaces de obligarse y de obtener derechos. Todos los elementos necesarios para pensar esta consideración se encuentran con facilidad. Podemos decir, sin ningún temor, que las *póleis* griegas

13. Cf. HALL, J. M., *op. cit.*, pp. 85-86. El autor ilustra al respecto con algunos ejemplos. Resulta entendible esta afirmación por cuanto el desarrollo de las *póleis* fue ciertamente un proceso largo y gradual y, si bien se reconoce que su fortalecimiento sucede a partir del siglo VIII a. C., no parece lógico pretender una ausencia de regulaciones en los contactos entre las comunidades establecidas previamente a su consolidación.

14. Cf. HANSEN, M. H. y NIELSEN, T. H. (eds.), *An Inventory of Archaic and Classical Poleis*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2004. La obra comprende un inventario de las *póleis* existentes en los períodos Arcaico y Clásico.

15. Ciertamente, y con un paralelismo actual, el Derecho Internacional presupone la existencia de unidades políticas independientes, más allá de que compartan rasgos del tipo nacional, idiomático, religioso, etc. Sirvase de ejemplo América Latina, cuyo origen común no es óbice para la presencia de diferentes Estados soberanos.

16. KITTO, H. D. F., *op. cit.*, p. 107. El helenista inglés llega a esta conclusión mediante una jocosa analogía con la fragmentación de los clubes ingleses.

17. Cf. CASTORIADIS, C., *La ciudad y las leyes: Lo que hace a Grecia II. Seminarios 1983-1984. La creación humana III*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2012, pp. 63-66.

18. Si bien la autonomía es la principal característica o, en todo caso, a la que puede subsumirse la idea de *pólis*, otros adjetivos se han sumado para efectuar la descripción designando independencia o autosuficiencia en distintos ámbitos específicos: *autárkes*, *autópolis*, *autódikos*, *autotelés*, etc.

19. PÉREZ MARTIN, E., *Los extranjeros y el derecho en la Antigua Grecia*, Barcelona, Dykinson, 2001, p. 85.

se comportaron como verdaderos “Estados”, ya que asentados en un determinado territorio se encontraba una comunidad de hombres libres que se organizaban políticamente; nada muy alejado de lo que hoy en día concebimos como “Estado”, que se compone de los clásicos elementos que ocupan el territorio, la población y el gobierno.²⁰ Pensar en estas características nos deja entrever que nada obstaba al desarrollo de interacciones entre estas ciudades-estado y a la confección de un marco adecuado en el que pudieran emerger diversas consideraciones comunes respecto de políticas exteriores a pesar de poseer estructuras internas divergentes.²¹ Naturalmente, la común crítica de que estas ciudades se regían básicamente por relaciones de conflicto es correcta;²² pero no cabe pensar en ningún período histórico (desde lo individual hasta lo comunitario) en el que la interjección entre dos sujetos no presuponga un cierto grado de violencia que será determinado como de “guerra” o de “paz” según los “arreglos” y “soluciones” a los que arriben las partes.²³ Con todo, esto no es óbice para continuar considerando la existencia de un orden jurídico inter-*póleis* en la Antigua Grecia, toda vez que las circunstancias no hacen al fondo y que la existencia de un estado de paz permanente no es un requisito excluyente para ello.

En este orden de ideas dos impresiones surgen claras. Primeramente que es posible encontrar un paralelo total (aunque con ciertos condimentos de idiosincrasia diremos) con respecto al régimen y teoría actual del Derecho Internacional, tanto en sus bases como en sus principios y, asimismo, en ciertos estándares de comportamiento o, si se quiere, pautas reglamentarias implícitas que rigen estas relaciones

20. Aunque habría que considerar el hecho de que en la *pólis* los elementos confluyen en ella; el Estado moderno se presenta como un ente abstracto y separado de sus elementos.

21. Cf. HANSEN, M. H., *Polis. An Introduction to the Ancient Greece City-State*, New York, Oxford University Press, 2006, p. 9 y ss.

22. Cf. ALONSO TRONCOSO, V., “War, Peace, and International Law in Ancient Greece”, en RAAFLAUB, K. A. (ed.), *War and Peace in the Ancient World*, Oxford, 2007, pp. 206-225. Allí se detallan los distintos tipos de interacción entre *póleis* que se desarrollaban. No tomamos la palabra “conflicto” en un sentido negativo que indique enemistad, sino que plantea el hecho de que el encuentro entre dos pueblos siempre presupone la necesidad de definir qué tipo de relación cultivarían de allí en más.

23. Pensar análogamente en la estructura actual, basada en el principio de abstención en el uso de la fuerza que receipta el art. 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas, no resulta extraño. Este artículo es, en parte, la cristalización de la costumbre generada con posterioridad a la firma del Pacto Briand-Kellogg, que si bien no logró evitar que existiera una Segunda Guerra Mundial, sí sirvió como primer ejemplo del nuevo compromiso de los Estados de no llevar adelante su política internacional a través de la guerra. Pero a partir de la década del 60, con el desarrollo de la diplomacia sumergida en la “Era Nuclear”, se estableció un nuevo sistema de equilibrio en el que la amenaza constante entre las dos grandes potencias de desatar un infierno nuclear evitaba el comienzo de la guerra por una suerte de conciencia de mutua destrucción total. Esto quiere decir que el art. 2 (4) ha llegado a garantizar la paz a través de la amenaza de la guerra.

entre los Estados.²⁴ Empero, debemos advertir que el presente escrito no procura reproducir en el contexto griego, a partir de la exploración en las fuentes históricas, el modelo que rige actualmente y que se basa en la ficción creada por la Paz de Westfalia,²⁵ sino en pensar que los elementos y conceptos propios de la disciplina también se encontraban plenamente válidos entre las *póleis* griegas y que de hecho había un reconocimiento generalizado de la importancia del acatamiento de las leyes y costumbres que tutelaban los encuentros interestatales de la época. Por otro lado, también se revela que, en tanto el derecho es una ciencia esencialmente dinámica y permanentemente en construcción, no cabría poner en duda que en estos tiempos remotos ha existido un origen de lo que hoy llamamos Derecho Internacional,²⁶ toda vez que la aparición de estos sucesos que nos permiten distinguir determinadas prácticas interestatales no deben ser analizados con una mirada actual, sino con ojos históricos, apreciando el carácter evolutivo y contextual en el que surgen, componiendo lo que Kunz denomina “Derecho Internacional Comparado”.²⁷

24. Bederman detalla, al comienzo del segundo capítulo del libro, su punto de partida: “The primary assumption of this study is that there existed at certain times and places in antiquity authentic systems of States which were disposed, through their interactions, to conceive of rules of state behavior, norms that we might call today the law of nations or international law” (BEDERMAN, David J., *op. cit.*, p. 16.).

25. Cf. BUIS, E. J., “Sobre gnomos y gigantes: Los tratados grecorromanos y la igualdad soberana de los Estados como ficción histórico-jurídica”, en *Lecciones y Ensayos* Vol. 89, Buenos Aires, Eudeba, 2011. En el mismo sentido y poniendo en crisis el mito de Westfalia como origen del Derecho Internacional véase LESAFFER, R., “The Westphalian Peace Treaties and the Development of the Tradition of Great European Peace Settlements prior to 1648”, en *Grotiana* 18, 1997, pp. 71-95; EYFFINGER, A., “Europe in the Balance: An appraisal of the Westphalian System”, en *Netherlands International Law Review* 45, 1998, pp. 161-187; CROXTON, D., “The Peace of Westphalia of 1648 and the Origins of Sovereignty”, en *International History Review* 21, 1999, pp. 569-852; BEAULAC, S., “The Westphalian Legal Orthodoxy – Myth or Reality?”, en *Journal of the History of International Law* 2 (2), 2000, pp. 148-177; OSIANDER, A., “Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth”, en *International Organization* 55, 2001, pp. 251-287; BEAULAC, S., *The Power of Language in the Making of International Law. The Word Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia*, Leiden, 2004; y FABRY, M., *Recognizing States. International Society and the Establishment of New States since 1776*, Oxford, 2010, entre otros.

26. Cf. LESAFFER, R., “Peace Treaties from Lodi to Westphalia”, en LESAFFER, Randall, *Peace Treaties and International Law in European History: from the Late Middle Ages to World War One*, Cambridge, 2004, pp. 406-407, n. 11, para un listado no exhaustivo de autores que se han expresado en sentido contrario a nuestras palabras y que abogan por la Paz de Westfalia como punto de inicio del “moderno” Derecho Internacional europeo.

27. KUNZ, J. L., “Review of *El derecho internacional antes de la Era Cristiana*. By Isidoro Ruiz Moreno”, en *American Journal of International Law*, Vol. 42 (1), 1948, p. 239.

III. REPÚBLICA Y MÁS ALLÁ

Hemos efectuado un preciso repaso de la noción de “Derecho Internacional”, utilizando una perspectiva histórica. Con ello pretendemos determinar la formulación teórica particular de un Estado ideal y también bajo qué circunstancias globales podía pensarse éste, sin renunciar por supuesto a la idea de autonomía presente en las *póleis*, pero reconociendo la influencia que este paisaje efectúa sobre el diseño de la ciudad-estado. Es importante adecuar nuestro pensamiento a este panorama, por cuanto nuestra meta es el análisis de la inserción del Estado ideal de *República* en este contexto.

Establecido pues el marco conceptual adecuado, nos avocamos entonces al propósito final de este trabajo reconociendo y detallando los conceptos y elementos particulares de esta rama del Derecho que se vislumbran en la creación efectuada por Platón. Los tópicos que hemos seleccionado para dar cuenta en estas páginas son: las regulaciones previstas para el comercio; la celebración de tratados; el régimen jurídico del territorio; cuestiones de nacionalidad y extranjería; el uso de embajadas; y las normas aplicables a la conducción de hostilidades.

III. A. Comercio

Para Platón, hablar de la faz económica del Estado implica una decisión de dejar de discutir exclusivamente sobre “la justicia” y de concentrarse en cuestiones referentes a la naturaleza del hombre y de la sociedad.²⁸ El sistema de intercambio que propone Platón recorre un camino desde las mismísimas bases de fundación del Estado, desde la mínima interacción entre los hombres, hasta alcanzar el traspaso de las fronteras protectoras de aquél. Analizar este apartado nos exige, entonces, retroceder y enfocarnos directamente en la causa de origen del Estado platónico y, a partir de allí, identificar de dónde va a surgir la necesidad de obtener bienes más allá de los límites propios del Estado. Según Platón, el Estado nace cuando los hombres no son capaces de autoabastecerse y, por el contrario, se ven necesitados de muchas cosas (369b). Este es el principio fundador. La soledad del hombre naturalmente dotado y apto para realizar determinada tarea se ve interrumpida por la necesidad de acceder a la especialidad de otros hombres para existir y vivir (370a-c).²⁹ En este sentido, son las necesidades quienes forjan un Estado (369c):

28. Cf. SCHOFIELD, M., “Plato on the Economy”, en HANSEN, M. H. (ed.), *The Ancient Greek City State*, Symposium on the Occasion of the 250th Anniversary of the Royal Danish Academy of Science and Letters (July 1-4, 1992), Copenhagen, 1993, p. 184 y ss.

29. Platón consagra en este punto el principio de especialidad y de división del trabajo. Las dos razones esgrimidas son el hecho de que los hombres nacen con habilidades distintas entre ellos, y por esta razón

En tal caso, cuando un hombre se asocia con otro por una necesidad, con otro por otra necesidad, habiendo necesidad de muchas cosas, llegan a congregarse en una sola morada muchos hombres para asociarse y auxiliarse. ¿No daremos a este alojamiento común el nombre de ‘Estado’?³⁰

Ahora bien, podemos decir que la acumulación de todas estas personas especializadas en su campo a su vez equivale a una acumulación de necesidades mayor (puesto que cada tipo de especialización existente implica una necesidad para el resto) y esto acarrea principalmente dos problemáticas, a saber: por un lado la necesidad de extender las fronteras del Estado, en razón de que éste ya no será pequeño si es que debe albergar a todas esas personas que se han agregado sedientas de satisfacción; y, por otro, que, incluso cuando este Estado se amplíe considerablemente, resultaría imposible encontrar un lugar en el cual pueda proveerse de todos los recursos necesarios para compensar las penurias de todos sus miembros (370e). Ya hemos dicho que la *pólis* es esencial y fundamentalmente autónoma, pero ello no significa que posea en su territorio todo lo que necesita.³¹ Consecuentemente es esperable y lógico que existan relaciones comerciales con el exterior, sin perder por ello su autonomía.

Ante este cuadro, con total naturalidad, los dialogantes proponen una solución práctica: realizar importaciones. Como dice Sócrates: “sería prácticamente imposible fundar el Estado en un lugar de tal índole que no tuviera necesidad de importar nada” (370e). De este testimonio se derivan algunas consideraciones: en primer lugar que era común este tipo de prácticas entre las ciudades-estado griegas del Mundo Antiguo; en segundo término que el nuevo Estado, que, Sócrates mediante, Platón está confeccionando, no se encuentra solo en el mundo; y, finalmente, que es menester para su supervivencia la interacción con éstos otros Estados. Conforme a los principios de especialidad consagrados anteriormente, Platón designa una profesión especial que se encargue de obtener y traer desde los otros Estados las distintas cosas que sean inaccesibles en el territorio propio: serán los llamados “comerciantes” quienes se encuentren a cargo de la importación y exportación de bienes (371a). Decimos también exportación porque no se puede pretender adquirir las cosas ajenas si no hay nada que ofrecer a cambio, toda vez que nos estamos moviendo en

desarrollarán mejor determinada tarea, mientras que otros destacaran en otras; y también que, aun cuando no fuese así, un hombre dedicado a un trabajo específico estará siempre preparado para hacer lo conveniente respecto de su labor en el momento más oportuno.

30. En este y en todos los casos, hemos seguido la traducción de EGGERS LAN, C., *Platón. Diálogos IV: República*, Introducción, traducción y notas de Conrado Eggers Lan, Madrid, Gredos, 1986.

31. CASTORIADIS, C., *op. cit.*, p. 63.

plano pacífico respecto de los otros Estados y no siendo la guerra una alternativa (por ahora).³² En palabras del dialogante (370e-371a):

Pero si el servidor encargado de eso va con las manos vacías, sin portar nada de lo que necesitan importar aquellos Estados para satisfacer sus propias necesidades, regresará de ellos también con las manos vacías. ¿No te parece? (...) Por consiguiente, se debe producir en el país no sólo los bienes suficientes para lo propia gente, sino también del tipo y cantidad requeridos por aquellos con los cuales se necesita intercambiar bienes.

Dicho esto, Platón proyecta un mercado internacional y, como tal, por supuesto que no se reduce solamente a espacios lindantes, sino que asimismo prevé recorrer grandes distancias marítimas (utilizando claro está especialistas de la navegación) (371a-b). Infiere dos cuestiones muy importantes: piensa en que si la persona encargada de traer bienes al Estado se presenta ante los extranjeros sin nada que ofrecerles, es probable que vuelva con las manos vacías; y también, consecuentemente de ello, que, para garantizar la efectividad de estos comerciantes, no solo será necesario entonces producir los bienes suficientes para la propia gente, sino además los bienes requeridos por aquellos Estados con los cuales es forzoso intercambiar bienes, pensando así también en una planificación y estrategia comercial.

Casi sin proponérselo, Platón nos esboza, de forma rudimentaria pero efectiva, el esquema mercantil extraterritorial de su *República*; para el filósofo resulta ineludible la posibilidad y la necesidad de estrechar vínculos con otros Estados. Inevitablemente, sabiendo que los comerciantes son servidores del Estado y que actúan en representación de éste, se puede presuponer que se generará un desarrollo de las relaciones (que llamaríamos) internacionales, y, en consecuencia, la perpetuación de ciertos usos y costumbres necesarios para llevar las transacciones a buen puerto y quizás incluso la celebración de tratados. Restaría comprobar, de igual manera a como hemos arribado a este punto del desarrollo, si aquellas proyecciones pensadas para el mercado interno del Estado (y ejecutadas por los servidores llamados “mercaderes”) (371d) repercutirán de igual forma en el ámbito internacional; nos referimos al sistema de compra-venta, a la acuñación de una moneda de cambio para manejar las transacciones,³³ las leyes de la oferta y la demanda, estrategias de

32. Posteriormente, en el llamado “Estado afiebrado” será el medio escogido por Sócrates y Glaucón. Sin perjuicio de esto, en el diálogo posterior *Leyes* (625e-628e), y en concordancia con el “Estado sano”, admite Platón que el objeto del gobierno siempre es la paz y no la guerra (cf. GRUBE, G. M. A., *El pensamiento de Platón*, Madrid, Gredos, 2010, pp. 367 y 430).

33. Al respecto, si bien antes Platón especifica que los comerciantes para importar productos deberían a su vez ofrecer los suyos, esto no implica necesariamente el someterse a un sistema estrictamente de trueque, sino que resulta más coherente comprenderlo desde una óptica puramente de negociación, es decir, los Estados no estarían dispuestos a entregar aquellos bienes cuya posesión los hace privilegiados

mercado, etc. (371b). Siguiendo el mismo hilo de pensamiento recorrido hasta aquí, nos es difícil imaginar lo contrario.

III. B. Tratados

Si bien la temática no se trata específicamente en el Diálogo, se pueden deducir algunas problemáticas que presenta pensar en los tratados³⁴ que podría celebrar el Estado ideal del filósofo. Por un lado debe considerarse que Platón, atendiendo al carácter auto-determinativo de la *pólis*, en todo momento reniega de la necesidad de producir leyes que se sumerjan en la descripción detallada de conductas, proclamando la educación y la costumbre como los medios más efectivos para lograr la transmisión de enseñanzas (425b-c); pero, a su vez, si el Estado de Platón es “el ideal”, implica que los otros Estados no lo son y, por ende, no estarán capacitados para enseñar mediante la educación y serán defectuosos. Es por tanto conveniente establecer los acuerdos en términos precisos y minuciosos, ya que no sólo no poseerán las mismas costumbres (lo cual haría que ni uno ni otro Estado concuerde en sus derechos y deberes con lo que el otro espera de él), sino que también se produciría un desfase en las relaciones impidiendo adecuar las formas de la celebración del contrato. De este modo, Platón se vería ante una gran paradoja en su paradigma, toda vez que dice Sócrates (426e-427a):

En cuanto legislan sobre minucias como las que hemos descrito hace un momento y las corrigen continuamente, en la creencia de que puede hallarse un límite a los fraudes que se cometen en los contratos y en las demás cosas que he mencionado; sin advertir que, de hecho, es como si se cortaran las cabezas de la Hidra. (...) Por eso mismo, yo no pensaría que el verdadero legislador debiera ocuparse de leyes o de una organización política de semejante especie, ni en un Estado bien gobernado ni en uno mal gobernado. En el primer caso porque sería ineficaz y no ayudaría en nada; en el segundo, porque cualquiera podría descubrir algunas de ellas, y las otras se seguirían automáticamente de las costumbres anteriores.

Estas consideraciones son planteadas por Platón para el plano interno, pero es posible entender la incertidumbre que generan al trasladarlas al marco interestatal. Interesante reflexión aflora, si tomamos en consideración que un Estado es producto

sin ser capaces de acceder a los bienes exclusivos de los otros, por más que el medio de pago se consolide en una moneda.

34. Utilizamos en el título el término “tratados” en forma genérica, de igual consideración tomamos acepciones como “convenio”, “contrato”, “acuerdo”, etc. y deben entenderse como símiles a lo largo de este artículo.

del tipo de hombres que lo integran (y viceversa) (544d-e), cuando Glaucón acota: “No sería digno aplicar tales prescripciones a la gente honesta, pues ésta por sí misma descubrirá fácilmente la mayoría de las cosas sobre las que conviene legislar” (425d-e). Es decir, sabemos que los demás Estados no son honestos (y, en consecuencia, tampoco sus integrantes) porque justamente *República* es una formulación en respuesta a lo mal gobernados que están los Estados ya existentes (544a), lo cual nos lleva a pensar que es posible que haya una posibilidad de utilizar este método meticuloso y lleno de escrúpulos con ellos. Pero, en este ámbito, legislar para el otro significa también legislar para uno mismo, y esto indicaría que no estamos frente a un Estado diseñado honestamente, que no es ideal y que toda la teoría enarbolada por Sócrates carece de sentido, fundamento y sobre todo aplicabilidad. Entonces habría que replantearse si, en efecto, es posible que el Estado pensado por Platón llegase a celebrar algún tratado con otro Estado. Las primeras soluciones visibles aparejan o bien la necesidad de renunciar al modelo planteado y traicionar a la doctrina que se proclama en pos de la seguridad y la efectividad del acuerdo; o bien únicamente convenir con aquellos Estados que sobrepasen un mínimo umbral de similitud en su legislación y en su modo de legislar respecto del Estado creado; o bien no establecer contacto alguno por este medio. Pero también es menester traer a colación un comentario que Glaucón realiza al comienzo de la discusión, incluso antes de que se inicie el diseño y la construcción de la ciudad (358e-359b):

Se dice, en efecto, que es por naturaleza bueno el cometer injusticias, malo el padecerlas, y que lo malo del padecer injusticias supera en mucho a lo bueno del cometerlas. De este modo, cuando los hombres cometen y padecen injusticias entre sí y experimentan ambas situaciones, aquellos que no pueden evitar una y elegir la otra juzgan ventajoso concertar acuerdos entre unos hombres y otros para no cometer injusticias ni sufrirlas. Y a partir de allí se comienzan a implantar leyes y convenciones mutuas, y a lo prescrito por la ley se lo llama ‘legítimo’ o ‘justo’. Y éste, dicen, es el origen y la esencia de la justicia, que es algo intermedio entre lo mejor –que sería cometer injusticias impunemente– y lo peor –no poder desquitarse cuando se padece injusticia–; por ello lo justo, que está en el medio de ambas situaciones, es deseado no como un bien, sino estimado por los que carecen de fuerza para cometer injusticias; pues el que puede hacerlas y es verdaderamente hombre jamás concertaría acuerdos para no cometer injusticias ni padecerlas, salvo que estuviera loco.

Estas palabras, a las que Sócrates adhiere con fervor, nos muestran una reflexión concluyente. Parecería ser que la celebración de acuerdos es hasta cierto punto viable, en tanto el objeto que persigan sea el de crear justicia y el de asegurar la mitigación de los sufrimientos de los débiles. Pero hay que advertir que las circunstancias que describe Glaucón no podrían ocurrir en la nueva *pólis*. Se pueden extraer algunas conclusiones de estas líneas. Primeramente, que el origen de esta

práctica se ubica en el temor de padecer las consecuencias del accionar de un Estado más fuerte que el propio. Segundo, que no se presupone que exista un plano de igualdad para convenir acuerdos,³⁵ en tanto que entre Estados igual de poderosos ninguno podría *a priori* imponerse y no sería imperioso acudir a la protección que un tratado otorgaría; sólo cuando las fuerzas estén en desequilibrio emergerán los arreglos para contrarrestar esta diferencia. En tercer lugar, que el perfeccionamiento de estos compromisos devendría de una muestra de torpeza o cobardía por parte del Estado más fuerte. Y, finalmente, que el Estado ideal, en tanto que es el Estado justo por excelencia, no necesitará concertar pactos de ningún tipo para apaciguar la injusticia que los otros Estados generan, ya que ésta no logrará ingresar al Estado del filósofo, ni podrá instar a otros pueblos a pretender moderar el comportamiento del Estado platónico, al ser éste siempre justo.

III. C. Territorio

Una de las características fundamentales de la *pólis* es que ésta no es dependiente de un territorio, es decir, naturalmente se asienta sobre un determinado espacio físico (integrado por una unidad entre los sectores urbanos y rurales) y éste posee una importancia sustancial, pero de todas formas no es el factor decisivo que la constituye; la clave de la cuestión siempre reside en los ciudadanos.³⁶ De hecho, al organizar los tres elementos típicos que componen un Estado, a saber, el gobierno, la población y el territorio,³⁷ descubriremos que en la Antigua Grecia existe una cierta jerarquía entre estos elementos que es fundamental en su composición; dicha jerarquía, claro está, será encabezada por la población, seguida del gobierno y finiquitada por el territorio.³⁸ Diversas fuentes históricas y literarias dan cuenta de la importancia primordial de los ciudadanos como elemento nuclear de la *pólis*.³⁹ Más

35. Cf. BUIS, E. J., *op. cit.*, para una revisión precisa de la cuestión, tanto en la Antigüedad como en la actualidad.

36. CASTORIADIS, C., *op. cit.*, p. 64.

37. Los elementos utilizados corresponden por supuesto a los que casi-unánimemente son reconocidos como propios del “Estado moderno”; son tomados aquí en modo comparativo a la luz de lo expuesto en nuestras consideraciones sobre la existencia de un Derecho Internacional en la Antigua Grecia.

38. Cf. HANSEN, M. H., “Introduction: The *Polis* as a Citizen-State”, en HANSEN, M. H. (ed.) *The Ancient Greek City State*, Symposium on the Occasion of the 250th Anniversary of the Royal Danish Academy of Science and Letters (July 1-4, 1992), Copenhagen, 1993, pp. 7-9: “In conclusion: of the three elements of a state, a modern democrat will rank both the territory and the government over the people, whereas, to a citizen in an ancient democratic polis the order of priority was the reverse, first the body of citizens, then the political institutions and last the territory”.

39. Por ejemplo Esquilo es claro cuando en *Los Persas*, al preguntar la Reina si la ciudad de Atenas sigue sin ser destruida, el Mensajero dice: “Así es, pues mientras hay hombres, eso constituye un

allá de estas consideraciones, el carácter político y simbólico de la construcción del espacio, a medida que los encuentros entre *póleis* se volvieron más frecuentes, fue dando lugar a la marcación de los extremos del territorio con el fin de traducir materialmente la soberanía y de proyectar en términos físicos hasta dónde podían extenderse las zonas de influencia sin afectar los intereses extranjeros.⁴⁰

La cuestión territorial es el fulcro en el que se van a asentar dos escenarios propios de la actividad internacional del Estado de *República*: el comercio y la guerra. A su vez, el territorio no es sólo el punto de apoyo, sino también el resultado, por cuanto los efectos de aquellos recaerán en este último. Es decir, el crecimiento y el decrecimiento del territorio responden únicamente a una situación excepcional, sea por el incremento de necesidades a satisfacer albergando un mayor volumen poblacional, sea porque la acumulación de estas satisfacciones requiera de una región de mayores dimensiones para albergarlas provocando la necesidad de arrebatar el territorio aledaño para obtener mayores recursos (369b-373e). El hecho de que más gente posea más necesidades que el Estado deba satisfacer implica que éste deberá imperiosamente aumentar de tamaño, tanto para albergar a todos sus ciudadanos, como también para extender sus dominios permitiéndole tener al alcance una mayor cantidad de recursos.

La idea central es que la expansión territorial es una consecuencia de un “Estado afiebrado” (372d),⁴¹ esto es, un Estado lujoso, aquel en el que sus integrantes

muro inexpugnable” (vv. 345-350). Iguales referencias pueden encontrarse, por ejemplo, en Tucídides (*Historia de la Guerra del Peloponeso*, 7.77) al decir Nicias: “(...) porque los hombres son la ciudad, y no los muros ni menos las naves sin hombres”; o en Heródoto cuando los focenses y los teianos abandonan su ciudad (*Historias*, 1.163-169) o cuando Temístocles, antes de Salamina, dice que, incluso con los Persas ocupando el Ática, los atenienses en su flota continúan siendo una ciudad (*Historias*, 7.61), entre otros. Todos estos testimonios dan cuenta de que lo esencial en la *pólis* es el cuerpo de ciudadanos.

40. Cf. BUIS, E. J., “El control jurídico de los confines en Ática: reflexiones sobre la importancia estratégica de los márgenes rurales”, en Actas II Jornadas Nacionales y I Jornadas Internacionales de Historia Antigua “*La Antigüedad desde una mirada interdisciplinaria: investigación, perspectivas y problemas*”, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad Nacional de Córdoba, 22-24 de mayo de 2007.

41. Cabría preguntarse también por qué a partir de este punto Sócrates sugiere simplemente seguirle el juego a Glaucón (“pero si vosotros queréis, estudiaremos también el Estado afiebrado; nada lo impide”), sobre todo cuando en el mismo pasaje dice: “A mí me parece que el verdadero Estado —el Estado sano, por así decirlo— es el que hemos descrito”. Quizás sea (como también dice) para que “al estudiar un Estado de esa índole probablemente percibamos cómo echan raíces la justicia y la injusticia”, lo cual es justamente el objeto del Diálogo y del que la formulación del Estado es sólo un vehículo. Pero al mismo tiempo esto podría poner en tela de juicio si efectivamente todo lo descrito de aquí en adelante pertenece al Estado ideal de Platón o si no es más que la consecuencia del intercambio y la argumentación. Interesantes reflexiones al respecto en GUTHRIE, W. K. C., *A History of Greek Philosophy* (Vol. IV: Plato - the man and his dialogues: Early period), Cambridge, Cambridge University Press, 1975, pp. 447-449.

no se limitan a adquirir lo justo y necesario para vivir en paz y con salud, sino que reclaman placeres y comodidades. El “Estado sano” no incluye la satisfacción de estas necesidades, por lo cual es necesario que el tamaño de éste aumente y se llene de esta gente que pretende otros lujos. El Estado afebrado es un Estado evidentemente necesitado; y necesitado infinitamente. Mayor población implica mayor especialización en una diversidad de campos antes inimaginables con la consecuente ampliación de los espacios necesarios para su desarrollo, tal como interpreta Sócrates: “¿no será necesario agrandar el Estado? Porque aquel Estado sano no es ya suficiente, sino que debe aumentarse su tamaño y llenarlo con una multitud de gente que no tiene ya en vista las necesidades en el Estado” (373b). En la misma línea argumental, los dialogantes encuentran rápidamente el medio para articular territorio y comercio a través de otro elemento internacional: “Y el territorio que era anteriormente suficiente para alimentar a la gente no será ya suficiente, sino pequeño. ¿No es así? (...) En tal caso deberemos amputar el territorio vecino, si queremos contar con tierra suficiente (...)” (373d). Esta es la única referencia a las formas de adquisición del territorio que Platón efectúa en todo el Diálogo.

Más adelante, Platón determina el límite que se debe fijar para el tamaño del Estado y para su territorio, debiendo éste ser definido por los gobernantes, renunciando necesariamente a cualquier otra extensión. Dirá entonces Sócrates “que el Estado esté en condiciones de crecer en tanto conserve su unidad, pero que no crezca más de allí” (423b). Claramente Platón no hace lugar a un concepto físico ni jurídico; en cambio, apuesta por una acepción de poder, de fuerza y de política. Un sentido acorde a las consideraciones previas que hemos tomado. No importa que el Estado sea pequeño o grande en apariencia, hasta tanto continúe siendo uno. Esta unidad es fundamental en lo que concierne a la defensa del Estado, por cuanto es menester que hacia el interior el Estado sea plenamente uniforme y esto se refleje hacia el exterior; allí radica su máxima potencia. Aquí yace la diferencia radical entre el Estado platónico y cualquier otro Estado, tal como explica Sócrates (422e-423b):

Eres muy ingenuo si juzgas que merece darse el nombre de ‘Estado’ a algún otro que aquel que hemos organizado. (...) A los demás hay que denominarlos de un modo más amplio, pues cada uno de esos Estados no es un Estado sino muchos, como en el juego. Son dos como mínimo, con una enemistad mutua: el Estado de los pobres y el de los ricos. Y en cada Estado hay muchos Estados; si los tratas como a uno solo, te equivocarás de cabo a rabo. Si los tratas como a muchos, en cambio, cediendo a unos la fortuna, el poder y la gente misma de los otros, así tendrás siempre muchos aliados y pocos enemigos. Y mientras se administra sabiamente el Estado con el orden descrito, no solo tendrá fama de ser muy grande, aun cuando cuente sólo con un millar de guerreros. En efecto, no hallarás fácilmente un Estado más grande, ni entre los griegos

ni entre los bárbaros, aunque muchos puedan parecer muchas veces más grandes que este. ¿Piensas de otro modo?

Así como ésta es la mayor virtud del Estado de Platón, cualquier mal que produzca lo opuesto naturalmente constituirá una consecuencia catastrófica (462a-b). A pesar de lo dicho, no debe entenderse que los límites del Estado están subordinados a una suerte de “fantasma” que alojado “en las consciencia” de los ciudadanos les delate a éstos cuáles son los fines del territorio. Al igual que como hemos especificado al comienzo de este apartado, las fronteras del Estado son conocidas y perfectamente delineadas; esto como consecuencia de la población misma, de sus oficios, de sus especializaciones y de sus deseos y necesidades, lo que conlleva que los guardianes ejerzan un estricto control poblacional para que, a pesar de las guerras, enfermedades y demás cuestiones de igual índole, se mantenga la misma cantidad de hombres y el Estado no se agrande ni se achique (460a).

III. D. Nacionalidad y extranjería

No se puede negar que ni Platón ni *República* son ajenos a su época. Deviene entonces como lógica la separación entre aquellos que serán “ciudadanos” del Estado, los que serán “griegos” (esto es, ciudadanos de otras *póleis*) y los calificados como “bárbaros” que comprenden a todos aquellos ajenos a Grecia. Una de las claves para entender la ciudadanía del nuevo Estado se encuentra en uno de los mitos que Platón confecciona en el Diálogo (415a-c):

Vosotros, todos cuantos habitáis en el Estado, sois hermanos. Pero el dios que os modeló puso oro en la mezcla con que se generaron cuantos de vosotros son capaces de gobernar, por lo cual son los que más valen; la plata, en cambio, en la de los guardias, y hierro y bronce en la de los labradores y demás artesanos. Puesto que todos sois congéneres, la mayoría de las veces engendraréis hijos semejantes a vosotros mismos, pero puede darse el caso de que de un hombre de oro sea engendrado un hijo de plata, o de uno de plata uno de oro, y de modo análogo entre los hombres diversos. En primer lugar y de manera principal, el dios ordena a los gobernantes que de nada sean tan buenos guardianes y nada vigilen tan intensamente como aquel metal que se mezcla en la composición de las almas de sus hijos. E incluso si sus propios hijos nacen con una mezcla de bronce o de hierro, de ningún modo tendrán compasión, sino que, estimando el valor adecuado a sus naturalezas, los arrojarán entre los artesanos o los labradores. Y si de estos, a su vez, nace alguno con mezcla de oro o plata, tras tasar su valor, los ascenderán entre los guardianes o lo guardias, respectivamente, con la idea de que

existe un oráculo según el cual el Estado sucumbirá cuando lo custodie un guardián de hierro o bronce.⁴²

A partir de este extracto podemos empezar a considerar los distintos aspectos relativos a la ciudadanía. En primer lugar, estos hombres de oro, plata, hierro y bronce que conforman el cuerpo de ciudadanos del Estado son todos vistos, a partir del mito, como hermanos e hijos de la misma tierra (414e); lo cual quiere decir que comparten un mismo origen, una misma identidad, que será fundamento para las distinciones que se harán respecto a qué normativa les será aplicable. El mito propone que junto al nacimiento del Estado se constituyan en ciudadanos aquellas personas que le dan origen. Nadie más que ellos puede convertirse en ciudadano pues no hay otros que hayan nacido de la misma tierra ni que hayan sido moldeados por el dios dentro de estas categorías. Si entendemos esto axiomáticamente, la secuela esperable resulta ser el hecho de que se aplique un criterio personal para entender la nacionalidad en nuestro nuevo Estado: una persona solamente podrá ser ciudadano en tanto sea hijo de ciudadanos.

De a poco nos movemos hacia la siguiente pista que nos deja Platón. Conforme cada persona nace dentro de una categoría, al mismo tiempo se determina cuál es el rol que desempeñarán en la comunidad y dentro de qué rubro encontrarán su quehacer. Los que sean de la clase de oro serán gobernantes; los que sean de la clase de plata serán auxiliares (o sea, los guardianes que no son aptos para gobernar); y los de la clase de hierro y bronce compondrán el resto del cuerpo civil. Conforme al principio de la división y especialidad del trabajo que propone Platón, todo ciudadano está destinado no sólo a pertenecer a una clase, sino que también, gracias al mencionado principio, es menester que domine su lugar en la comunidad tomando una función en la cual especializarse. Concluimos entonces la segunda característica rectora de la ciudadanía: no sólo es necesario ser hijo de ciudadanos, al mismo tiempo se requiere tener una especialización dentro del Estado, y esto incluye que dicha especialización sea aceptada. El ejemplo más concreto y afamado de esto dentro de la obra es el que refiere al rechazo de cierto modelo de poeta (398a-b):

De ese modo, si arribara a nuestro Estado un hombre cuya destreza lo capacitara para asumir las más variadas formas y para imitar todas las cosas y se propusiera hacer una exhibición de sus poemas, creo que nos prosternaríamos ante él como ante alguien digno de culto, maravilloso y encantador, pero le diríamos que en nuestro Estado no

42. Este pasaje perteneciente al “mito de las clases” o “mito del nacimiento de la tierra” funciona, al decir de Sócrates, como una “mentira noble” destinada a sembrar en la población la justificación del orden jerárquico del Estado. Dice Grube: “Esta es la interpretación aristocrática de Platón respecto de la naturaleza humana; aristocrática en el sentido auténtico, puesto que la única prueba que se acepta es el mérito y no la estirpe” (GRUBE, G. M. A., *op. cit.*, pp. 406-407).

hay hombre alguno como él ni está permitido que llegue a haberlo, y lo mandaríamos a otro Estado, tras derramar mirra sobre su cabeza y haberla coronado con cintilla de lana. En cuanto a nosotros, emplearemos un poeta y narrador de mitos más austero y menos agradable, pero que nos sea más provechoso, que imite el modo de hablar del hombre de bien y que cuente sus relatos ajustándose a aquellas pautas que hemos prescrito desde el comienzo, cuando nos dispusimos a educar a los militares.

Del fragmento surge que existen ciertas pautas para la aceptación de un oficio, y quienes no sean capaces de cumplirlas quedarán excluidos de la ciudadanía del Estado. Platón solo atiende al valor social que una profesión puede presentar; este es el valor fundamental al que deben subordinarse todos los demás.⁴³ La invitación a no pertenecer se hace extensiva a los músicos (398c-400e) y al resto de los artistas que no cumplan con las pautas educativas que deben alcanzar (401b-d);⁴⁴ y, también, a todos aquellos hombres multifacéticos, puesto que en *República* cada hombre solamente tienen una tarea que hacer (397d-e). Llegamos de este modo a la última solicitud de Platón: un ciudadano, para ostentar ese título, deberá ser hijo de ciudadanos; poseer una especialización; que ese trabajo sea único; y que su labor sea aceptada dentro del Estado.⁴⁵

Más allá de la ley aplicable a unos y otros (ciudadanos, griegos y bárbaros), resulta interesante admirar el dibujo que Platón hace de los extranjeros. A lo largo del Diálogo nos ofrece algunos fragmentos que ayudan a divisar la imagen. Al comienzo de la formación de la ciudad, cuando la discusión se interna en la forma

43. GRUBE, G. M. A., *op. cit.*, p. 279.

44. Dice Sócrates: “Por consiguiente, no sólo a los poetas hemos de supervisar y forzar en sus poemas imágenes de buen carácter —o, en caso contrario, no permitirles componer poemas en nuestro Estado—, sino que debemos supervisar también a los demás artesanos, e impedirles representar, en las imitaciones de seres vivos, lo malicioso, lo intemperante, lo servil y lo indecente, así como tampoco en las edificaciones o en cualquier otro producto artesanal. Y al que no sea capaz de ello no se le permitirá ejercer su arte en nuestro Estado, para evitar que nuestros guardianes crezcan entre imágenes del vicio como entre hierbas malas, que arrancaran día tras día de muchos lugares, y pacieran poco a poco, sin percatarse de que están acumulando un gran mal en sus almas. Por el contrario, hay que buscar los artesanos capacitados, por sus dotes naturales, para seguir las huellas de la belleza y de la gracia. Así los jóvenes, como si fueran habitantes de una región sana, extraerán provecho de todo, allí donde el flujo de las obras bellas excita sus ojos o sus oídos como una brisa fresca que trae salud desde lugares salubres, y desde la tierna infancia los conduce insensiblemente hacia la afinidad, la amistad y la armonía con la belleza racional”. El pasaje se ha copiado completo para poder entender, a través de las bellas palabras que le dedica, que Platón considera el arte como una de las cosas más importantes; el sacrificio que está realizando deviene en razón de que reconoce la enorme influencia que tiene en la vida de los hombres y que podría no compatibilizar con los principios proyectados para su Estado. Respecto del destierro de los artistas en *República* véase GRUBE, G. M. A., *op. cit.*, pp. 278-293.

45. Si bien no pretendemos hacer un estudio comparativo, cabe decir que este aspecto no difiere de la ley ateniense, sobre todo luego de la reforma introducida por Pericles en 450 a. C.

adecuada para hablar de los dioses, Sócrates cita a Homero (381d) en los siguientes versos: “dioses, semejantes a extranjeros de todas las partes / tomando toda clase de apariencias, visitan las ciudades”.⁴⁶ Si bien el uso de estos versos es reprochado en virtud de la inalterabilidad de los dioses (en tanto, al ser justamente dioses, son lo más bello y lo mejor posible), lo que deja entrever es una caracterización del extranjero y también un pequeño desprecio, ya que los dioses no se pueden asemejar a un no griego bajo ningún parámetro. En efecto, los extranjeros toman diversas formas, son extraños y desconocidos y, por ende, son rechazados y no bienvenidos en el Estado.⁴⁷ Si a un dios no se le permite ser de tal manera, (mucho) menos a un hombre. Esto, sin embargo, no ocurre en los otros Estados, donde no son excluidos fervorosamente, siendo los gobernantes mismos alojadores de extranjeros (419a). En el mismo tono, se encuentran referencias al carácter involucionado y sin auto-control de los bárbaros (452c-d) o a la lejanía de sus dominios y la falta de conocimiento acerca de ellos (499d).

III. E. Embajadas

Respecto de la interacción con otros pueblos mediante el uso de embajadas, sólo una referencia al respecto se encuentra a lo largo de todo el Diálogo (422d). Explica Platón que los guardianes deben vigilar que en el Estado no se genere riqueza (productora del libertinaje, la pereza y el afán de novedades) ni pobreza (creadora del servilismo y la vileza y del ansia de cambios). Glaucón adhiere, pero, sin embargo, se preocupa por las consecuencias que esto puede llegar a tener en el marco de una guerra en la cual fuera necesario enfrentarse a un Estado más poderoso y rico. Para Sócrates esto no es un problema: la supremacía militar del Estado ideal está dada por su especialización en el arte de la guerra y “muy probablemente resulte fácil para nuestros hombres, entrenados para la guerra, combatir contra enemigos que sean el doble o el triple en número que ellos” (422c).

Sin perjuicio de lo expuesto, Sócrates contempla los beneficios de enfrentarse a más de un enemigo, ya sea porque el rival se ha diseminado internamente o porque efectivamente existe más de un contrincante. En este último caso se procederá pues a negociar, embajada mediante, con alguno de los dos adversarios ofreciendo a cambio de su alianza militar (que en definitiva también les provee provecho por ahorrarles el enfrentar a un ejército fuerte y preparado) todas las riquezas que pudieran obtenerse al vencer al tercer Estado, puesto que en el propio no están permitidas

46. *Odisea*, 17.485-486.

47. El Diálogo arrastra una ideología anti-diversidad durante la mayor parte de su desarrollo. Sin perjuicio de lo expuesto, resulta curioso el hecho de que el intercambio entre Sócrates y los demás tome lugar en la casa de un extranjero.

y por ende no son deseadas. En términos de discurso se trata de embajadores muy particulares, ya que su retórica se basa únicamente en “la verdad” (426d), de hecho ni siquiera requerirían ser aptos en este arte, en tanto ningún pueblo osaría rechazar una oferta como de la que son portadores.

En definitiva queda especificado suficientemente no solo su uso habitual en la Antigüedad (ya que no se manifiesta como una idea novedosa y exclusiva del nuevo Estado), sino también la función que cumplen dentro del Estado platónico, que no es otra sino la de servir como medio de comunicación oficial entre las máximas autoridades de las distintas organizaciones estatales. A este respecto no se descarta la posibilidad de establecer vínculos no sólo con los Estados griegos sino también con los considerados bárbaros, ya que el pasaje del que nos hacemos eco no menciona de qué naturaleza (helénica o extranjera) son los Estados intervinientes y teniendo en cuenta que la posibilidad de hacer la guerra es factible ante ambos.

III. F. Conducción de hostilidades

Platón señala la guerra (junto al oficio del general, al gobierno de los Estados y a la educación del hombre) como uno de los asuntos más bellos e importantes (599c).⁴⁸ En *República* la guerra es otra consecuencia del “Estado afebrado” (372d). En este Estado los hombres erróneamente se entregarán a la codiciosa idea de la acumulación de la riqueza, en lugar de vivir según las austeras condiciones que propone el filósofo (y que Glaucón llama un “Estado de cerdos”) (372a-d).⁴⁹ En la persecución de estos placeres los hombres se verán obligados a desear los territorios aledaños en busca de recursos suficientes para alimentar a toda la gente que se ha incorporado a esta nueva modalidad de Estado. Como ya hemos visto, Platón no ahonda demasiado en las formas de adquisición del territorio. Simplemente, ante la duda en cuanto al modo en que debe adquirirse el territorio vecino, Sócrates y Glaucón convienen en que no hay otro método más que la guerra para realizarlo y agregan: “Por ahora no diremos si la guerra produce perjuicios o beneficios, sino sólo que hemos descubierto el origen de la guerra: es aquello a partir de lo cual, cuando surge, se producen las mayores calamidades tanto privadas como públicas” (373e).

48. Acorde a esta manera de pensar, el tratamiento teórico de cada uno de los cuatro tópicos señalados y la fórmula para su mejor desarrollo ocupa la mayor parte de la obra.

49. Al contrario, en el Estado sano tanto la economía de los medios de supervivencia como la abstención y prevención de la guerra se encuentran enlazados, dice Platón: “(los que se han organizado) estarán a gusto en compañía y no tendrán hijos por encima de sus recursos, para precaverse de la pobreza o de la guerra” (372b-c).

Al mismo tiempo, Platón considera que los Estados vecinos también se entregarán a la búsqueda de riquezas ilimitadas por encima de sus necesidades,⁵⁰ por lo que la constitución de un ejército especializado no sólo responde al afán conquistador del Estado afebrado, sino también a la necesidad defensiva que la realidad internacional le impone (373d).⁵¹ En definitiva, aquí Platón descubre cuál es el móvil para el inicio de hostilidades con un pueblo vecino, esto es expansión territorial en razón de necesidades imposibles de ser cubiertas por el Estado en su actual dominio; y también revela, a la inversa, que la guerra es el medio para el esparcimiento geográfico.

Corresponde continuar este apartado contemplando la tipología de los conflictos armados que Platón diferencia: por un lado menciona la “disputa intestina” (*stásis*) que contempla la hostilidad con lo familiar y que comprendería los combates entre los griegos, que por naturaleza son amigos;⁵² y por el otro, habla de “guerra” (*pólemos*) únicamente referida a los combates contra los bárbaros, siendo estos indefectiblemente ajenos y enemigos de los griegos (470c-d).⁵³ Cobra importancia ésta distinción por cuanto en la disputa intestina, es decir, en los conflictos entre griegos, Platón prevé una mayor cantidad de normas de carácter humanitario. Sócrates dice resumiendo (471a-b):

Entonces los enmendarán amistosamente, sin llegar a castigarlos con la esclavitud o con el exterminio, ya que son enmendadores, no enemigos. (...) Por ser griegos, no

50. Esto resulta una consecuencia lógica de todo el planteo presente en *República*. Si Platón se entrega a la generación de un Estado austero y abandonado de la propiedad privada, es justamente porque considera que los Estados existentes se encuentran viciados por esta. En el mismo sentido dice Grube que “esta convicción acerca de los males de la propiedad privada constituye un elemento cardinal de la filosofía social de Platón” (GRUBE, G. M. A., *op. cit.*, p. 404).

51. En referencia a los guardianes, al dotarlos con ese nombre tan particular, los describe como “quienes cuiden que los enemigos de afuera no puedan hacer mal” (414b); y también que acamparan en un lugar “desde el cual defenderse del exterior, si algún enemigo atacara” (415e). Esto es una muestra cabal del peligro latente que percibe el autor.

52. Vale aclarar que “lo interno” no incluye las hostilidades dentro del Estado que Platón está creando, ya que allí son inexistentes porque “los hombres mantendrán la paz entre sí gracias a las leyes (...) y puesto que entre ellos no hay luchas intestinas, no hay peligro de que alguna vez el resto del Estado entre en querrela contra ellos o entre sí” (465b). Las disputas internas refieren únicamente a los conflictos entre los distintos Estados griegos.

53. En este orden de ideas nos topamos con una semejanza interesante respecto de las tipologías actuales. Estas dividen los conflictos armados en internacionales y no internacionales, siendo los primeros aquellos conflictos en los que las partes intervinientes pertenecen a Estados distintos y los últimos los que presentan sus partes dentro del territorio de un mismo Estado. Si bien cada uno de estos conflictos posee normativas particulares que los regulan, lo cierto es que, a diferencia de como se verá más adelante en Platón, los principios humanitarios rigen con un mismo nivel de intensidad, independientemente del carácter internacional o no internacional del conflicto.

depredarán la Hélade ni prenderán fuego a las casas, y no aceptarán que, en cualquier Estado, todos, hombres, mujeres y niños, sean sus enemigos, sino que sólo son sus enemigos los culpables de la desavenencia, que siempre son pocos. De ahí que no estarán dispuestos a asolar territorios donde la mayoría son amigos, ni a arruinar sus casas, sino que llevarán la contienda hasta que los culpables sean forzados a expiar su delito por los inocentes que sufren.

Como se ha especificado anteriormente, las *póleis* griegas sobrepasaban un cierto umbral de autonomía e independencia, no son “Estados” en el sentido “moderno” del término, como ente abstracto separado de la comunidad de ciudadanos,⁵⁴ pero ello no es óbice para que estas ciudades-estado posean las tres características que las erigen como independientes: según Tucídides, deben ser *autónomas*, *autódikes* y *autotelés*.⁵⁵ Sin embargo, Grecia, como nación común que comparte una lengua y una historia común, un sentimiento de solidaridad y una oposición a todo aquello que no es griego (los llamados bárbaros),⁵⁶ se ve circunscripta por Platón bajo un mismo régimen, cubierta por el mismo manto, y por cuanto lo que se está ideando es un Estado griego de hombres buenos y nobles y amantes de la Hélade (470e), resultará que “cuando tengan una desavenencia con griegos, por ser estos familiares suyos, la considerarán una disputa intestina y no le darán el nombre de guerra” y “consiguientemente, litigarán como quienes han de reconciliarse” (471a). Es decir, el fundamento de esta distinción que Platón está efectuando respecto de los tipos de combate según el rival sea griego o bárbaro radica en dos ideas contrapuestas: por una parte, existe el lamento del filósofo al reconocer que las ciudades-estado griegas se tratan entre sí de la manera en que deberían interactuar con los pueblos bárbaros y su deseo de unidad y solidaridad entre los pueblos helénicos; y, por otra, el hecho de que necesariamente todas estas *póleis* deben ser autónomas para constituir la sociedad griega como tal.⁵⁷

Radicalmente opuestas resultan las consideraciones respecto de los enfrentamientos con los pueblos bárbaros, enfrentamientos que constituyen propiamente la

54. Cf. sin embargo HANSEN, M. H., *Polis and City-State: An Ancient Concept and its Modern Equivalent*, Acts of the Copenhagen Polis Centre Vol. 5, Copenhagen, Munksgaard, 1998. En este libro el autor advierte que describir la *pólis* a la par de un Estado moderno no es una idea tan anacrónica como suele pensarse.

55. Tucídides, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, V, 18, 2.

56. CASTORIADIS, C., *op. cit.*, p. 64.

57. Cf. CASTORIADIS, C., *op. cit.*, pp. 63-71. Por supuesto, esto no implica que Platón desee que todas las ciudades-estado griegas se aglomeren en un solo Estado (idea que censura y que va en contra de la concepción misma de la *pólis*), pero sí reconoce las consecuencias propias de un acervo de unidades autónomas posibilitadas y dispuestas a gobernarse, lo cual conlleva que diversas formas de gobierno y múltiples posturas en las relaciones internacionales se enfrenten.

“guerra”, y que también dan cuenta del elemento internacional en la nacionalidad y extranjería manifestada al pensar la clasificación. Las diferencias en el tratamiento se expresan, por ejemplo, en lo que respecta a la captura de enemigos. A este respecto, cualquier enemigo que sea apresado vivo durante una guerra debe ser entregado a sus captores como un presente para que disponga de su presa como lo quieran (468a). Por el contrario, tratándose de una disputa intestina, la conversación se da de la siguiente manera (468b-c):

Sócrates. —En primer lugar, en lo que concierne a la esclavitud, ¿parece justo que los griegos esclavicen a Estados griegos, o no deberían permitirlo incluso a ningún otro Estado, y acostumbrarlos a respetar la raza griega, previniéndose de ser esclavizados por los bárbaros?

Glaucón. —En todo sentido importa que la respeten.

Sócrates. —Por consiguiente, no adquirirán ellos mismos esclavos griegos, y aconsejarán a los otros griegos proceder así.

Glaucón. —Completamente de acuerdo.⁵⁸

Platón también prevé regulaciones respecto de los cuerpos de los muertos en combate, “cuando el verdadero enemigo se ha volado de él y lo que ha quedado es sólo aquello por medio de lo cual combatía” (469e). Especial atención se presta a las observancias respecto de los cadáveres; tanto para los caídos propios como enemigos. Primeramente conviene en que aquellos que mueran en batalla sobresaliendo por su valentía serán considerados de la raza de oro y no sólo los consagra como guardianes durante la vida, sino que también los proclama, invocando a Hesíodo, “demonios guardianes de hombres mortales” una vez fenecidos.⁵⁹ En este orden de ideas, se escuchará al exégeta⁶⁰ respecto del modo en que debe sepultárselos y se

58. Revisando la temática con una perspectiva actual diríamos que el estatuto de prisionero de guerra, derecho inherente a la condición de combatiente, brilla por su ausencia en los conflictos que Platón denomina “guerras”, pero que sí existe una previsión análoga (cuanto menos protectora ante la total discreción del enemigo respecto del capturado) en las “disputas intestinas”. Un razonamiento eficaz para entender esto podría ser que Platón advierte que los pueblos extranjeros, en tanto bárbaros y a su vez no educados en la forma que el autor está proponiendo, no actuarán de la misma manera, por lo que llama a la prevención (tal como expresa el pasaje citado). En cambio, el Diálogo conlleva la intención de convencer a los demás pueblos griegos de que actúen de igual manera a como lo haría este Estado ideal, por lo cual no sería necesaria la precaución frente a estos enemigos, que oportunamente serán “educados”.

59. El pasaje citado aquí por Sócrates, no sin cierta imprecisión en las palabras, corresponde a Hesíodo, *Trabajos y días*, 122-123.

60. El “exégeta” era un “intérprete” de la voluntad divina; se trataba de un funcionario oficial en Atenas encargado de dilucidar cuestiones ético-religiosas que pudieran surgir en la vida cotidiana (Platón, *Eutifrón*, 4d).

cuidarán y venerarán sus tumbas en tanto hayan sido juzgados como buenos (469a-b). Respecto de los muertos ajenos, Sócrates dice que “debe terminarse con el despojo de cadáveres y con los impedimentos para que éstos sean rescatados” (469e), considerando tales actitudes como propias de un cobarde de mente mezquina y afeminada. En concordancia con lo anterior, las armas que se tomen de los enemigos no deberán ser llevadas a los templos como ofrendas, especialmente cuando se trate de posesiones de otros griegos (469e-470a).

Finalmente, una consecuencia peculiar del sistema de entrenamiento y educación propuesto en *República* es que no sólo las mujeres sino también los niños participen en las hostilidades, auxiliando y asistiendo a sus mayores durante los enfrentamientos, con el objeto de contemplar los trabajos que deberán hacer una vez que alcancen la adultez, aprendiendo de este modo mejor el oficio (466e-467a). Sin perjuicio de esto, la intención no es, claro está, exponerlos en el frente de batalla, sino que se toman las precauciones necesarias para que, a pesar de correr el riesgo propio de estar presentes en el combate, sean asistidos por jefes y pedagogos experimentados y también posean vías de escape efectivas (como señala Glaucón: sería imposible para el Estado recuperarse si tanto los padres como los hijos perecieran en batalla) (467b-e).⁶¹

IV. CONCLUSIONES

El Derecho no es un fenómeno estático; sin dudas se manifiesta, en todo momento, como una construcción social dinámica. En consecuencia, todo análisis al que pueda sometérselo debe partir de la base de un estudio que comprenda y enfatice las circunstancias coyunturales tanto espaciales como temporales a los fines de aprehender de qué manera determinadas normas jurídicas vigentes en un cierto tiempo se insertan en la correspondiente realidad social en la que rigen. La importancia de realizar una fusión entre Derecho e Historia radica en que permite una interpretación más fidedigna de los diversos escenarios jurídicos que han tenido lugar a lo largo del tiempo, permitiendo, a su vez, utilizar una visión comparativa y diacrónica, despertando el espíritu crítico y sentando las bases para un pensamiento en dimensión filosófica y antropológica de la justicia.

En este orden de ideas y tomando como muestra el Derecho Internacional (una rama en permanente evolución), un examen que considere el factor cronológico y

61. Nuevamente encontramos una divergencia respecto de la normativa actual en lo que respecta a los “niños soldado”, que los prohíbe expresamente, y más aun con la idea circundante al desarrollo progresivo de esta cuestión, que se rige por la promoción de la erradicación de niños participantes en hostilidades (tanto en conflictos armados de carácter internacional como no internacional).

que dé cuenta no sólo de sus orígenes sino también de su desarrollo auto-determinativo resulta particularmente relevante y atrayente. Admirar el florecimiento del Derecho Internacional en la Antigüedad, mediante el uso de una perspectiva histórica y un análisis sincrónico, ofrece la apertura de interrogantes y reflexiones por demás interesantes. Por un lado, al efectuar una comparación de estructuras respecto del panorama actual no se hallan grandes diferencias, los mismos elementos, reordenados en su correspondiente idiosincrasia, nos proporcionan sin lugar a dudas una plataforma perfecta para desarrollar eso que hoy llamamos Derecho Internacional. Acudiendo a las fuentes históricas no queda más que apreciar y redescubrir que efectivamente existieron contactos interestatales en forma semejante a como ocurren hoy en día. Por otra parte, en el medio se encuentra Platón, filósofo y creador del Estado ideal, el único, el filosófico. Si Platón pensó su *pólis* en el contexto que hemos descripto, entonces no hay posibilidades de que escapara a la formulación de este tipo de consideraciones.

Tanto en un escenario de paz como en una atmósfera hostil la *pólis* de Platón necesita interactuar con otros Estados y esto se vuelve cada vez más imperioso a medida que ésta se desarrolla, llegando incluso al punto de ser una alarma del exceso (*hýbris*) en que está incurriendo. Curioso resulta que la misma razón que le da origen al Estado (la satisfacción de necesidades entre los hombres) es la que puede provocar su destrucción al confrontarse con el resto de las *póleis*. Así *República* se convierte en un epicentro de interpretación, no sólo del pensamiento político de Platón, sino también de las vicisitudes extrafronterizas a las que su Estado estaba sujeto y, por extensión, de la existencia de un Derecho Internacional en el Mundo Antiguo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO TRONCOSO, Víctor, "War, Peace, and International Law in Ancient Greece", en RAAFLAUB, Kurt A. (ed.), *War and Peace in the Ancient World*, Oxford, 2007, pp. 206-225.
- BANDEIRA GALINDO, George R., "Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law", en *European Journal of International Law* 16 (3), 2005, pp. 539-559.
- BARKER, Ernest, *Greek Political Theory. Plato and his Predecessors*, London, Methuen & Co. Ltd., 1918.
- BEAULAC, Stephan, "The Westphalian Legal Orthodoxy - Myth or Reality?", en *Journal of the History of International Law* 2 (2), 2000, pp. 148-177.
- , Stephan, *The Power of Language in the Making of International Law. The Word Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia*, Leiden, 2004.

- BEDERMAN, David J., *International Law in Antiquity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- BICKERMAN, Elias J., “Remarques sur le droit des gens dans la Grèce classique”, en *RIDA* 4, 1950, pp. 99-127.
- BUIS, Emiliano J., “El control jurídico de los confines en Ática: reflexiones sobre la importancia estratégica de los márgenes rurales”, II Jornadas Nacionales y I Jornadas Internacionales de Historia Antigua “*La Antigüedad desde una mirada interdisciplinaria: investigación, perspectivas y problemas*”, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad Nacional de Córdoba, 22-24 de mayo de 2007.
- , “Sobre gnomos y gigantes: Los tratados grecorromanos y la igualdad soberana de los Estados como ficción histórico-jurídica”, en *Lecciones y Ensayos* Vol. 89, Buenos Aires, Eudeba, 2011, pp. 73-117.
- CALASSO, Roberto, *Las bodas de Cadmo y Harmonía*, Barcelona, Anagrama, 1994.
- CASTORIADIS, Cornelius, *La ciudad y las leyes: Lo que hace a Grecia II. Seminarios 1983-1984. La creación humana III*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- COLLI, Giorgio, *Platón Político*, Madrid, Siruela, 2008.
- CROXTON, Derek, “The Peace of Westphalia of 1648 and the Origins of Sovereignty”, en *International History Review* 21, 1999, pp. 569-852.
- ECKSTEIN, Arthur M., *Mediterranean Anarchy, Interstate war, and the Rise of Rome*, Berkeley, Los Angeles & London, University of California Press, 2006.
- EGGERS LAN, Conrado, *Platón. Diálogos IV: República*, Introducción, traducción y notas de Conrado Eggers Lan, Madrid, Gredos, 1986.
- EYFFINGER, Arthur, “Europe in the Balance: An appraisal of the Westphalian System”, en *Netherlands International Law Review* 45, 1998, pp. 161-187.
- FABRY, Mikulas, *Recognizing States. International Society and the Establishment of New States since 1776*, Oxford, 2010.
- GAURIER, Dominique, *Histoire du droit international. Auteurs, doctrines et développement de l'Antiquité à l'aube de la période contemporaine*, Rennes, 2005.
- GRUBE, George M. A., *El pensamiento de Platón*, Madrid, Gredos, 2010.
- GUTHRIE, William K. C., *A History of Greek Philosophy* (Vol. IV Plato - the man and his dialogues: Early period), Cambridge, Cambridge University Press, 1975.
- HALL, Jonathan M., “International relations”, en SABIN, Philip, VAN WEES, Hans y WHITBY, Michael (eds.), *The Cambridge History of Greek and Roman Warfare* (Volume I: “Greece, the Hellenistic World and the Rise of Rome”), Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 85-107.

- HANSEN, Mogens H., "Introduction: The *Polis* as a Citizen-State", en HANSEN, Mogens H. (ed.) *The Ancient Greek City State*, Symposium on the Occasion of the 250th Anniversary of the Royal Danish Academy of Science and Letters (July 1-4, 1992), Copenhagen, 1993, pp. 7-29.
- , *Polis and City-State: An Ancient Concept and its Modern Equivalent*, Acts of the Copenhagen Polis Centre Vol. 5, Copenhagen, Munksgaard, 1998.
- , *Polis. An Introduction to the Ancient Greece City-State*, New York, Oxford University Press, 2006.
- HANSEN, Mogens H. y NIELSEN, Thomas H. (eds.), *An Inventory of Archaic and Classical Poleis*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2004.
- KITTO, Humphrey D. F., *Los griegos*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.
- KOSKENNIEMI, Martti, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- , "Why History of International Law Today?", en *Rechtsgeschichte* 4, pp. 61-66.
- KUNZ, Josef L., "Review of *El derecho internacional antes de la Era Cristiana*. By Isidoro Ruiz Moreno", en *American Journal of International Law*, Vol. 42 (1), 1948, pp. 237-239.
- LANNI, Adriaan, "The Laws of War in Ancient Greece", en *Law and History Review* 26, 2008, pp. 469-489.
- LAURENT, François, "Histoire du droit des gens et des relations internationales", en *Histoire de l'humanité*, Paris, 1850-1.
- LESAFFER, Randall, "The Westphalian Peace Treaties and the Development of the Tradition of Great European Peace Settlements prior to 1648", en *Grotiana* 18, 1997, pp. 71-95.
- , "Peace Treaties from Lodi to Westphalia", en LESAFFER, Randall, *Peace Treaties and International Law in European History: from the Late Middle Ages to World War One*, Cambridge, 2004, pp. 9-44.
- LOW, Polly, *Interstate Relations in Classical Greece. Morality and Power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- MORRISON, Donald R., "The Utopian Character of Plato's Ideal City", en FERRARI, Giovanni R. F. (ed.), *The Cambridge Companion to Plato's Republic*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 232-255.
- OSIANDER, Andreas, "Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth", en *International Organization* 55, 2001, pp. 251-287.
- PÉREZ MARTIN, Elena, *Los extranjeros y el derecho en la Antigua Grecia*, Barcelona, Dykinson, 2001.
- PHILLIPSON, Coleman, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, London, Macmillan and Co. Ltd., 1911.
- RENAUT, Marie-Hélène, *Histoire du droit international*, Paris, 2007.
- RUIZ MORENO, Isidoro, *El derecho internacional antes de la Era Cristiana*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, 1946.

SCHOFIELD, Malcolm, "Plato on the Economy", en HANSEN, Mogens H. (ed.), *The Ancient Greek City State*, Symposium on the Occasion of the 250th Anniversary of the Royal Danish Academy of Science and Letters (July 1-4, 1992), Copenhagen, 1993, p. 183-196.

TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia del derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1998.

“AMICUS CURIAE” EN EL PLANO INTERNACIONAL*

MARTÍN FRANCISCO LOSARDO**

Resumen: De forma previa a adentrarnos en un análisis transversal del instituto procesal conocido como “*Amicus Curiae*” (locución en latín) en las distintas jurisdicciones internacionales, lo cual constituye el objeto del presente trabajo, resulta ineludible realizar una breve referencia al fenómeno denominado como “Fragmentación del D. I.”, lo que nos clarificará e introducirá en una mera aproximación al fundamento del distinto tratamiento que le han dado los diversos órganos jurisdiccionales en el plano internacional a esta misma herramienta procesal. Acto seguido ensayaremos algunas nociones del instituto “*Amicus Curiae*” y su funcionamiento, en términos generales. Finalmente nos involucraremos de lleno en el tratamiento jurisdiccional de esta figura a nivel internacional, corazón de esta investigación.

Palabras clave: amicus curiae – amigos del tribunal – amici – fragmentación – jurisdicción internacional – corte internacional de justicia – corte penal internacional – tribunal penal internacional para la ex yugoslavia – tribunal penal internacional para ruanda – tribunal especial para sierra leona – corte interamericana de derechos humanos – comisión interamericana de derechos humanos – tribunal europeo de derechos humanos – centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones – organización mundial del comercio.

Summary: Before analyzing the procedural institution of the amicus curiae throughout an array of international judicial bodies, the phenomenon known as “fragmentation of International Law” must be considered. This initial background will enable us to achieve a better understanding of the way this institution is used in the different international jurisdictions, and it will help us drawing certain distinctions within them. Subsequently, we will study the amicus curiae itself, its development and its application in general terms. Finally, we will pay particular attention to the way this institution is employed at an international level, the core of this research work.

* Recepción del original: 13/06/2013. Aceptación: 12/09/2013.

** Estudiante de Abogacía (UBA).

Keywords: amicus curiae – friends of the court – amici – fragmentation of international law – international jurisdiction – international court of justice – international criminal court – international criminal tribunal for the former yugoslavia – international criminal tribunal for rwanda – special court for sierra leone – inter-american court of human rights – inter-american commission on human rights – european court of human rights – international centre for settlement of investment disputes – world trade organization.

I. CÓMO EL FENÓMENO DE LA “FRAGMENTACIÓN” INCIDE EN EL DIVERSO TRATAMIENTO DE LA FIGURA PROCESAL DEL “AMICUS CURIAE” EN LAS DIFERENTES JURISDICCIONES INTERNACIONALES

Es posible afirmar que en los últimos tiempos –especialmente desde el final de la Segunda Guerra Mundial y más aún luego del final de la Guerra Fría– el Derecho Internacional (en adelante, “D. I.”) ha experimentado lo que se ha dado a llamar “Fragmentación del D. I.”, fenómeno que no es moderno, sino que ha sido, como sugiere el profesor Joost Pauwelyn, “inherente a, y como consecuencia de la naturaleza misma del D. I.”¹

Tal fragmentación ha sido abonada por diversos factores que, según el profesor Gerhard Hafner, involucran: i) la proliferación de la regulación internacional (a la vez que un aumento en la normativa internacional); ii) el incremento de la fragmentación política (interdependencia de los Estados); iii) la regionalización del D. I. causada por el aumento en el número de foros regionales encargados de la formulación de regulaciones internacionales; iv) la emancipación de los individuos respecto de los Estados (máxime en el ámbito del D. I. de los Derechos Humanos); y v) la especialización de la regulación internacional.²

Sintéticamente, y para no abusar del tiempo del lector y no extralimitarnos en el objetivo del presente, podemos identificar sus tres posibles consecuencias: el “forum shopping”; los conflictos normativos; y los conflictos de jurisdicción.³ Intentando realizar una simplificación, podemos afirmar que la diversificación en distintas ramas del Derecho a nivel internacional (v. gr. penal, comercial, medio am-

1. PAUWELYN, J., “Fragmentation of International Law”, en WOLFRUM, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2009, p. 2, edición online, [www.mpepil.com] [traducción propia].

2. SALAS HOERNIG, C. A. *Fragmentación del Derecho Internacional a la luz de la “softwood lumber dispute”*, consultado en [http://www.tesis.uchile.cl/handle/2250/106787] el 16/5/2013.

3. APAZA, P., *The interaction between the Dispute Settlement Mechanisms of the American Regional Trade Agreements and the Wto*, consultado en [http://www.wti.org/res/documents/Pamelaforwebpage.pdf] el 22/11/2012.

biente, Derechos Humanos) ha dado lugar a una fragmentación de tipo "sustantiva", mientras que una proliferación de diversos tribunales internacionales ha provocado una fragmentación de tipo "institucional".

Sin embargo, no debemos cometer el error de pensar estos dos tipos de fragmentación como compartimentos estancos que en nada se rozan ni relacionan. Hay que visualizar el D. I. como un todo: "La proliferación de tribunales internacionales es, hasta cierto punto, consecuencia de la expansión y diversificación material del D. I. y de los regímenes o subsistemas internacionales a que se ha dado lugar".⁴ En suma, "el fenómeno de la fragmentación del D. I. deriva de la diversidad del D. I. tanto sustantiva como procedimentalmente".⁵

En este orden de ideas podemos adelantar que el D. I. actual dista mucho de ser un sistema homogeneizado. Conforme lo señala el Dr. Brotóns, "La causa fundamental del riesgo de fragmentación tiene su origen (...) en la naturaleza preeminente del D. I. como un 'Derecho de coordinación', carente de instituciones centralizadas que aseguren la homogeneidad de los distintos subsistemas o regímenes".⁶

Creemos, por el contrario, que el D.I. se trata de un sistema en constante desarrollo integrado por diversos subsistemas que dan lugar a un sistema "desorganizado" y descentralizado. A la luz de esta realidad es posible advertir que la fragmentación se basa "en la multiplicación de las instituciones con funciones internacionales",⁷ lo que deriva, por ejemplo, en interpretaciones diversas⁸ de ciertos institutos y su tratamiento, la incorporación o no de los mismos en cada una de las jurisdicciones y la diversa regulación que se ha hecho de ellos en distintos Tribunales internacionales, todo ello a raíz de la proliferación en su reglamentación y la especialización del D. I. en diversas ramas, entre otros factores, tal como lo adelantásemos al citar a Gerhard Hafner.

"Junto a la fragmentación de tipo sustantiva, la fragmentación del D. I. se extiende también a la procedimental (...). El D. I. es el hogar de una gran variedad de normas procedimentales o normas secundarias de D. I. (...) La fragmentación 'procedimental' surge en el contexto de múltiples cortes y tribunales internacionales".⁹

4. REMIRO BROTONS, A., "Entrevista a Antonio Remiro Brotóns", en *Revista Puente @ Europa*, número 2, Año V, Número 2, junio de 2007, p. 26.

5. PAUWELYN, Joost, *op. cit.*, p. 1 [traducción propia].

6. REMIRO BROTONS, A., *op. cit.*, p. 25.

7. BOTCHWAY, F. N., "Forums for International Economic Adjudication: threads in fragments", en MANFREDI, A. (jefa de redacción), *Revista Cardozo de Derecho Internacional y Derecho Comparado*, Vol. 20.3, Nueva York, CJICL, octubre de 2012, pp. 639-640.

8. WAIBEL, M., "Demystifying the art of interpretation", en WEILER, J. (jefe de redacción), *European Journal of International Law*, Vol. 22 N° 2, Londres, Oxford Journals, junio de 2011, p. 578.

9. BOTCHWAY, F. N., *op. cit.*, p. 640.

Siguiendo esta lógica podrá observarse, en las siguientes líneas, que el instituto del "Amicus Curiae"¹⁰ no ha escapado a la realidad y problemática que suscita el fenómeno en análisis ya que "la fragmentación del D. I., y las cuestiones de coordinación y conflicto que se plantean, tanto entre las normas como entre los institutos, es una realidad".

Pretendemos, en este trabajo, cotejar esta herramienta procesal en las diferentes jurisdicciones internacionales, es decir: constatar su existencia, ausencia o tendencia a su aceptación, el análisis de la legislación y jurisprudencia internacionales que lo reciben y, finalmente, intentaremos dilucidar si, como trasfondo, existe algún tipo de fundamentación que haya coadyuvado a que determinadas jurisdicciones cuenten con la figura y la acepten dentro de sus respectivos procesos judiciales. En otras palabras, pretendemos determinar si la figura del "Amicus" responde a una necesidad de la jurisdicción en cuestión (por la materia en la que tiene competencia, por ejemplo) o si se entremezclan otros factores, por ejemplo, de índole políticos (v. gr. presiones de diferentes grupos –ONGs, por ejemplo–) que breguen por su incorporación.

II. AMICUS CURIAE: CONCEPTUALIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

A continuación, conceptualizaremos la figura del "Amicus", revisaremos su origen y funcionamiento. De ningún modo intentará ser un análisis acabado y taxativo de la cuestión, sino que es al solo efecto orientativo de la problemática que estamos tratando. A su vez será una herramienta útil para un mayor entendimiento del análisis jurisdiccional posterior, puesto que ello nos evitará volver innecesariamente a conceptos ya explicados aquí.

Los abogados Sands y Mackenzie han entendido al "Amicus Curiae" como "una persona que no es parte de un litigio pero que peticiona al Tribunal o es requerido por el Tribunal a presentar un escrito en el expediente porque esa persona tiene un fuerte interés en la materia".¹¹ Dicha definición se desprende del Diccionario Jurídico "Black",¹² aunque se han ensayado otras aproximaciones para caracterizarlo. Tanto es así que un tribunal arbitral del CIADI ha establecido que:

10. En el presente trabajo se utilizarán, indistintamente, los términos "Amicus Curiae", "Amici Curiae" (su plural), "Amicus" o "amigo(s) del tribunal/de la Corte".

11. SANDS, P. J. & MACKENZIE, R., "International Courts and Tribunals, Amicus Curiae", en WOLFRUM, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2009, p. 1, edición online [traducción propia].

12. Diccionario Jurídico de Black, 8va. Edición, Thomson West, Estados Unidos de América, 2004 [traducción propia].

el papel del 'Amicus Curiae' (...) es similar al de un amigo de la Corte, tal como ha sido reconocido en ciertos sistemas jurídicos y, recientemente, en un cierto número de procedimientos internacionales. En esos casos, una persona que no es parte en la diferencia ofrece, en calidad de 'amigo', proporcionar a la Corte o Tribunal sus perspectivas especiales, argumentos, o conocimientos especializados sobre la controversia, usualmente en forma de un escrito o presentación 'Amicus Curiae'.¹³

Lo que es más, estos actores tienen como objetivo introducir nuevas perspectivas que contribuyan al debate y movilicen e involucren a la opinión pública. Como nos enseña el profesor Habermas, "la sociedad civil, que se halla al margen de los procesos internacionales, tiende a mostrar una mayor sensibilidad respecto de cuestiones sociales y ecológicas en comparación con los sujetos que adoptan decisiones en el centro de la política internacional".¹⁴

En sintonía con lo anterior, se ha dicho también que "el *Amicus Curiae* engloba a terceros ajenos a un litigio que voluntariamente ofrecen su opinión frente a algún punto de derecho y otro aspecto relacionado, para colaborar con el Tribunal en la resolución de la materia objeto del proceso".¹⁵ Debemos despertar la atención del lector en lo siguiente: cuando en el presente trabajo nos referimos a terceros que "participan" o "intervienen" siempre lo estamos haciendo en referencia a la participación en calidad de "*Amicus Curiae*". Vale la aclaración, puesto que otra figura, como lo es la de "Intervención de Terceros Estados", no debe ser confundida con este instituto procesal:

La participación como 'Amicus Curiae' ante tribunales internacionales (...) debe ser diferenciada del concepto de Intervención de Terceros Estados (...) Las disposiciones referidas a Terceros Estados, por ejemplo las de los arts. 62 y 63 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, disponen la intervención discrecional o intervención como un derecho cuando el tercero tenga un interés jurídico particular en la disputa" mientras que un "Amicus Curiae" (...) no tiene un interés jurídico específico en la

13. TRIBUNAL ARBITRAL DEL CIADI "Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal, S.A. (Demandantes) y la República Argentina (Demandada), decisión de fecha 19 de mayo de 2005 (Caso CIADI No. ARB/03/19).

14. HABERMAS, J., *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy (Studies in Contemporary German Social Thought)*, Estados Unidos de América, Massachusetts Institute of Technology, 1997, p. 196 [traducción propia].

15. BAQUERIZO MINUCHE, J., "El Amicus Curiae: una importante institución para la razonabilidad de las decisiones judiciales complejas", en SALMON ALVEAR, C. (dir. fundador), *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, N° 21, Guayaquil, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2006, p. 2.

controversia aunque, de todos modos, pretende acercar información al tribunal que es relevante para la disputa.¹⁶

Así, quien interviene o participa como amigo del tribunal no es parte en el proceso, y ello ha de estar correctamente esclarecido puesto que una interpretación diferente podría conducir a nuestro lector a una idea equivocada de este instituto.

Antes de continuar con este trabajo, debemos formular las siguientes aclaraciones: algunas jurisdicciones internacionales cuentan con disposiciones explícitas en sus instrumentos que permiten la utilización de la figura del "Amicus" –aunque no siempre utilizando esta misma locución–, mientras que otras la regulan normativamente de forma implícita o casuísticamente, pudiéndose adoptar una forma oral o escrita y generalmente a discreción de los tribunales en cuestión.¹⁷

Por otro lado, diferentes tipos de individuos o instituciones podrían ser invitados o acercar presentaciones en calidad de "Amicus" ante los diferentes tribunales internacionales. En efecto, y como veremos con más detalle en las próximas líneas, *abogados académicos* han sido tenidos en cuenta ante Tribunales Penales Internacionales. También estos sujetos han sido designados como "Amicus" cuando el *demandado no tenía representación legal* (como en el caso "Milošević").¹⁸ En otras ocasiones, *individuos o instituciones* han podido ser tenidos como "Amici Curia" por su propia iniciativa, o simplemente han enviado un escrito al tribunal involucrado: *organizaciones no gubernamentales* en el campo de los Derechos Humanos, medio ambiente o desarrollo; *organizaciones empresariales*; *corporaciones*; *grupos religiosos*; *sindicatos*; *abogados académicos* y *Colegios de Abogados*. Diversas *organizaciones intergubernamentales* también han jugado un rol preponderante como "Amici Curia".¹⁹

Ya habiendo introducido nociones básicas del instituto del "Amicus" nos abocaremos, a continuación, a analizar su tratamiento y otras cuestiones relevantes que han sido puestas de manifiesto en las jurisdicciones internacionales –tanto en instrumentos jurídicos como en sentencias, laudos u opiniones consultivas– a la hora de utilizar este instituto.

16. SANDS, P. J. & MACKENZIE, R., *op. cit.*, p. 1 [traducción propia].

17. PALCHETTI, P., "Opening the International Court of Justice to Third States: intervention and beyond" en FROWEIN, J. A. & WOLFRUM, R. (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 6, número 1, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, p. 165 [traducción propia].

18. En las próximas líneas analizaremos este suceso con más detalle cuando nos volquemos al estudio de lo que sucede con el "Amicus" ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY).

19. SANDS, P. J. & MACKENZIE, R., *op. cit.*, p. 2 [traducción propia].

III. ANÁLISIS TRANSVERSAL DE LAS DIVERSAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES EN EL TRATAMIENTO Y PRÁCTICA DE LA HERRAMIENTA PROCESAL DEL "AMICUS CURIAE"

La CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ) es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas. Está compuesto por un cuerpo de magistrados o jueces y de un Secretario y organizado de forma tal que pueda funcionar de una manera permanente. En líneas generales, la CIJ posee una competencia contenciosa (resolver por medio de sentencias las disputas que le sometan los Estados) y una competencia consultiva (emitir dictámenes –u opiniones consultivas– en respuesta a una cuestión jurídica que le sea planteada por algunos sujetos de D.I.).

Ya refiriéndonos al tema que nos reúne, la propia CIJ ha ensayado una definición de los amigos del tribunal bastante singular: ha dicho que el "[Amicus Curiae] desarrolla una tarea de asistencia que reviste carácter objetivo".²⁰ En términos generales, podemos decir que es la Corte la que decide discrecionalmente, a la luz de las circunstancias del caso, si acepta o no escritos de esta naturaleza, aunque, según veremos en las próximas líneas, ha sido bastante reticente a la hora de aceptarlos. Se trata de una herramienta que "podría proveer de información útil para la Corte para la resolución de disputas en un caso determinado".²¹ Esta calidad no transforma en "partes" a quienes los presenten ni sus argumentos resultan vinculantes para la Corte. Este tipo de participación debería limitarse únicamente a la presentación de escritos en los cuales se expresen distintas visiones sobre cuestiones específicas.²²

Ahora bien, para un tratamiento adecuado de esta figura ante la CIJ, debemos diferenciar entre sus dos tipos de competencia:

- (i) Competencia contenciosa: si bien ni el Estatuto de la CIJ ni su Reglamento hacen referencia expresa a la participación como "Amicus" en los procedimientos contenciosos, el art. 34.2 del Estatuto dispone que la CIJ "podrá solicitar de organizaciones internacionales públicas información relativa a casos que se litiguen ante la Corte, y recibirá la información que dichas organizaciones envíen a iniciativa propia" mientras que el art. 69.4 del Reglamento especifica que una organización internacional pública es "una organización internacional de Estados", lo que en efecto excluye eventuales presentaciones que realizaren organizaciones no gubernamentales de lo que puede inferirse que las únicas

20. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA "Caso de la plataforma continental" (Túnez/Libia), sentencia sobre la solicitud de intervención realizada por Malta, del 14 de abril de 1981.

21. PALCHETTI, P., *op. cit.*, p. 170 [traducción propia].

22. *Ibid.*, pp. 165-6 [traducción propia].

legitimadas para proveer información a la CIJ son las organizaciones internacionales.

Palchetti identifica que el poder de la Corte para aceptar estos escritos se desprende de la facultad que tiene este Tribunal de adquirir información *motu proprio*.²³ Bartholomeusz nos aclara que, en los últimos tiempos, la CIJ ha aceptado la incorporación de escritos de amigos del tribunal en la biblioteca del Palacio de Paz.²⁴ En lo que respecta a la participación de organizaciones internacionales, en el "Caso del Incidente Aéreo del 3 de Julio de 1988" la CIJ invitó a la agencia de la ONU 'Organización de Aviación Civil Internacional (ICAO)' a suministrar cierta información relacionada en la materia.

En lo que se refiere a la participación de ONGs, en el 'Caso del Asilo' (1950)²⁵ la ONG 'Liga Internacional de los Derechos del Hombre (ILRM)' solicitó su participación, infructuosamente, basándose en el art. 34 del Estatuto, ya citado. La razón fundamental del rechazo fue que ILRM no era una "organización pública internacional". Lance Bartholomeusz expresa que "el art. 50 del Estatuto contiene una facultad potencial de la Corte para invitar a las ONGs a participar como "Amicus" en procedimientos contenciosos"²⁶ cuando dice que "la Corte podrá, en cualquier momento, comisionar a cualquier individuo, entidad, negociado, comisión u otro organismo que ella escoja, para que haga una investigación o emita un dictamen pericial".

La CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL (CPJI) tenía ese mismo poder ya que tenía vocación de recolectar visiones que excedían las expresadas por las partes. Fue lo que sucedió en el caso '*Competence of the ILO to Regulate Incidentally the Personal Work of the Employer*'²⁷ de 1926.

En lo que respecta a los Estados no parte como "Amici Curiae" la Corte ha tenido en cuenta sus argumentos, aunque de modo informal y de forma excepcional. A modo de ejemplo, en el caso '*Canal de Corfú*' –en el que el Reino Unido demandó a Albania–, la Corte aceptó, aunque sujeto a reservas, un comunicado de

23. *Ibid.*, p. 170 [traducción propia].

24. BARTHOLOMEUSZ, L., "The Amicus Curiae before International Courts and Tribunals" en *Non-State Actors and International Law*, Vol. 5, N° 3, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 225 [traducción propia].

25. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA "Caso del Asilo" (Colombia v Perú), sentencia del 20 de noviembre de 1950 (General List N° 7 (1949–1950)).

26. BARTHOLOMEUSZ, L., *op. cit.*, p. 215 [traducción propia].

27. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL "Competence of the ILO to Regulate Incidentally the Personal Work of the Employer", opinión consultiva del 23 de Julio de 1926 (PCIJ Series B N° 13)

Yugoslavia en el que objeta la sugerencia de Gran Bretaña de que los barcos yugoslavos habían colocado minas en el Canal”.

- (ii) Competencia consultiva: los instrumentos que rigen a la CIJ no disponen expresamente la participación de los “Amicus” en procedimientos consultivos. Sin embargo, el art. 66.2 del Estatuto dispone que el Secretario de la Corte:

notificará también (...) a todo Estado con derecho a comparecer ante la Corte, y a toda organización internacional que a juicio de la Corte, o de su Presidente si la Corte no estuviere reunida, **puedan suministrar alguna información sobre la cuestión**, que la Corte estará lista para **recibir exposiciones escritas** dentro del término que fijará el Presidente, o para oír en audiencia pública que se celebrará al efecto, exposiciones orales relativas a dicha cuestión [la negrita nos pertenece].

Como acertadamente lo ponen de manifiesto Sands y Mackenzie, y a diferencia de lo que sucede con la competencia contenciosa, “nada en el Reglamento limita la aplicación del art. 66.2 del Estatuto solo a ‘organizaciones internacionales de Estados’”.²⁸ No obstante lo auspicioso del tema, a la fecha, una sola vez la CIJ ha aceptado que la ONG ‘Liga Internacional de los Derechos Humanos (ILHR)’ suministre información, aunque finalmente no se presentó ningún escrito en ese caso.²⁹ Veinte años después, en una opinión consultiva de 1971, la CIJ,³⁰ volviendo sobre sus pasos, rechazó la posibilidad de que la misma ONG hiciese una presentación en tal carácter.³¹ En un caso más reciente, en 1996, la ONG ‘International Physicians for the Prevention of Nuclear War (IPPNW)’ envió un escrito de “Amicus” a la CIJ que tampoco fue admitido.³² “Los individuos ‘no afiliados’ nunca han sido bienvenidos, aún si sus intereses directos forman parte de la materia objeto del procedimiento ante la Corte”.³³

28. SANDS, P. J. & MACKENZIE, R., *op. cit.*, p. 3 [traducción propia].

29. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA “Situación Jurídica Internacional del África Sudoccidental” (África Sudoccidental/Namibia), opinión consultiva del 11 de julio de 1950.

30. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA “Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental) a pesar de lo dispuesto en la resolución 276 (1970)” (África Sudoccidental/Namibia), opinión consultiva del 21 de junio de 1971.

31. PROJECT ON INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS (PICT) consultado en [http://www.pict-pcti.org/matrix/discussion/icj/icj_amicus.htm] el 13-11-2012.

32. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA “Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados”, opinión consultiva del 8 de julio de 1996.

33. BARTHOLOMEUSZ, L., *op. cit.*, p. 212 [traducción propia].

Debemos decir que en 2004 la CIJ adoptó una nueva Directiva (la N° 12) en la cual indica que los escritos y documentos suministrados por una organización internacional no gubernamental en procedimientos consultivos no tendrá por efecto considerarlos como "parte del expediente" pero que pueden ser "referidos a los Estados u organizaciones intergubernamentales para que presenten escritos o declaraciones orales".³⁴ Como sostiene Paolo Palchetti, "la participación de Amicus Curiae no afecta el principio de jurisdicción consensuada o la igualdad entre los Estados cuando no son tenidos como Parte en estos procesos (...)",³⁵ cuestión que, creemos, es un tema apasionante que debería ser analizado con mayor detenimiento en futuros trabajos.

En lo que refiere al accionar de organizaciones intergubernamentales en procedimientos consultivos ante la CIJ, éstas han proporcionado información en varios de ellos, en algunas ocasiones de forma escrita y en otras mediante la modalidad oral.³⁶

En lo que respecta a los tribunales penales internacionales, observamos una mayor tendencia a la aceptación de este tipo de escritos.

La CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI) es un tribunal de justicia internacional permanente cuya misión es juzgar a las personas que han cometido crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad así como también los crímenes de agresión, de reciente definición. Se trata del primer tribunal penal internacional permanente creado por el Estatuto de Roma de 1998 y cuya entrada en vigencia data del año 2002.

En las "Reglas de Procedimiento y Prueba" de la CPI, se prevé en su art. 103.1 la posibilidad de presentar "Amicus" –tanto en la Sala de Primera Instancia como en la Sala de Apelaciones– aunque sin utilizar esta terminología: "La Sala, si lo considera conveniente para una determinación adecuada de la causa, podrá en cualquier etapa del procedimiento invitar o autorizar a un Estado, a una organización o a una persona a que presente, por escrito u oralmente, observaciones acerca de cualquier cuestión que la Sala considere procedente".³⁷ A partir de dichas observaciones, el Fiscal y la Defensa del acusado tendrán la oportunidad de responderlas. Tal procedimiento es también aplicable a los casos en etapa de apelación, conforme

34. SANDS, P. J. & MACKENZIE, R., *op. cit.*, p. 3 [traducción propia].

35. PALCHETTI, P., *op. cit.*, p. 168 [traducción propia]. Tener en cuenta que este autor circunscribe su análisis de la figura del "Amicus Curiae" únicamente como una potestad que tienen los Estados ante la CIJ.

36. SANDS, P. J. & MACKENZIE, R., *op. cit.*, p. 3 [traducción propia].

37. REGLAS DE PROCEDIMIENTO Y PRUEBA (Nueva York), 13 a 31 de marzo de 2000 y 12 a 30 de junio de 2000 [U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000)].

lo reza el art. 149 del mismo cuerpo normativo.³⁸ En suma, vemos aquí una amplia legitimación activa para presentar estos escritos.³⁹ Podrán hacerlo: un Estado, una organización o una persona. En la práctica han participado ONGs, asociaciones o grupos de juristas⁴⁰ y los propios Estados, como Uganda en el caso 'Kony y otros'.⁴¹

A su vez, es de destacar que el objeto de este tipo de presentaciones también es amplio, puesto que puede tratarse de "observaciones acerca de cualquier cuestión que la Sala considere procedente". De la práctica de la CPI este tipo de participación puede instarse por propia iniciativa de los interesados o a través de una invitación que el propio órgano jurisdiccional formule. "Su vinculación con una 'causa' pendiente ante la CPI resulta un requisito necesario para admitirla".⁴²

La razón de ser de la aceptación de este instituto, como sugieren varios autores, puede vislumbrarse a la luz del "principio de utilidad".⁴³ En los casos 'Bemba',⁴⁴ 'Kony y otros'⁴⁵ y 'Lubanga',⁴⁶ las Salas competentes que resolvieron la admisión de varios 'Amicus' exigieron que la información aportada por éstos fuera útil y adecuada. En el último de los casos citados, la Sala entendió que los escritos presentados por la 'International Criminal Bar' "podrían conducir a la Cámara de Apelaciones a una resolución adecuada del caso".⁴⁷

Resulta interesante comparar la utilización de esta figura en relación con otros tribunales internacionales "en la incipiente práctica de la CPI, pues a resultas tanto de su carácter permanente como de su amplia competencia *rationae personae* y *materiae*, esta organización internacional está llamada a liderar la lucha contra los

38. SANDS, P. J. & MACKENZIE, R., *op cit.*, p. 3.

39. Si se los compara con los Estatutos de los tribunales penales internacionales "ad hoc", por ejemplo.

40. WILLIAMS, S. J. & WOOLAVER, H., "The Role for the *Amicus Curiae* before International Criminal Tribunals" en *International Criminal Law Review*, Vol. 6, Nº 2, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 152-156.

41. CORTE PENAL INTERNACIONAL "Fiscalía v Joseph Kony y otros", decisión del 10 de noviembre de 2008 (ICC-02/04-01/05-342).

42. PASCUAL VIVES, F. J., "The development of the *Amicus Curiae* before International Tribunals" en RAYO, Andreu O. (dir.), *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 21, Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, 2011, p. 27.

43. *Ibid.*, p. 28.

44. CORTE PENAL INTERNACIONAL "Fiscalía v Jean Pierre Bemba", decisión del 17 de julio de 2009 (ICC-01-05-01/08-451).

45. CORTE PENAL INTERNACIONAL "Fiscalía v Joseph Kony y otros", decisión del 10 de noviembre de 2008 (ICC-02/04-01/05-342).

46. CORTE PENAL INTERNACIONAL "Fiscalía v Thomas Lubanga", decisión del 22 de abril de 2008 (ICC-01/04-01/06-1289).

47. [traducción propia].

crímenes más graves de trascendencia internacional".⁴⁸ De allí que podamos inferir un mayor interés en la participación de los individuos en cuestiones que trascienden significativamente las fronteras de un Estado dado.

Otro principio utilizado es el de "celeridad", y así lo ha confirmado la CPI cuando afirmó que: "(...) la conveniencia y oportunidad de conceder presentaciones con fundamento al art. 109 debe ser evaluada junto con el deber de la Cámara de asegurar la agilización de los procedimientos como un principio fundamental de su imparcialidad".⁴⁹

PASCUAL VIVES considera que la CPI "ha adoptado una posición restrictiva a la hora de interpretar el art. 103 y las condiciones para la admisión de los escritos de 'Amicus Curiae'" y el motivo puede ser hallado en "varios factores basados en el propio funcionamiento interno de la CPI".⁵⁰ En suma, la CPI aceptará este tipo de escritos si éstos se adecuan a los principios de utilidad, conveniencia, adecuación y celeridad. Una vez más vemos cómo la aceptación o rechazo del "Amicus" se basa en el poder discrecional del órgano jurisdiccional internacional de que se trate.

Otro de los tribunales penales internacionales, aunque no permanente, es el TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA (TPIY). Desde la adopción de sus "Reglas de Procedimiento y Prueba" (las "Reglas") el 11 de febrero de 1994, el TPIY tiene el poder explícito de designar "Amicus Curiae". Reza su art. 74: "Una Cámara puede, si lo considera pertinente para una adecuada resolución del caso, invitar o permitir a un Estado, organización o persona a presentarse ante ésta y realizar observaciones sobre cualquier punto especificado por la Cámara".⁵¹ "El primer escrito de 'Amicus Curiae' se presentó en el caso 'Tadić'".^{52,53} En otras ocasiones, el propio Tribunal ha invitado a la presentación de estos escritos, como sucedió en el caso 'Blaskić'.⁵⁴ En el caso 'Milošević',⁵⁵ como adelantábamos al principio de estas líneas, la Cámara de Apelaciones del Tribunal dispuso el nombramiento de tres "Amicus" con el objeto de que asistan a una adecuada resolución del caso dado

48. PASCUAL VIVES, F. J., *op. cit.*, p. 25.

49. CORTE PENAL INTERNACIONAL "Fiscalía v Joseph Kony y otros", decisión del 10 de noviembre de 2008 (ICC-02/04-01/05-342), p. 5.

50. PASCUAL VIVES, F. J., *op. cit.*, p. 29.

51. [traducción propia].

52. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA "Fiscalía v Dusko Tadić", decisión del 15 de julio de 1999 (CC/PIO/190-E).

53. SANDS, P. J. & MACKENZIE, R., *op. cit.*, p. 3 [traducción propia].

54. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA "Fiscalía v. Tihomir Blaskić", Trial Judgement, decisión del 3 de marzo de 2000 (IT-95-14-T).

55. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA "Fiscalía v Slobodan Milošević", decisión del 16 de diciembre de 2003 (Case No. IT-02-54-T).

que el acusado no tenía una adecuada representación letrada. "Dicha participación, investida formalmente bajo la figura del "Amicus Curiae", se estableció como una suerte de ficción jurídica con el propósito de garantizar la tutela judicial efectiva del acusado".⁵⁶ Advierte Bartholomeusz que, en ese caso, el TPIY "ha borroneado la línea que separa a un 'Amicus Curiae' de una parte" puesto que le ha dado a los 'Amicus Curiae' "una capacidad legal similar a la de las partes sin explicar el fundamento de tal facultad".⁵⁷

Tanto el TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA (TPIR) como el TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA (TESL) poseen un idéntico tratamiento al previsto en las "Reglas de Procedimiento y Prueba" del TPIY en su art. 74, al que referenciamos para no sobreabundar en la cuestión, pero cuyas adopciones ocurrieron con fecha 29 de junio de 1995 y el 16 de enero de 2002 (enmendada el 14 de mayo de 2005), respectivamente.

Tanto la TPIY como la TPIR han utilizado la figura de los "Amici" particularmente en los procedimientos de remisión ("deferral proceedings"); cuando cuestiones significativas para el D. I. son llevadas a juicio (tanto en primera instancia como en apelación); para asegurar un juicio justo, por ejemplo cuando el demandado se defiende a sí mismo; ante el incumplimiento de un arresto ("failure to execute a warrant").⁵⁸ Trataremos solo algunas de estas acciones, para no convertir este trabajo en un mar de citas innecesarias y que solo pretende, principalmente, dar cuenta de la existencia o no de esta figura procesal en los distintos órganos jurisdiccionales.

Como decíamos, el TPIY y el TPIR han requerido a los Estados, formalmente, que sus tribunales internos difieran un caso a la jurisdicción de estos Tribunales (art. 10 de ambas "Reglas"). "Ha sido común que en la práctica los Estados participen como 'Amicus Curiae' durante las audiencias en que se realiza tal petición".⁵⁹ El autor citado nos trae como ejemplos los siguientes: ante el TPIY, en el caso 'Tadić',⁶⁰ cuando la República Federal de Alemania actuó en calidad de "Amicus" en una de estas acciones de prórroga de jurisdicción; la República de Bosnia y Herzegovina ha hecho lo propio en los casos 'Bosnian Serb Leadership' (Karadžić, Mladić y Stanišić) y 'Lašva River Valley'; y la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) ha actuado en tal calidad en el caso 'Erdemović' y lo mismo ha hecho el abogado de la defensa.

56. PASCUAL VIVES, F. J., *op. cit.*, p. 21.

57. BARTHOLOMEUSZ, L., *op. cit.*, p. 248 [traducción propia].

58. *Ibid.*, p. 243 [traducción propia]. Art. 61 de las "Reglas" de ambos Tribunales.

59. *Ibid.*, pp. 243-244 [traducción propia].

60. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA "Fiscalía v Dusko Tadić", decisión del 15 de julio de 1999 (CC/PIO/190-E).

Ante el incumplimiento de una orden, nos dice el autor citado,⁶¹ el TPIY ha sido más renuente a la hora de aceptar este tipo de presentaciones. En el caso *'Karadžić y Mladić (bajo el art. 61)'*, el Tribunal invitó a un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y a un miembro de la Comisión de Expertos establecida por el Consejo de Seguridad en 1992, a tales efectos. En el mismo caso, la Cámara de Apelaciones rechazó un pedido de la ONG *'Human Rights Watch (HRW)'* para poder presentar un escrito de "Amicus".

En suma, de la lectura del art. 74 aplicable a los tres Tribunales, se permite expresamente, previa autorización del órgano jurisdiccional correspondiente, la intervención en el procedimiento en tal calidad, no solo de terceros Estados sino que también de los particulares, lo que incluye, dada la naturaleza de estos tribunales, a las ONGs especializadas en la protección de los Derechos Humanos y la cooperación internacional para el desarrollo.⁶² Se trata de un poder discrecional de estos tribunales, que, como ha puesto de manifiesto el TESL, se desprende del principio de utilidad que deben comprender estas presentaciones. Así, en el caso *'Cesay y otros'* dijo este tribunal que:

La adecuada resolución del caso implica para la Corte, simplemente, arribar a la decisión que más concuerda con la justicia (...) No podemos ser asistidos por un abogado externo proveído por su propia organización con un legítimo interés en la cuestión desarrollada en nuestras audiencias. La cuestión es si es deseable recibir esa asistencia y «deseable» no significa «esencial» (que sería demasiado restrictivo), ni tampoco tiene un sentido amplio, es decir, implicando ello ser "conveniente" o "interesante". La discreción se ejercerá en favor de una aplicación donde hay una razón real para creer en esa presentación escrita, o tal presentación suplantada por otra de forma verbal, lo que ayudará al Tribunal a llegar a la decisión correcta sobre el tema que se le plantea.⁶³

En el mismo sentido, se ha pronunciado el TPIY en el caso *'Tadić'*,⁶⁴ realzan-do que presentaciones de este tipo deben cumplir con el requisito de la "necesaria utilidad".

La "buena administración de justicia" es otro de los propósitos que persiguen estos tribunales a la hora de aceptar o rechazar tales presentaciones. Así lo ha dejado

61. BARTHOLOMEUSZ, L., *op. cit.*, p. 244 [traducción propia].

62. PASCUAL VIVES, F. J., *op. cit.*, p. 17.

63. TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA "Fiscalía v Issa Hassan Sesay", decisión del 1º de noviembre de 2003 (CESL, Caso N° SCSL-2003-07), párr. 5 [traducción propia].

64. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA "Fiscalía v Dusko Tadić", decisión del 15 de julio de 1999 (CC/PIO/190-E).

de manifiesto, conforme el autor citado,⁶⁵ el TPIR en el caso 'Musema'".⁶⁶ A su vez, tal intervención deberá responder a un "interés general",⁶⁷ como lo ha hecho notar el TESL contundentemente (caso 'Brima y otros').⁶⁸

Hasta el año 2009, Sands y Mackenzie nos indican que en tres casos ha habido presentaciones para ser tenidos como "Amici" ante el TESL. Estos fueron los casos 'Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao', 'Sam Hinga Norman' y 'Charles Ghankay Taylor'.⁶⁹

Otra de las preguntas que podría formularse es si los escritos de "Amici" deben ser totalmente "imparciales". "Mientras que el TPIR sostiene que un 'Amicus' no debe ser completamente imparcial, el TPIY estipula que existen ciertas limitaciones, incluso si el 'Amicus' presenta argumentos relevantes para la defensa del acusado".⁷⁰ Tanto el TPIY como el TPIR han tenido una práctica fructuosa en materia de "Amicus" y debido a esta práctica "han tenido más ocasiones para especificar la naturaleza jurídica y el rol apropiado de los "Amici" en relación con otros tribunales internacionales.⁷¹

Hasta aquí venimos observando que este instituto procesal se ha caracterizado por presentar mayor flexibilidad en el marco de tribunales internacionales que protegen Derechos Humanos y juzgan los crímenes internacionales más graves, como es el caso de la CPI, y los creados para proteger intereses de carácter humanitario y otros, como el caso de los tribunales creados *ad hoc*. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), el TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH), la CORTE AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS (CORTE ADHP) y la COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS (CADHP), como órganos de protección de los Derechos Humanos a nivel regional, no han escapado a esta realidad.

Si bien ya habíamos ensayado una definición de "Amicus Curiae" en los párrafos que anteceden, resulta harto interesante transcribir la definición que la propia CORTE IDH le ha dado a este instituto en su Reglamento:

65. PASCUAL VIVES, F. J., *op. cit.*, p. 18.

66. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA "Fiscalía c. Alfred Musema", decisión del 12 de marzo de 1999 (ICTR-96-13-T), párr. 13.

67. PASCUAL VIVES, F. J., *op. cit.*, p. 20.

68. TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA "Fiscalía c. Alex Tamba Brima, Ibrahim Bazy Kamara y Santigie Borbor Kanu", decisión del 20 de mayo de 2005 (SCSL-04-15-T).

69. SANDS, P. J. & MACKENZIE, R., *op. cit.*, p. 4 [traducción propia].

70. BARTHOLOMEUSZ, L., *op. cit.*, p. 252 [traducción propia].

71. *Ibid.*, p. 253 [traducción propia].

la expresión "Amicus Curiae" significa la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia.⁷²

Sin ser un erudito en la materia, podemos observar que a simple vista, para la Corte IDH, la presentación de escritos de esta naturaleza se extiende tanto a argumentos de tipo fáctico como jurídico, ya sea de forma escrita o verbal, en una audiencia. En la "Opinión Consultiva del Art. 55 de la CADH", la Corte IDH ahondó más detalladamente sobre el rol que cumplen los "Amici" en el sistema de protección de los Derechos Humanos a nivel regional: "(...) a través de la exposición de razonamientos en torno a hechos de casos concretos, consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso y otras temáticas específicas".⁷³ Por otro lado el Reglamento referenciado estipula ciertos requisitos que deben cumplir este tipo de presentaciones,⁷⁴ al que referimos.

Una vez más, es el Tribunal el que invita o autoriza a los individuos para que intervengan en el procedimiento sin otorgarles el estado de "partes procesales". Así lo estableció la Corte IDH en el caso '*Loayza Tamayo*'.⁷⁵ En ese caso, entre 1995 y 1996, la 'Fundación Ecueménica para el Desarrollo y la Paz (FEDEPAZ)' y el señor Nicolás de Piérola Balta se habían presentado como "Amici". Ante la solicitud de Perú para que se declarasen inadmisibles tales presentaciones, la Corte, demostrando su poder discrecional, dijo que "este tipo de documentos se agregan al expediente respectivo sin integrarse formalmente a los autos de la causa" y que "en su oportunidad, la Corte daría a estos documentos el valor que estimase pertinente".

Un mayor grado de docilidad a la hora de aceptación de estos escritos pudo observarse en el caso '*Azevedo Jaramillo*':⁷⁶ la Defensoría del Pueblo de Perú y el Procurador Público de la Municipalidad Metropolitana de Lima se presentaron en calidad de "Amici". Cabe destacar que, aún cuando la CIDH pidió el rechazo del segundo "dado que se trata del órgano al cual se le imputa el incumplimiento de las

72. REGLAMENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (art. 2.3), Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

73. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS "Opinión Consultiva del Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", opinión consultiva de fecha 29 de septiembre de 2009 (*Serie A, OC-20/09*).

74. REGLAMENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (art. 2.3), Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009, arts. 28 y 44.

75. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS "Caso Loayza Tamayo Vs. Perú", sentencia del 17 de septiembre de 1997 (*Serie C, N° 33*).

76. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS "Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú", sentencia del 7 de febrero de 2006 (*Serie C, N° 144*).

sentencias (...)", la Corte IDH la aceptó "por cuanto sus anexos contienen información útil y relevante sobre los hechos del presente caso".⁷⁷

Otro caso paradigmático fue el de la 'Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua',⁷⁸ en el que las ONGs 'The International Human Rights Law Group (IHRLG)' y 'The Center for International Environmental Law (CIEL)', de Derechos Humanos y medio ambiente, respectivamente, solicitaron ser tenidas como "Amici" en 1999. También se presentaron, en igual sentido, entre otros, la 'Organización de Síndicos Indígenas del Caribe Nicaragüense (OSICAN)', el Sr. Eduardo Conrado Poveda y la organización 'Assembly of First Nations (AFN)'. Más allá del número considerable de presentaciones de este estilo resulta imperioso reconocer que la sentencia favorable a la actora refleja los argumentos esgrimidos en las presentaciones de los "Amici Curiae" referenciados particularmente en las referidas al impacto de cuestiones medioambientales en el ejercicio de los Derechos Humanos.

La CIDH en raras ocasiones ha aceptado la presentación de escritos de esta naturaleza y, desde el año 2000, seis han sido los "Amici Curiae" participantes ante ella.⁷⁹ A modo de ejemplo, en el caso 'Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c/ Estado de la República Argentina', el 'Centro de Derechos Humanos (CEDHA)' y el CIEL también presentaron sus escritos en calidad de "Amici" con el objeto de que se tomaran medidas precautorias tendientes a proteger a esta comunidad aborigen hasta tanto se resolviese la cuestión de fondo.⁸⁰

Otro caso similar fue el de 'Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores vs. México'. Ese mismo caso luego fue llevado a la Corte IDH donde se recibieron nada menos que doce presentaciones de "Amici", entre las que cabe resaltar las de la 'Clínica de Derechos Humanos del Programa de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard', la 'Clínica de Derechos Humanos de la Universidad de Texas', las de diversos profesores de institutos y defensores de Derechos Humanos y del medio ambiente, entre otros.

Por su lado "en la Corte IDH encontramos treinta y siete casos de presentación de 'Amicus' en los procesos de tipo contencioso, dos en los de tipo de medidas provisionales, y cuatro en las opiniones consultivas que se le requieren".⁸¹ Este número aumentó considerablemente en los últimos años, tal como lo hemos notado con anterioridad.

77. PASCUAL VIVES, F. J., *op. cit.*, p. 19.

78. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS "Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua", sentencia del 31 de agosto de 2001.

79. SANDS, P. J. & MACKENZIE, Ruth, *op. cit.*, pp. 4-5 [traducción propia].

80. CAMPANA, M. N., *op. cit.*, p. 129.

81. Relevamiento al 01-01-2008.

El TEDH es un órgano jurisdiccional de carácter permanente que tiene competencia para ejercer tanto una función contenciosa como consultiva, siempre en relación con el Convenio de 1950 y sus Protocolos Adicionales. Fue establecida por la "Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales" de 1950 y creada en 1959.⁸²

Como antecedentes a la normativa vigente para el TEDH, podemos citar algunos casos que nos trae a colación Palchetti:⁸³ en *'Winterwerp v. Países Bajos'*, el Gobierno del Reino Unido solicitó al TEDH el permiso para presentar un escrito en interpretación de ciertas disposiciones de la Convención. Como fundamento, el Gobierno se basó en el art. 38.1 del Reglamento (de 1959), por medio del cual el TEDH podía, *motu proprio*, "escuchar a un testigo o experto o cualquiera otra persona especializada cuya evidencia o argumentos pueden ser de utilidad para la prosecución del caso". El TEDH rechazó su pedido.

En *'Young, James and Webster'* el TEDH permitió un pedido de este tipo solicitado por el "Trade Union Congress", en fundamento al art. 38.1, para formular observaciones de hecho sobre la cuestión debatida.

Posteriormente la Corte decidió modificar su Reglamento con el fin de insertar una nueva norma que previera expresamente un tipo de procedimiento "Amicus". Así, mientras que la Convención de 1950 no preveía de forma explícita la participación como "Amicus", lo cierto es que, a partir de su modificación por el Protocolo N° 11 (de 1998), se estableció en su art. 36.2 que:

En interés de la buena administración de la justicia, el Presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista.

Tal como lo hemos aclarado en las primeras líneas de este trabajo, se trata de la recepción de la figura del "*Amicus Curiae*" aunque sin utilizar esa misma locución. Una vez más identificamos algunas características que venimos observando en los tribunales estudiados: (i) la discrecionalidad del Tribunal a la hora de invitar a participar como "Amici", (ii) el principio de "buena administración de justicia" que justifica tal participación, (iii) la amplitud de la legitimación para hacerlo, y (iv) la forma escrita de las presentaciones o la toma de su vista. Tanto Sands y Mackenzie⁸⁴ como Bartholomeusz⁸⁵ señalan que el nuevo art. 44 del Reglamento del TEDH

82. BARTHOLOMEUSZ, L., *op. cit.*, pp. 232-233 [traducción propia].

83. PALCHETTI, P., *op. cit.*, pp. 170-171 [traducción propia].

84. SANDS, P. J. & MACKENZIE, R., *op. cit.*, p. 4 [traducción propia].

85. BARTHOLOMEUSZ, L., *op. cit.*, p. 234 [traducción propia].

(titulado "Third-party Intevention") es el que trata la figura del "Amicus". Amplía lo previsto en el art. 36.2 ya citado, estableciendo, entre otras cuestiones: plazos para las presentaciones, las formalidades requeridas y el derecho de las partes para poder responder estos escritos. Hay que tener en cuenta que cuando analizamos esta figura procesal no hay que olvidar que el individuo, ante el TEDH, puede enfrentarse de forma directa contra el Estado⁸⁶ por lo que la participación de éstos (como así de distintas ONGs) se encuentra más que aceptada. Para concluir este apartado, debemos decir que "la experiencia de la Corte IDH, en relación con la participación como "Amicus Curiae", es muy similar a la del TEDH"⁸⁷.

Sin pretender explayarnos demasiado, debemos decir que, en lo que respecta a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CORTE ADHP) y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), el art. 46 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (de 1981) habilita a la CADHP a "recurrir a cualquier método de investigación apropiado; puede apelar al secretario general de la Organización para la Unidad Africana o a cualquier otra persona capaz de informarla" –de lo que puede inferirse la posibilidad de actuar en calidad de "Amicus"–, mientras que el Protocolo de la Carta Africana, que establece la Corte ADHP, no especifica explícitamente la posibilidad de presentar escritos de esta naturaleza.

El TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (TJCE) "es una Institución de la Unión Europea que cumple la función de órgano de control del Derecho comunitario europeo, y que se caracteriza por su naturaleza judicial y supranacional"⁸⁸. Como nos señala el autor citado, al brindarnos algunos ejemplos de casos donde se han interpuesto ante el TJSCE escritos de "Amicus"⁸⁹:

En materia de 'Amicus' este Tribunal ha admitido su participación en varios casos, aunque solo son permitidos en algunos tipos de procedimientos: en aquellos donde se tratan cuestiones prejudiciales o disputas entre dos Estados, dos instituciones europeas o un Estado y una Institución europea. Además, el tercero ajeno que se presenta como 'Amicus' debe tener interés en el resultado de la contienda en la que presenta sus escritos, debiéndolo demostrar de una manera directa, concreta y específica, y limitándose a respaldar los escritos de alguna de las partes.⁹⁰

86. Punto interesante si se lo compara con otros tribunales internacionales en los cuales el individuo no ha adquirido –aún– tal legitimación.

87. PALCHETTI, P., *op. cit.*, p. 172 [traducción propia].

88. CAMPANA, M. N., *op. cit.*, pp. 119-120.

89. Por ejemplo, en "Nationale des Producteurs de Fruits et Legumes v. Council" –1962, 1973 y 1989–; "Nationale des Producteurs de Fruits et Legumes v. Council" –1982–; entre otros.

90. CAMPANA, M. N., *op. cit.*, p. 120.

El TRIBUNAL INTERNACIONAL DE DERECHO DEL MAR (ITLOS, por sus siglas en inglés) fue establecido por la "Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar" (conocida como "CONVEMAR", aprobada en Nueva York en el año 1982). Comenzó sus funciones en 1996. Se trata de un cuerpo judicial independiente para la resolución de controversias en cuestiones relativas a la interpretación y aplicación de la CONVEMAR y prevé cuatro mecanismos para la solución de controversias. Tanto su Estatuto como su Reglamento rigen el funcionamiento del ITLOS y de sus Salas.⁹¹

La participación de terceros ante este órgano jurisdiccional está prevista de forma similar a la vigente para la CIJ, a donde remitimos para hacer honor a la brevedad. Debemos, sin embargo, formular algunas especificidades que merecen ser destacadas: en los procedimientos contenciosos los Estados participan como "Amicus Curiae" en circunstancias bastante similares a las previstas en la CIJ. No obstante ello, debemos decir que ni el Estatuto ni el Reglamento receptan expresamente su figura. Ahora bien, BARTHOLOMEUSZ nos dice que "antes de considerar si existen disposiciones que permitan la participación como 'Amicus' en las acciones ante el ITLOS, debemos tener en cuenta el contexto en que se da tal participación. Al permitir el 'acceso al Tribunal', el Estatuto del ITLOS prevé que el Tribunal estará abierto a los 'Estados Parte' y a otras entidades 'en cualquier caso previstas en la Parte XI' o en cualquier otro caso donde todas las partes estén de acuerdo". No obstante ello, señala el mismo autor, "el Tribunal fue concebido como un cuerpo orientado a los Estados. Los debates en torno al acceso de entidades distintas de los Estados nunca tuvieron en cuenta el acceso de las ONGs o de individuos al Tribunal".⁹²

En resumidas cuentas, en los procedimientos contenciosos, el tratamiento del ITLOS es similar al de la CIJ. Conforme lo señala Bartholomeusz y según surge del art. 34 del Estatuto, cuando un "Estado Parte considera que tiene un interés de orden jurídico que pueda ser afectado por la decisión del Tribunal, podrá solicitar del Tribunal que le permita intervenir en el proceso".

El Tribunal también puede requerir o permitir a una organización intergubernamental brindar información relevante ya sea de forma oral u escrita (art. 84 de sus "Reglas del Tribunal").⁹³

En suma, tanto en los procedimientos contenciosos ante el Tribunal como ante la Sala de Controversias de los Fondos Marinos, el procedimiento previsto de esta

91. Las Salas se denominan: "Sala de Controversias de los Fondos Marinos"; "Sala de Procedimiento Sumario"; "Sala de Controversias de Pesquerías" y "Sala de Controversias del Medio Marino".

92. BARTHOLOMEUSZ, L., *op. cit.*, p. 227 [traducción propia].

93. Además, las organizaciones intergubernamentales tienen el derecho de brindar información cuando el caso se relacione con su instrumento constitutivo.

naturaleza es el mismo (...). El art. 84 de las "Reglas" es una elaboración y refinamiento del art. 34.2 y 34.3 del Estatuto de la CIJ.⁹⁴

En lo que respecta a los procedimientos consultivos la Sala de Controversias de los Fondos Marinos puede requerir información de organizaciones intergubernamentales, criterio que se basa en el art. 133 de las "Reglas del Tribunal". Una vez más el art. 133 se encuentra inspirado por el art. 66 del Estatuto de la CIJ.⁹⁵

EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI, en sus siglas en español) es una institución del Grupo del Banco Mundial, especialmente diseñada para propiciar la solución de disputas entre gobiernos y nacionales de otros Estados, en materia de inversiones recíprocas. El CIADI posee dos medios de solución de controversias: los tribunales arbitrales del CIADI, que son siempre "ad hoc" (método jurisdiccional) y los métodos de conciliación (diplomáticos o políticos).

Previo a las reformas que veremos a continuación debemos decir que dos tribunales arbitrales del CIADI, en los casos '*Aguas Argentinas SA c. República Argentina*' y '*Aguas Provinciales de Santa Fe SA v República Argentina*', determinaron que éstos tenían la facultad de admitir escritos de "Amici" de personas no partes en casos determinados.⁹⁶ Dos de los fundamentos utilizados fueron el de "interés general" y el de "interés público" ya que, tal como sus carátulas lo sugieren, el interés comprometido era el suministro de agua (servicio público).⁹⁷ La parte actora se opuso a tales presentaciones mientras que el Estado argentino las aceptó. Otro de los argumentos que utilizó el Tribunal para justificar tal participación fue la "transparencia". A su vez requirió de los "Amicus" los requisitos de "imparcialidad" y "conocimiento en la materia".⁹⁸

Si bien el procedimiento ante estos tribunales se encuentra regido, actualmente, por el "Convenio CIADI",⁹⁹ con posterioridad a estos casos hay que decir también que éste se vio sustancialmente modificado debido a las reformas introducidas en las "Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del

94. BARTHOLOMEUSZ, L., *op. cit.*, p. 288 [traducción propia]. Recordemos, según hemos visto con anterioridad, la definición de "organización internacional".

95. *Ibid.*, p. 230 [traducción propia].

96. SANDS, P. J. & MACKENZIE, R., *op. cit.*, p. 6 [traducción propia].

97. Cinco fueron los escritos de "Amici" presentados en el primer caso [la 'Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ)', el 'Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)', el CIEL, 'Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria', y 'Unión de Usuarios y Consumidores'] argumentando que el caso involucraba cuestiones de interés público básico y derechos fundamentales de los residentes de la zona afectada por la diferencia en este caso.

98. BARTHOLOMEUSZ, L., *op. cit.*, p. 271 [traducción propia].

99. CONVENIO CIADI, SUS REGLAS Y REGLAMENTO (Washington, 2005).

CIADI", particularmente su art. 37¹⁰⁰ y en el "Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario)", especialmente su art. 41.3,¹⁰¹ los que proveen de reglas específicas en lo concerniente a presentaciones escritas de "partes no contendientes". De conformidad con su Reglamento, el Tribunal podrá permitir que una persona o entidad que no es parte en la disputa presente un escrito con respecto al asunto objeto de la controversia, previa consulta a ambas partes.

Existieron otros casos en los cuales diversos tribunales arbitrales del CIADI han rechazado o aceptado escritos de esta naturaleza y motivados en diferentes elementos. Por cuestiones de brevedad remitimos a las fuentes consultadas en este trabajo.

La ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC, por sus siglas en español), establecida en 1995, administra los acuerdos comerciales negociados por sus miembros: en concreto el "Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles" (GATT, por sus siglas), el "Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios" (GATS, por sus siglas) y el "Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio" (TRIPs, por sus siglas)". Entre otras funciones, administra los procedimientos de solución de diferencias (disputas entre Estados), los cuales se encuentran regidos por el "Entendimiento Relativo a las normas y procedimientos por lo que se rige la solución de controversias". El sistema previsto ha creado dos órganos principales en la materia: el "Órgano de Solución de Diferencias" (OSD), paneles "ad hoc" (encargados de actuar en el ámbito de la solución de controversias y de velar por la aplicación de las normas de la Organización) y el "Órgano Permanente de Apelación" (que juzga en segunda instancia si los informes de los paneles son ajustados a Derecho).

La participación como "Amicus" en los procedimientos ante ambos órganos ha sido "el más controversial y sensible".¹⁰² La utilización de esta herramienta ha

100. "Si el Tribunal considerase necesario visitar cualquier lugar relacionado con la diferencia o llevar a cabo indagaciones en ese lugar, dictará una resolución al efecto. La resolución definirá el alcance de la visita o el objeto de las indagaciones, el plazo, el procedimiento que se deberá seguir y los demás detalles. Las partes podrán participar en toda visita o indagaciones".

101. "Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en este artículo, "parte no contendiente") que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si permite dicha presentación, el Tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida: (a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia; (b) la presentación de la parte no contendiente se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia; (c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento".

102 BARTHOLOMEUSZ, L., *op. cit.*, p. 254.

sido apoyada por un Presidente de Estados Unidos,¹⁰³ por diversas ONGs y por protestantes "anti-globalización" y como contrapartida, ha recibido duras críticas y condenas por parte de los Estados.¹⁰⁴

Sands y Mackenzie realizan un breve pero esclarecedor relevamiento de los casos más resonantes en la materia.¹⁰⁵ De conformidad con el criterio adoptado por el Órgano de Apelación en el caso 'US-Shrimp', los paneles tienen la autoridad para aceptar y considerar escritos de "Amicus" con fundamento en los arts. 12 y 13 del "Entendimiento Relativo a las normas y procedimientos por lo que se rige la solución de controversias".

El primer intento de presentación de un escrito análogo ocurrió en los casos 'US-Gasoline' y 'EC-Hormones'. Sin embargo, los paneles no los tuvieron en cuenta a la hora de resolver las disputas.

Fue recién en 1998, en el caso 'US-Shrimp' (el caso de los "Camarones"), cuando el Órgano de Apelación revirtió, como decíamos, la tendencia de los paneles a no aceptar estos escritos. Estableció así que los "Amicus" debían ser aceptados y anexados en el expediente de una disputa determinada, con fundamento a los arts. 12 y 13 aludidos.

En 2000, en el caso 'Australia: Measures Affecting Importation of Salmon—Recourse to Article 21.5 by Canada' un panel admitió escritos de "Amici" con fundamento a la regla establecida en 'US-Shrimp'. Hasta junio de 2006 se han aceptado estos escritos, ante los paneles, en trece procedimientos.

Sands y Mackenzie señalan que, mientras que ningún instrumento que rige los procedimientos de apelación disponen específicamente la posibilidad de que el Órgano de Apelación pueda aceptar y considerar escritos de "Amicus", el propio Órgano de Apelación es el que ha establecido esta regla. Así lo ratificó en los casos 'US-Lead and Bismuth II' y en 'EC-Asbestos'. En 2000 elaboró algunas líneas directivas en la materia, lo que provocó la ira de decenas de Estados miembros de la OMC.¹⁰⁶

103 El presidente estadounidense, Bill Clinton, dijo que la OMC carecía de mecanismos que permitieran la participación de ciudadanos en las disputas que se ventilaban ante los paneles y proponía que se contemple la posibilidad de presentación de escritos de "amicus" que ayuden a los paneles en la toma de decisiones.

104. HOLLIS, D. B., "Private Actors in Public International Law: Amicus Curiae and the Case for the Retention of State Sovereignty", en *Boston College International and Comparative Law Review*, Volumen 25, Issue 2 (Symposium: Globalization & the Erosion of Sovereignty in Honor of Professor Lichtenstein), 2002, p. 237 [traducción propia].

105 SANDS, P. J. Y MACKENZIE, R., *op. cit.*, p. 5 [traducción propia].

106. Para una consulta más amplia de casos, remitimos a las fuentes utilizadas como consulta en el presente trabajo.

IV. SÍNTESIS

El fenómeno de la fragmentación del D. I., en sus dos modalidades, ocurre retroalimentativamente puesto que "(l)a proliferación de tribunales internacionales es, hasta cierto punto, consecuencia de la expansión y diversificación material del D. I. y de los regímenes o subsistemas internacionales a que se ha dado lugar"¹⁰⁷ lo que da origen a un Derecho que dista de ser homogéneo. A la luz de esta realidad es posible advertir que la fragmentación se basa "en la multiplicación de las instituciones con funciones internacionales",¹⁰⁸ lo que deriva, por ejemplo, en interpretaciones diversas¹⁰⁹ de ciertos institutos y su tratamiento, la incorporación o no de los mismos en cada una de las jurisdicciones y la diversa regulación que se ha hecho de ellos, todo ello a raíz de la proliferación en su reglamentación y la especialización del D. I. en diversas ramas.

La figura del "Amicus" se ha hecho eco de esta realidad. Podemos advertir una diversa regulación y diferente práctica, aunque no siempre irreconciliables, en los distintos Tribunales internacionales. La CIJ ha aceptado la participación de "Amicus", particularmente, a los Estados (en procedimientos contenciosos) y a organizaciones intergubernamentales (en procedimientos consultivos y, en algunos casos, contenciosos); aunque no existe una referencia explícita ni en el Estatuto ni en el Reglamento de la CIJ que permita establecer la existencia del "Amicus Curiae". Aunque la CIJ tiene la facultad de permitir que individuos y ONGs participen como tales –facultad análoga que tenía el TPJI–, no lo ha hecho, al menos, de modo formal. Más recientemente ha permitido la incorporación de estos escritos provenientes de ONGs en su biblioteca del Palacio de Paz, más no su aceptación en los procedimientos ante ella. Aunque la CIJ no ha analizado en detalle la naturaleza jurídica del "Amicus", excepcionalmente ha definido su razón de ser en un caso en 1981. En líneas generales podemos concluir que la CIJ se ha mostrado bastante reticente a la hora de aceptar escritos de "Amicus" a sujetos distintos de los Estados u organizaciones intergubernamentales, exhibiendo un gran poder discrecional en ello.

La CPI establece explícitamente el uso de los "Amici" en sus procedimientos, con una amplia legitimación activa y objeto, siendo requisito necesario su vinculación con una causa pendiente ante ella. De la práctica de la CPI surge que estos escritos se han instado por el propio requerimiento del interesado o a invitación del propio Tribunal (siempre a poder discrecional del Tribunal, elemento que se repite en todas las jurisdicciones). La aceptación o rechazo de estos escritos se ha

107. REMIRO BROTONS, A., *op. cit.*, p. 26.

108. BOTCHWAY, F. N., *op. cit.*, p. 639.

109. WAIBEL, M., *op. cit.*, p. 578.

formulado a la luz de los principios de "utilidad", "celeridad", "conveniencia" y "adecuación". Resulta interesante comparar la utilización de esta figura en relación con otros tribunales internacionales "en la incipiente práctica de la CPI, pues a resultas tanto de su carácter permanente como de su amplia competencia *rationae personae* y *materiae*, esta organización internacional está llamada a liderar la lucha contra los crímenes más graves de trascendencia internacional".¹¹⁰

En lo que refiere al TPIY, éste exhibe un poder discrecional, a pesar de ser un instituto incorporado en sus mecanismos vigentes, de aceptar o rechazar escritos de esta naturaleza resultando la existencia de una legitimación activa amplia para presentarlos y un objeto también amplio (análogamente a lo que sucede con la CPI). Se han instado por el propio requerimiento del interesado o a invitación del propio Tribunal. Por otro lado, tanto el TPIR como el TESL poseen un idéntico tratamiento al previsto en las "Reglas" del TPIY y, en líneas generales, podemos establecer que sus prácticas han sido bastante similares a las referidas para el caso del TPIY.

La Corte IDH, la CIDH, el TEDH, la Corte ADHP y la CADHP, como órganos de protección de los Derechos Humanos a nivel regional, no han escapado al fenómeno de la "fragmentación". El propio Reglamento de la Corte IDH define los "Amicus" de forma bastante amplia (tanto en su legitimación activa como en su objeto), siendo lo novedoso que las consideraciones vertidas en esos escritos pueden ser tanto sobre puntos fácticos como jurídicos. La Corte IDH ha sido muy receptiva a la hora de incorporarlos (decenas de casos son evidencia de ello), mientras que la CIDH lo ha hecho en menor número de casos. En lo que respecta al TEDH, su tratamiento ha sido poco homogéneo con anterioridad a la reforma de la Convención de 1950. Con la reforma de 1998 notamos una amplia recepción de esta figura (tanto en lo que refiere a su legitimación activa como su objeto) siendo el principio que la ilumina el de la "buena administración de la justicia". En lo que respecta a la CADHP, la "Carta Africana" (de 1981) la habilita "a recurrir a cualquier método de investigación apropiado", lo que podría inferirse de allí la posibilidad de presentar escritos de esta naturaleza, con amplios objeto y legitimación activa. El Protocolo de la "Carta Africana", que establece la Corte ADHP, nada dice al respecto.

En la práctica del TJCE se han admitido las presentaciones de "Amicus" en varios casos aunque solo en aquellos donde se tratan cuestiones prejudiciales o disputas entre dos Estados, dos instituciones europeas o un Estado y una institución europea.

En los procedimientos contenciosos ante el ITLOS los Estados participan como "Amicus" en circunstancias bastante similares a las previstas en la CIJ, aunque ni el Estatuto ni el Reglamento lo prevén expresamente. En este caso hay

110. PASCUAL VIVES, F. J., *op. cit.*, p. 25.

que tener en cuenta que el Tribunal fue concebido como un cuerpo orientado a los Estados.

Por último, en lo que respecta a los Tribunales del CIADI, ha habido mayor participación de los "Amici" a partir del año 2000. Ha sido, primeramente, el "Órgano Permanente de Apelación" el que los ha aceptado y definido su alcance y naturaleza jurídica, emigrando hoy hacia una práctica de los paneles que, aunque palmaria y evidente, resulta hartamente controvertida.

V. CONCLUSIONES

Para concluir debemos apuntar que el fenómeno de la fragmentación del D. I. ha evidenciado un diverso funcionamiento de los tribunales internacionales, lo que se refleja en la aceptación o rechazo de la incorporación de diversas herramientas procesales, como lo es, en específico, el instituto del "Amicus Curiae". Diversos fenómenos (v. gr. presiones políticas de diferentes grupos, como las ONGs) han bregado por la incorporación de este instituto en el plano internacional, pero hemos evidenciado una mayor aceptación de esta herramienta conforme a la necesidad de la jurisdicción en cuestión. Por ello descubrimos que la competencia *ratione materiae* de las jurisdicciones internacionales en materia de Derechos Humanos –que juzgan los crímenes internacionales más graves o se relacionan con cuestiones medioambientales–, poseen una mayor aceptación y flexibilidad a la hora de aceptar el instituto en cuestión ya que, como hemos puesto de manifiesto, la sociedad civil tiende a mostrar una mayor sensibilidad respecto de cuestiones sociales y ecológicas en comparación con los sujetos que adoptan decisiones en el centro de la política internacional. Esa sociedad civil que, por las propias características del D.I., se encuentra al margen de los procesos internacionales, encuentra en la figura del "Amicus" una forma de participación en los procesos internacionales ante estos tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

- APAZA, Pamela, *The interaction between the Dispute Settlement Mechanisms of the American Regional Trade Agreements and the Wto*, consultado en [<http://www.wti.org/res/documents/Pamelaforwebpage.pdf>] el 22/11/2012.
- BAQUERIZO MINUCHE, Jorge, "El Amicus Curiae: una importante institución para la razonabilidad de las decisiones judiciales complejas", en SALMON ALVEAR, Carlos (dir. fundador), *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, N° 21, Guayaquil, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2006, pp. 1-28.

- BARTHOLOMEUSZ, Lance, "The Amicus Curiae before International Courts and Tribunals" en *Non-State Actors and International Law*, Vol. 5, N° 3, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 209-286.
- BOTCHWAY, Francis N., "Forums for International Economic Adjudication: threads in fragments", en MANFREDI, Alejandra (jefa de redacción), *Revista Cardozo de D. I. y Derecho Comparado*, Vol. 20.3, Nueva York, CJICL, octubre de 2012, pp. 639-712.
- CAMPANA, Maximiliano N., "Los amigos de los Tribunales Internacionales: algunas precisiones sobre las presentaciones en calidad de Amicus Curiae ante distintos tribunales internacionales" en *Revista Trimestral Gobernanza Global*, Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales y D. I., Año 2, N° 6, julio-septiembre de 2010, p. 117-133.
- DICCIONARIO Jurídico de Black, 8va. Edición, Thomason West, Estados Unidos de América, 2004.
- HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy (Studies in Contemporary German Social Thought)*, Estados Unidos de América, Massachusetts Institute of Technology, 1997.
- HAFNER, Gerhard G., "Risks Ensuing from Fragmentation of International Law", Official Records of the General Assembly, Fifty-fifth session, Supplement N° 10 (A/55/10).
- HOLLIS, Duncan B., "Private Actors in Public International Law: Amicus Curiae and the Case for the Retention of State Sovereignty", en *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 25, Issue 2 (Symposium: Globalization & the Erosion of Sovereignty in Honor of Professor Lichtenstein), 2002, pp. 235-255.
- PALCHETTI, Paolo, "Opening the International Court of Justice to Third States: intervention and beyond" en FROWEIN, Jochen A. y WOLFRUM, Rüdiger (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 6, N° 1, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, pp. 139-177.
- PASCUAL VIVES, Francisco J., "The development of the Amicus Curiae before International Tribunals" en RAYO, Andreu O. (dir.), *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 21, Asociación Española de Profesores de D. I. y Relaciones internacionales, junio de 2011, pp. 1-37.
- PAUWELYN, Joost, "Fragmentation of International Law", en WOLFRUM, Rüdiger (ed.) *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2009, edición online [www.mpepil.com].
- PROJECT ON INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS (PICT) consultado en [http://www.pict-pecti.org/matrix/discussion/icj/icj_amicus.htm] el 13-11-2012.
- REMIRO BROTONS, Antonio, "Entrevista a Antonio Remiro Brotons", en *Revista Puente @ Europa*, N° 2, Año V, junio de 2007, pp. 24-27.

- SALAS HOERNIG, Cristian A. *Fragmentación del D. I. a la luz de la "softwood lumber dispute"*, consultado en [<http://www.tesis.uchile.cl/handle/2250/106787>] el 16/5/2013.
- SANDS, Philippe J. y MACKENZIE, Ruth, "International Courts and Tribunals, Amicus Curiae", en WOLFRUM, Rüdiger (ed.) *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2009, edición on line [www.mpepil.com].
- WAIBEL, Michael, "Demystifying the art of interpretation", en WEILER, Joseph (jefe de redacción), *European Journal of International Law*, Vol. 22 N° 2, Londres, Oxford Journals, junio de 2011, pp. 571-588.
- WILLIAMS, Sarah J. & WOOLAVER, Hannah, "The Role for the *Amicus Curiae* before International Criminal Tribunals" en *International Criminal Law Review*, Vol. 6, N° 2, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 151-189.

PRIMER ENSAYO SOBRE LA FUNCIÓN AMBIENTAL DE LA PROPIEDAD*

GONZALO PEREZ PEJIC**

Resumen: El siguiente ensayo tiene como punto axial la estructura conceptual del derecho de propiedad. Se propone a tal fin el análisis de los recursos naturales en su relación con los derechos reales. Ello nos permitirá repensar el derecho clásico de propiedad (formado por dos elementos: el individual y el social) y armonizarlo con el ordenamiento jurídico ambiental. El lector se encontrará –a medida que avanza en la lectura– con un derecho de propiedad que aparece atravesado por las actuales normas y principios del derecho ambiental. De ahí que el esfuerzo se centra en la reformulación de la propiedad a través de lo que pensamos constituye su tercer elemento: la faz ambiental. El elemento citado reconoce su causa en la llamada “función social de la propiedad”. Sin embargo, lo ambiental se separa de la faz social alcanzando un grado de autonomía propio que permite elevarlo a la categoría de elemento de cierre respecto del elemento individual y social, actualizando el concepto jurídico de propiedad. Para llevar a cabo lo expuesto, se tomara como referencia dos recursos de la naturaleza en tanto objeto de apropiación privada: el agua y el suelo. Sin perjuicio de referirnos a los demás recursos naturales que aparecen contemplados en el Código Civil dentro del Libro destinado a los derechos reales.

Palabras clave: propiedad – derechos reales – recursos naturales – cosas – derecho ambiental – función social – función ambiental – desarrollo sustentable – agua – suelo – estructura tripartita – elemento de cierre.

Summary: This essay has as main point the conceptual structure of property rights. The relation between natural resources and *in rem* rights will be analyze, which will allow us to rethink the constitutive elements of classic property rights and harmonize them with the environmental law. The reader will find –as he continues reading– property rights which appear to be mixed with current rules and principles of

* Recepción del original: 01/12/2013. Aceptación: 05/03/2014.

** Estudiante de Abogacía y del Profesorado para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas (UBA).

“*A la familia que amo Adriana, Naldo, Marina, Lourdes, Pilar, Giuliano, Catalina, Matteo, Victoria y a la memoria de mi abuela Dora*”.

environmental law. The effort is put in the reformulation of what we think constitutes the third element of property: the environmental face. This element recognizes its cause in the so called “social function of property”. It faces a particular grade of autonomy that allows to raise it to the category of the closing element of the current meaning of property. In order to accomplish what it is proposed, we will take as reference two natural resources as objects of private appropriation: water and floor, although we will also talk about other natural resources contemplated in the part of the Civil Code destined to real rights.

Keywords: property – *in rem* rights – natural resources – goods – social function – environmental function – sustainable development – water – floor – tripartite structure – closing element.

I. INTRODUCCIÓN

*“...iras al cielo de los conceptos jurídicos.
Allí encontraras todos los conceptos (...)
en estado de inmaculada pureza y belleza ideal”.*
(R. V. IHERING, “*Bromas y veras en la jurisprudencia*”)

El punto axial del ensayo es la estructura conceptual del derecho de propiedad. Se propone el análisis de los recursos naturales en su relación con los derechos reales. A su vez diversas redefiniciones permitirán construir la tesitura que lleva el nombre del presente trabajo.

El ensayo expuesto busca solo la presentación del objeto de estudio, ya que su profundización constituirá un libro que se encuentra actualmente en elaboración y que asentara, desde un mayor análisis y reflexión, mi teoría sobre “la estructura tripartita del derecho de propiedad”. En consecuencia, varios de los temas que se abordaran –tales como la función social de la propiedad, elementos de los derechos reales, recursos naturales entre otros–, no serán agotados en razón de que forman el segundo ensayo del concepto bajo análisis. En igual sentido tampoco se han citado todos los autores al respecto para que el lector –en esta primera aproximación– no pierda de vista la tesis propuesta. Por último destacamos que acotaremos el campo normativo al Código Civil (en adelante el CC), Constitución Nacional, Ley General del Ambiente y normas puntuales en materia de agua y suelo.

El lector se encontrará –a medida que avanza en la lectura– con un derecho de propiedad que aparece atravesado por las actuales normas y principios del derecho ambiental. De ahí que el esfuerzo se centra en la reformulación a través de lo que pensamos constituye el tercer elemento de la propiedad: la faz ambiental. El elemento citado reconoce su causa en la llamada “función social de la propiedad”.

Sin embargo, lo ambiental se separa de la faz social alcanzando un grado de autonomía propio que permite elevarlo a la categoría de elemento de cierre respecto del elemento individual y social actualizando de esta forma el concepto jurídico de propiedad.

No obstante, las referencias al agua, el suelo, flora y fauna, nos puede hacer pensar que Vélez Sarsfield nos legó lineamientos rudimentarios en donde apoyar la idea de que la propiedad puede concebirse en clave ambiental. Lineamientos que fueron reforzados luego de la reforma llevada a cabo por la Ley 17.711, la cual –entre otras cuestiones– nos enfrenta al concepto de “energía”, “fuerzas naturales susceptibles de apropiación” y ejercicio regular de la propiedad.

II. DE LOS RECURSOS NATURALES Y LOS DERECHOS REALES

II.A. Definición de recursos naturales - Clasificación

Varias han sido las definiciones elaboradas por la doctrina. Entre ellas se destaca la que entiende por recursos naturales a los bienes de la naturaleza en cuanto no han sido transformados por el hombre y que pueden resultarle útiles; o cosas que el hombre hace suyas y transforma en bienes para la satisfacción de sus necesidades.

En primer lugar y por una cuestión de rigor terminológico, descartamos la noción de “bien” y diremos que los recursos naturales pueden ser “cosas” o “aplicarse las disposiciones relativas a las cosas”.¹

¿Qué se entiende jurídicamente por cosas? Se llaman cosas en el CC a los objetos materiales susceptibles de tener un valor.

En apoyo a este concepto, Vélez explica en la nota del artículo citado:

Nota: 2311. FREITAS pone al art. 317 de su proyecto de código, una larga nota demostrando que sólo deben entenderse por “cosas” los objetos materiales, y que la división en cosas corporales e incorpóreas, atribuyendo a la palabra “cosas” cuanto puede ser objeto de derechos, aceptada generalmente, ha confundido todas las ideas, produciendo una perturbación constante en la inteligencia y aplicación de las leyes civiles.

1. Evitamos decir “bien”, porque jurídicamente hablando los bienes siempre remiten a los derechos o a las cosas y los derechos. La palabra bien puede tomarse en sentido amplio o restringido. En sentido amplio comprende cosas y derechos, y en sentido restringido solo derechos. Es por esta razón que los recursos naturales no constituyen bienes sino cosas, ya que ellos no son derechos. El razonamiento efectuado surge de la recta lectura de los artículos 2311 y 2312 del CC y de sus correspondientes notas.

La palabra “cosas”, en la flexibilidad indefinida de sus acepciones, comprende en verdad todo lo que existe; no sólo los objetos que pueden ser la propiedad del hombre, sino todo lo que en la naturaleza escapa a esta apropiación exclusiva: el mar, el aire, el sol, etc. Mas como objeto de los derechos privados, debemos limitar la extensión de esta palabra a lo que puede tener un valor entre los bienes de los particulares. Así, todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes. La “cosa” es el género, el “bien” es una especie.²

Sin embargo, la energía o el espacio aéreo son recursos naturales que no son estrictamente cosas –amen de su valor económico– en razón de carecer de materialidad. No obstante a dichos recursos se les puede aplicar el régimen jurídico previsto para las cosas. Volveremos más adelante sobre este punto.

No consideramos apropiado que la definición de recursos naturales aluda a los recursos que son “culturales”. Esto debido a que al ser transformados por el hombre, se distorsiona su carácter natural. En cambio los recursos naturales y culturales forman parte del denominado “patrimonio ambiental”.³

Una vez determinada la naturaleza jurídica de los recursos naturales, debemos mencionar a todo aquello que comprende el término. Contestando la pregunta acerca de ¿Cuáles son los recursos naturales? diremos que son recursos de la naturaleza:⁴

- a. El suelo, es decir la tierra útil al hombre.
- b. Los yacimientos minerales en cualquiera de sus estados químicos.
- c. El agua, en sus diversos estados, y condiciones de existencia (nube, lluvia, nieve, agua superficial y subterránea).
- d. La flora y la fauna silvestres.
- e. El espacio aéreo, lo que incluye entre otros, el aire, los gases de utilidad, la radiación solar y demás.

2. No podemos dejar de advertir el desacierto en que incurre Vélez finalizando la nota, al considerar la cosa como un género y el bien una especie de aquel. En rigor, lo correcto es entender que el bien es el género y la cosa una de sus especies. A la inversa de lo expuesto por el codificador.

3. En sentido contrario a lo que acabamos de exponer, Bellorio Clabot sostiene que “los recursos naturales efectivamente son esos bienes de la naturaleza y del hombre en la medida que se aprovechen realmente, se los “saque” conceptual y realmente de esa especie de inmovilidad geográfica en que se los quiere categorizar y se los use, elabore y trabaje para que puedan constituir un recurso útil y necesario para el hombre, un pueblo o una Nación. Predomina con relación a ellos una fuerte tendencia proclive a “decirlos”, a describirlos cuando en realidad ellos se “hacen”, aprovechan o manufacturan, industrializan”. BELLORIO CLABOT, D., *Tratado de derecho ambiental*, 2ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, t. I, p. 33.

4. En este sentido seguimos las enseñanzas del profesor Pigretti, véase PIGRETTI, E., *et al.*, *Derecho Agrario y Recursos Naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 27.

- f. Los llamados recursos panorámicos o escénicos, es decir los lugares que por su belleza sirven para la recreación y promoción del turismo.
- g.- La energía, la que puede ser hidráulica, eólica, mareomotriz, térmica, nuclear.⁵

A su vez, podemos organizar los recursos naturales teniendo en cuenta la conformación de la naturaleza o ecosistema, así encontramos:

1. Elementos abióticos: Son los distintos componentes que determinan el hábitat de los seres, podemos enumerar dentro de estos elementos al suelo, el agua y el aire.
2. Elementos bióticos: Refieren a los seres vivos del ecosistema, es decir las especies flora y fauna.

Los recursos naturales pueden clasificarse teniendo en cuenta su disponibilidad en el medio, así los recursos pueden ser:

1. Agotables: Los que a su vez se clasifican en: a) Renovables, donde su persistencia depende de una adecuada planificación y manejo por parte del hombre. Su uso inadecuado conduce al empobrecimiento o agotamiento del recurso. Ejemplo de ellos son los recursos bióticos. b) No renovables, cuya cantidad es estática por contraposición al dinamismo de los recursos renovables. Su cantidad es finita y no se regeneran en las condiciones actuales. Como ejemplos podemos nombrar los minerales reusables o los combustibles fósiles.
2. No agotables: Estos recursos desde la óptica del ser humano son los que se encuentran en cantidades inmensas. Los recursos no agotables pueden ser inmutables cuando la actividad humana aparentemente no tiene capacidad de producir cambios adversos sobre ellos, como la energía solar por ejemplo; o pueden ser recursos abusados, cuando su uso inadecuado empeora su calidad como recurso, verbigracia el agua oceánica.

En conclusión –teniendo especialmente en cuenta lo expuesto– daremos nuestra propia definición de recursos naturales. Diremos así que son recursos naturales aquellos elementos de la naturaleza ya sean bióticos o abióticos, renovables o no renovables que sin ser alcanzados por la actividad del hombre son susceptibles de

5. La doctrina no es pacífica en considerar a la energía, un recurso independiente de los restantes enumerados. Algunos consideran que ella es intrínseca a cada uno de los recursos, por ser una cualidad de los mismos. Nos inclinamos por la clasificación del profesor Pigretti, ya que la energía constituye un recurso de la naturaleza por sí mismo.

apropiación privada a los fines de satisfacer diversas necesidades y que a tales efectos se constituyen jurídicamente en cosas o se le aplican las disposiciones referentes a las mismas.

II.B. Los recursos naturales regulados en el Libro III del Código Civil - Especial referencia al agua y al suelo

Nuestro codificador ha tenido en cuenta los recursos que nos provee la naturaleza y los ha legislado en el CC en el Libro III dedicado a los derechos reales.

Sugerimos que se tenga presente que acotaremos el campo de análisis al agua y al suelo, sin perjuicio de nombrar otros recursos. En consecuencia, se ha dividido el estudio de las normas del CC referentes al tema, en aquellas que mencionan de forma directa a los recursos naturales –las cuales se exponen en el siguiente apartado– y aquellas que tratando de los recursos naturales dejan pensar que la propiedad en si conlleva una función de carácter ambiental derivada de lo que se ha entendido por “función social de la propiedad”. Este último conjunto de artículos se expondrán a manera de cierre del ensayo como prueba de la tesis elaborada.

1. El suelo, subsuelo y la superficie.

El suelo no es ajeno al CC originario de Vélez el cual aparece regulado en varias disposiciones. Así puede leerse las siguientes:

Art. 2.314. Son inmuebles por su naturaleza las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, *como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad: todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre.*

Art. 2.315. Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por *su adhesión física al suelo*, con tal que esta adhesión tenga el carácter de perpetuidad.

Art. 2.319. Son también muebles *todas las partes sólidas o fluidas del suelo, separadas de él, como las piedras, tierra, metales, etcétera; las construcciones asentadas en la superficie del suelo con un carácter provisorio; los tesoros, monedas, y otros objetos puestos bajo del suelo;* los materiales reunidos para la construcción de edificios mientras no estén empleados; los que provengan de una destrucción de los edificios, aunque los propietarios hubieran de construirlos inmediatamente con los mismos materiales; todos los instrumentos públicos o privados de donde constare la adquisición de derechos personales.

En la nota al artículo 2615 del CC, el codificador esboza una rudimentaria clasificación del suelo:⁶

Nota: 2615. TOULLIER, t. 3, núm. 227. DURANTON, t. 5, núm. 364. AUBRY y RAU, § § 194 y 198. No es posible determinar las instancias de los edificios vecinos a las cuales puedan hacerse excavaciones, o abrirse fosos. El peligro que puede sobrevenir a los edificios, depende en mucha parte de la *clase del terreno, ya sea piedra o tierra sólida, o por el contrario, arena o tierra deleznable*; y también de la clase del edificio vecino que puede ser de un gran peso, o sólo tener por ese lado paredes sencillas, y meramente divisorias. En un caso dado, los jueces con informes de peritos, resolverán sobre la distancia a que puede abrirse un foso, y el género de calza que debe tener para evitar derrumbes.

Un artículo a remarcar, es aquel que resalta la extensión del derecho de propiedad. Hacemos alusión al artículo 2518, el cual consagra el viejo aforismo de los antiguos: *Cujus est solum, hujus est usque ad cælum et usque ad inferos*. El maestro Salvat en una nota sostenía que este aforismo “solo puede aceptarse como expresión hiperbólica de la extensión del dominio en sentido perpendicular al suelo, mas no en su infinidad: lo ilimitado del señorío sobre lo que está encima o debajo de la superficie del fundo de que se es propietario solo denota indeterminación del confín de su poderío”.⁷ El citado artículo dispone:

Art. 2.518. *La propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares*. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos. El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas u otras ventajas; y puede también demandar la demolición de las obras del vecino que a cualquiera altura avancen sobre ese espacio.

6. El suelo se compone de una parte inorgánica o mineral llamada “tierra negra” que proviene de la descomposición del subsuelo, por acción de agentes meteorológicos (lluvia, vientos etc.) y por otra parte orgánica “humus” formada por organismos (plantas, animales) que se descomponen. La doctrina señala que de la combinación de los elementos de la tierra el suelo se clasifica en arenosos o livianos, arcillosos o fuertes, calcáreos o húmedos. Véase al respecto KROM, B. S. *et al.*, *Ambiente y recursos naturales*, Buenos Aires, Editorial Estudio, 2008, p. 201.

7. SALVAT, R. M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos Reales*, Quinta edición, actualizada con textos de doctrina legislación y jurisprudencia por Manuel J. Argañaras, Buenos Aires, TEA, 1962, t. II, p. 47.

El Código no solo menciona de forma expresa al suelo, sino también a la superficie. Suelo y superficie son términos que suelen confundirse pero que no son equivalentes. El suelo es la parte superficial de la corteza terrestre. En cambio la superficie, es todo aquello que se encuentra sobre el suelo. Puede leerse al respecto:

Art. 2.519. Todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la *superficie* o en el interior de un terreno, se presumen hechas por el propietario del terreno, y que a él le pertenecen, si no se probare lo contrario. Esta prueba puede ser dada por testigos, cualquiera que sea el valor de los trabajos.

Teniendo en cuenta que por “propietario del terreno”, se alude al propietario del suelo. Así suelo y superficie son conceptos que no son sinónimos. No obstante, se relacionan entre sí a través del concepto de “indivisibilidad”. Para ello traemos a colación un fragmento de la nota al artículo 2571 del CC:

Nota: 2571. (...) No es ciertamente cuando las manzanas caen del árbol, cuando las adquiero por accesión; ellas ya me pertenecían. Los frutos, como las hojas, mientras están unidos, no son una cosa distinta del árbol. No puedo decir que ante todo tengo la propiedad del árbol, y separadamente la propiedad de los frutos. Tengo simplemente la propiedad de un árbol cargado de hojas y de frutos. *No puedo entonces decir que tengo primero un bien inmueble, el terreno en que está el árbol: un primer bien mueble, que sería el árbol y después otros tantos bienes muebles como frutos haya. No tengo sino un bien inmueble que es el suelo y el árbol con todos sus frutos, los cuales forman un solo todo, un solo y mismo objeto de mi propiedad. Pero pues que no tengo sino un solo bien inmueble, que comprende indivisiblemente, el suelo, el árbol y los frutos, y que después de la formación de estos frutos en ramas del árbol, no tengo un bien nuevo, no hay por qué hablar de adquisición alguna. Nada he adquirido, no tengo en mi patrimonio una cosa nueva. Conservo y continúo en tener lo único que tenía: luego no hay adquisición de propiedad* (sobre el art. 546). Pothier se empeña en sostener que hay dos cosas distintas, el terreno y los frutos (“De la propiedad”, N° 151).

La referencia al árbol es ilustrativa, pudiendo extender el concepto de indivisibilidad, a todas las plantaciones y construcciones realizadas sobre el suelo. De esta forma podemos decir que suelo y superficie son indivisibles. La indivisibilidad del suelo y la superficie a su vez comprende al subsuelo. Se ha dicho en consecuencia que “la ley considera al suelo y subsuelo como un todo único e indivisible y es por eso que en principio, la propiedad del primero se extiende a todo lo que forma parte de él: masas de tierras o agua, piedras o canteras, substancias vegetales o minerales,

en principio, son elementos constitutivos del suelo y pertenecen al propietario de este”.⁸

2. El agua. Concepto. Naturaleza jurídica. Clasificación.

Hacemos saber que la regulación del agua se encuentran dispersa por todo el ordenamiento jurídico ya sea en materia civil, constitucional, administrativa, penal, etc.⁹ Al efecto de no desviar la atención del lector respecto del centro de la tesis, acotamos el campo normativo de estudio. Solo nos abocaremos al CC y ley de presupuestos mínimos que corresponde.

La Ley nacional 25.688 de Régimen de Gestión ambiental de las aguas –sanccionada en el 2002– es la ley de presupuestos mínimos dictada para la preservación, aprovechamiento y uso racional del agua como recurso natural.

A los efectos de tal ley, el artículo segundo esboza una definición legal de su objeto de regulación, entendiendo por agua *aquella que forma parte del conjunto de los cursos y cuerpos de aguas naturales o artificiales, superficiales y subterráneas, así como a las contenidas en los acuíferos, ríos subterráneos y las atmosféricas*.

Nos parece necesario remarcar la insatisfacción que produce la técnica legislativa utilizada en tal definición. Lo que propone el legislador es manifestar en el concepto legal una clasificación de las fuentes del agua. En términos generales, la ley dispone que el agua es aquella formada por aguas. Lo cual no ayuda mucho a la comprensión del objeto de regulación.

No cabe dudas que el agua es jurídicamente “cosa” ya que cumple con todos los requisitos para ser considerada como tal: a) Objeto material susceptible de tener un valor económico o social; b) Se encuentra dentro del comercio; c) De existencia actual para ser objeto de derechos reales; d) Determinada; e) Cosa singular, sin perjuicio de las normas relativas a los derechos reales aplicables a un conjunto de cosas consideradas como una unidad.¹⁰

El problema se suscita cuando clasificamos al agua como cosa mueble o inmueble.

8. SALVAT, ob. cit., p. 51.

9. El derecho internacional no es ajeno al agua como recurso natural y se habla de “derecho humano al agua”. Puede leerse que “el derecho humano al agua lo encontramos en un variado abanico de documentos internacionales. El agua es ineludible para diversas finalidades, no solo para los usos personales y domésticos, sino también para el ejercicio de muchos de los derechos reconocidos en diferentes pactos internacionales”, CAPALBO, S., “El agua como un derecho humano y el rol del Estado” en CAPALDO, G. D., *Gobernanza y manejo sustentable del agua. Governance and Sustainable Management of Water*, ed. Mnemosyne, 2011, p. 372.

10. BUERES, A. J. (dir.) y HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, t. V, p. 5.

Como bien enseñaba el profesor Allende “el agua *per se* no es mueble ni inmueble, sino que debe tenerse en cuenta el lugar en el que se halla. Atento a ello el agua puede estar en una u otra categoría”.¹¹

El agua como cosa inmueble puede ser por su naturaleza o por accesión.¹² En el primer caso se comprende el agua de los ríos, arroyos, lagunas, aguas subterráneas entre otras. El agua como inmueble surge del artículo 2314 del CC el cual citamos al explicar suelo. El segundo supuesto surge del artículo 2315 del CC, también transcrito en materia de suelo. El agua es inmueble por accesión cuando corre por acueductos, canales, cañerías o se encuentra contenida de forma artificial en piletas, estanques, represas. En estos casos para que exista accesión debe existir: a) Adhesión física; b) Que esa adhesión tenga carácter de “perpetuidad”.

El agua como cosa mueble, requiere ser transportada de un lugar al otro, como por ejemplo cuando se separa de un río o también –en relación con lo dicho sobre el agua como inmueble por accesión– cuando se encuentra de forma artificial contenida en una pileta o estanque pero con carácter provisorio.

Por último nos queda repasar la clasificación de las aguas. Seguimos en este punto las enseñanzas de Allende. Las aguas pueden ser: 1) Aguas públicas (dominio público). Entre ellas encontramos: a. Playas de mar (art. 2340, inc. 4° del CC), b. Aguas interiores (art. 2340, inc. 2° del CC), c. Mar territorial (art. 2340 inc. 1° del CC), d. Ríos y demás cursos de agua que corran por los cauces naturales (art. 2340 inc. 3°, art. 2637, *in fine* del CC), e. Lagos navegables (art. 2340 inc. 5° del CC), f. Aguas subterráneas (art. 2340 inc. 3° del CC), g. Aguas pluviales que caigan en lugares públicos (art. 2636 del CC), h. Cualquier agua que tenga o adquiera aptitud de satisfacer usos de interés general (2340 inc. 3° del CC); 2) Aguas privadas. (Del dominio privado). Podemos distinguir: a. Lagos no navegables (art. 2349 del CC), b. Aguas pluviales que caigan en inmuebles de los particulares o que entren en ellos (art. 2635 del CC), c. Aguas que surjan (broten) en los terrenos de los particulares siempre que no corran por cauces naturales (art. 2637 del CC), d. Vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, aunque formen cauce (art. 2350 del CC) y 3) *Res communes* (cosa común). Se destaca en este caso: El mar.

3) Otros recursos naturales contemplados en el CC.

Los recursos bióticos y abióticos no le fueron indiferentes a nuestro codificador. Vélez refiere a los peces de los mares, ríos y lagos navegables (arts. 2343 inc. 1, 2527, 2547 del CC), los enjambres de abejas (arts. 2343 inc. 2, 2545, 2546 del CC), los animales bravíos o salvajes y los domesticados que recobran su antigua

11. ALLENDE, G. L., *Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas*, Buenos Aires, temas EUBA, 1971, p. 46.

12. Descartamos la clasificación de inmuebles por su carácter representativo por no tener incidencia en nuestro estudio.

libertad (arts. 2540, 2592 del CC), ganados, rebaño, piara (art. 2902 del CC), plantas y yerbas que vegetan en las costas del mar (art. 2343 inc. 4 del CC), bosques y montes¹³ (arts. 2628 y 2873 del CC), el espacio aéreo (art. 2518 del CC), las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, y sustancias fósiles (art. 2342 inc. 2 del CC).

Párrafo aparte merecen “la energía y las fuerzas naturales susceptibles de apropiación” previstas por el agregado que la Ley 17.711 le ha efectuado al artículo 2311 del CC.

Se plantea con relación a este recurso natural, una encrucijada en torno a su naturaleza jurídica. El profesor Allende llegó a sostener que “cosa y energía, desde el punto de vista jurídico, implican un dualismo que exigen normas diferenciadas, con el agravante de que la energía no puede servir de soporte al derecho real; lo contrario implicaría desnaturalizar completamente a éste, pues la energía aparece producida por alguien, aparece nítida la existencia de una obligación de hacer, la que pasa a primer plano, chocando violentamente con la concepción de derecho real”.¹⁴

En igual sentido Barraquero, “la electricidad en si misma podrá ser un bien, en cuanto sirve para satisfacer las necesidades del hombre, sea como fuerza, luz, calor etc.; pero por constituir un bien ¿importa acaso una cosa? No, porque solo son tales los objetos materiales: líquidos o gaseosos ¿la electricidad participa de alguno de estos estados? (...) La energía eléctrica se nos manifiesta como una existencia incorpórea, inmaterial, y en la instalación del consumidor surge, se extingue y se renueva, siempre que el concesionario del servicio público trabaje con sus máquinas”.¹⁵

En la vertiente opuesta Árraga Penido considera que la energía se acerca mucho más al concepto de cosa que al de cualquier otro instituto, aunque dando audiencia para que se la conceptúe como atípica. Y expresa, “estimamos que, si bien es cierto que la energía no cuenta con la totalidad de las características correspondientes a las cosas, no lo es menos que encuadra mejor dentro de una categoría equivalente, porque reúne suficientes elementos propios del régimen de las cosas”.¹⁶

13. Allende al explicar el usufructo de un monte, comenzaba por el concepto “monte”. Así decía el maestro que en nuestro idioma tiene principalmente dos significados, uno de ellos “tierra cubierta de árboles, arbustos”. Si el monte es leñoso suele llamárselo bosque. Citando la Ley de bosques y tierras forestales 13.273. ALLENDE, G. L., *Tratado de las servidumbres*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, p. 186.

14. ALLENDE, G. L., “Naturaleza jurídica de la energía (jurídicamente no es cosa)”, en *LL*, 118, 1965, p. 1138.

15. Barraquero citado por Allende en ALLENDE, ob. cit., p. 1138.

16. Sostiene el autor, que cuando habla de la energía en general y de la eléctrica en particular como cosa, es porque: a) Se trata de un objeto más dentro del sustantivo “objetos”, que así en plural menciona el art. 2311; b) Es material, está contenida en un espacio, se puede medir, pesar y se puede decir que hasta palpar; c) Pertenece en propiedad a una persona en la relación producción-consumo; d) La causa o título

II. C. La superficie forestal como paradigma del derecho real ambiental

El derecho real de superficie es aquel en virtud del cual le es concedido a su titular el derecho de construir o plantar en suelo ajeno y hacer suyo lo construido o plantado (con independencia de la propiedad del suelo), o de adquirir una edificación o plantación ya existente en forma separada de la propiedad del suelo. Se trata de un derecho real temporario, enajenable y transmisible *mortis causa*.¹⁷

El derecho de superficie fue expresamente prohibida por Vélez Sarsfield en el artículo 2614 del CC, y el fundamento de esta decisión, radica en la extensa nota al artículo 2503 del mismo cuerpo legal.

Sin embargo, el Congreso de la Nación en diciembre del 2001, sanciona la Ley 25.509 la cual incorpora al CC un nuevo derecho real: La superficie forestal.

El primer artículo de la ley, nos brinda su definición legal:

Art. 1. Cese el derecho real de superficie forestal, constituido a favor de terceros, por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura, de conformidad con el régimen previsto en la Ley de Inversión para Bosques Cultivados, ya lo establecido en la presente ley.

Atento al artículo citado, expondremos solo algunas observaciones a los efectos de brindar lineamientos básicos que permitan comprender el derecho real bajo estudio. En primer lugar, el derecho de superficie es a los efectos de la forestación o silvicultura es decir que impide la constitución del derecho a los efectos por ejemplo de la construcción o de adquirir construcciones ya realizadas. En segundo lugar, el derecho real de superficie forestal suspende durante el plazo de su duración el principio “*superficie solo cedit*” (la superficie accede al suelo).¹⁸ En tercer lugar

de ese derecho real de dominio puede ser un contrato de compraventa; e) Es un objeto actual (aunque al mismo tiempo pueda resultar futuro) y ello condice con los derechos reales; f) Es susceptible de tener un valor, dentro del concepto amplio que comprende este término; g) Ello no obstante, es obvio que la energía tiene un valor pecuniario, siendo objeto de múltiples transacciones comerciales; h) Su extensión, desplazamiento, movimiento y transporte, es manejable y gobernable a voluntad del hombre; por lo tanto es mueble; i) Tiene un aprovechamiento social y económico muy importante para el hombre; j) Está dentro del comercio; y k) Con respecto a la problemática posesoria, tengamos en cuenta que no es imprescindible el tocamiento con el objeto. ÁRRAGA PENIDO, M. O., “La energía como cosa objeto de los derechos reales y el Proyecto de Código Civil de 1998”, en *JA*, 2002-II, p. 1027.

17. Definición dada por la profesora Marina Mariani de Vidal en MARIANI DE VIDAL, M., “Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509”, en *LL* 2002-F, 1415.

18. En palabras del maestro Pepe, “el derecho real de superficie forestal quiebra el principio de accesión, que es de la esencia de la extensión del dominio privado (arts. 2587 al 2593 del CC), siendo ello así porque, con la constitución de este nuevo derecho real, es posible realizar una notoria diferenciación y, a la vez, establecer una clara coexistencia entre el derecho real de dominio del propietario y el derecho real

se plantea los alcances del término “forestal”. Respecto de este tema seguimos las enseñanzas del profesor Alterini quien a través de una sólida argumentación manifiesta que “... lo forestal nos conduce por la noción de bosque y ésta nos lleva en la dirección de los arboles a las plantas de envergadura significativa, y por el sendero de las matas, a las plantas de menor tamaño. En definitiva, con la alusión a lo forestal se denota a las diferentes plantas. (...) La conclusión es ineludible: tanto con la referencia a lo forestal, como con la alusión a la silvicultura, se abarca a las actividades vinculadas con el cultivo de las distintas plantas”¹⁹.

Más allá de lo que significa la superficie forestal como derecho real, ella posee una particularidad que la torna trascendente para nuestra tesis. Se trata de un derecho real que de forma manifiesta se encuentra atravesado por las normas del derecho ambiental. Ello se evidencia, en el primer artículo de la Ley 25.509 el cual, de forma expresa remite a la Ley 25.080 de Inversión para Bosques cultivados.

El primer artículo de la Ley 25.080 reza:

Instituyese un régimen de promoción de las inversiones que se efectúen en nuevos emprendimientos forestales y en las ampliaciones de los bosques existentes, que regirá con los alcances y limitaciones establecidas en la presente ley y las normas complementarias que en su consecuencia dicte el Poder Ejecutivo nacional.

Asimismo, se podrá beneficiar la instalación de nuevos proyectos forestoindustriales y las ampliaciones de los existentes, siempre y cuando se aumente la oferta maderera a través de la implantación de nuevos bosques. Dichos beneficios deberán guardar relación con las inversiones efectivamente realizadas en la implantación.

El quinto artículo, es una herramienta de vital importancia para pensar en la función ambiental de la propiedad. Así puede leerse:

Los bosques deberán desarrollarse mediante el uso de prácticas enmarcadas en criterios de sustentabilidad de los recursos naturales renovables.

Todo emprendimiento forestal o forestoindustrial, para ser contemplado dentro del presente régimen, deberá incluir un estudio de impacto ambiental, y adoptar las medidas adecuadas que aseguren la máxima protección forestal, las que serán determinadas por la Autoridad de Aplicación, quien a su vez anualmente evaluará estos aspectos

de superficie del superficiario. En realidad, técnicamente, el derecho real de superficie forestal provoca la suspensión temporal de los efectos de la accesión, la que, como consecuencia de la extinción del derecho del superficiario, recobra plena eficacia”. PEPE, M. A., “Garantías reales y superficie forestal”, en *Revista de Derechos Reales*, IJ-LI-794.

19. ALTERINI, J. H., “Superficie forestal”, en *Revista del Notariado*, v. 873, p. 121.

con la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable, con el objetivo de asegurar el uso racional de los recursos.

La Autoridad de Aplicación y las provincias que adhieran a la presente ley, acordarán las medidas adecuadas, a los efectos del estudio de impacto ambiental, cuando se trate de inversiones de poco monto o de extensiones forestales de pequeña magnitud.

A los efectos del párrafo anterior se considerará inversión de poco monto o extensiones forestales de pequeña magnitud, a aquellos proyectos que no superen las cien hectáreas.

Es decir que el ejercicio del derecho real de superficie forestal, sea en su modalidad de adquisición de la propiedad superficiaria –cuando existen plantaciones– o del propio derecho de forestar –en caso de no existir plantaciones– debe ser conforme a lo dispuesto por el régimen jurídico ambiental. Siendo ello trascendente en virtud –como señala Costantini– de que “la importancia de la protección de la diversidad biológica consiste en que un bosque no tiene como única función “filtrar” el aire mediante la captación de dióxido de carbono. Alrededor de un bosque se forma un ecosistema donde habitan infinidad de seres vivos. Estas especies se podrían ver amenazadas si se modifican las condiciones ambientales. Con esto queremos destacar que la explotación irracional de los recursos forestales no solo influye en el cambio climático, sino que se podría llegar a provocar la desaparición de los seres vivos que dependen del “ambiente” que los bosques generan”.²⁰

II. D. Los recursos naturales como objeto de los derechos reales

1. El derecho real. Concepto. Elementos.

Abordar la noción y elementos del derecho real, será de ayuda a los efectos de facilitar la comprensión del título propuesto en el apartado.

De todas las definiciones que los grandes maestros de los derechos reales nos han enseñado, nos quedamos con la del profesor Molinario. El autor ha expuesto una de las definiciones más elaboradas que existen, enseñando que el derecho real es “el derecho patrimonial que otorga a su titular una potestad exclusiva y directa, total o parcial, sobre un bien actual y determinado, para cuyo ejercicio no es necesario el concurso de ningún otro sujeto, cuya existencia plenitud y libertad puede ser opuesta a cualquiera que pretenda desconocerla o menoscabarla con el fin de obtener su restitución o la desaparición de los obstáculos que la afectan, en virtud

20. COSTANTINI, J. M., “Derecho Real de Superficie Forestal. Implicancias económicas y ambientales”, en *ED*, t. 211, p. 618.

de la cual puede utilizarse económicamente el bien en provecho propio, dentro del ámbito señalado por la ley, y que en caso de concurrencia con otros derechos reales de igual o distinta naturaleza que tengan como asiento el mismo objeto, el primero en el tiempo prevalece sobre el posterior”.²¹

Si alguien necesitara una rápida aproximación a la noción de derecho real, se podría decir que es el poder jurídico que el sujeto tiene sobre un objeto. Pero es necesario el examen de los elementos que conforman el derecho subjetivo real.

Constituyen elementos de los derechos reales el sujeto o titular del derecho, el objeto y la causa.²² No debemos dejar de señalar, que las normas que regulan el sujeto del derecho real, el objeto y la causa, constituyen normas estatutarias rígidas, ya que forman preceptos herméticos que definen ciertas cuestiones de los derechos reales que no permiten en lo más mínimo entrever la autonomía particular.²³

El sujeto se denomina técnicamente titular del derecho real. Esta titularidad puede ser encarnada por personas físicas o jurídicas. En este punto es importante remarcar la no existencia de la noción de “partes” en el vínculo real (ello es propio del sujeto como elemento de los derechos personales), la persona titular del derecho real ejercita las potestades que el mentado derecho le confiere de forma directa e inmediata sobre el objeto sobre lo cual se asienta su titularidad. Es decir, sin la concurrencia de ningún otro sujeto.

El objeto es aquello sobre lo cual recaen los poderes que el derecho real le otorga a su titular para extraer a través de una relación directa e inmediata, las distintas utilidades dentro del ámbito señalado por la ley.

Al hablar de la causa del derecho real, nos referimos al hecho o acto generador de aquel. En otras palabras, causa en sentido de causa fuente. Al respecto son elocuentes las palabras de Vélez al comenzar la nota al artículo 4010 del CC “la palabra título es empleada aquí para designar no el acto, el instrumento que compruebe el hecho de una adquisición, *sino la causa de la adquisición*”. La causa de adquisición de los derechos reales puede provenir de hechos o actos jurídicos con aptitud suficiente para dar nacimiento a los mismos. Siendo terminología adecuada hablar de hechos o actos jurídicos sumándole la materia a la cual refieren, en este caso “reales”.

21. MOLINARIO, A. D., *Derecho Patrimonial y Derecho Real*, Buenos Aires, La Ley, 1965, p.43.

22. No podemos pasar por alto que Vélez en la nota al Libro tercero del Código Civil manifiesta que sigue el método de Mackeldey en cuanto que la cosa y la posesión son los elementos de los derechos reales.

23. PEPE, M. A. y MENDIZABAL, G. A., “El orden público y la rigidez o flexibilidad en los derechos reales”, en *LL-2009-D*, p. 871.

2. Quid del objeto de los derechos reales.

Al hablar del objeto como elemento de los derechos reales, vimos que es aquello sobre lo cual se asienta la titularidad del derecho real, o en otras palabras aquello sobre lo cual se ejercen los poderes jurídicos que el derecho brinda al sujeto. Ahora bien, debemos preguntarnos ¿Qué puede ser objeto de los derechos reales?

Como ya he expuesto en anteriores trabajos considero –junto a los maestros Molinario y Pepe, entre otros– que el objeto de los derechos reales son los bienes entendidos en sentido amplio. La noción de bienes “en sentido amplio” comprende tanto a las cosas como a los derechos (también denominados bienes, pero en “sentido restringido”). Al respecto Molinario nos enseña que no es cierto que en nuestro CC la cosa –en el sentido de objeto corporal susceptible de tener un valor económico– sea el único objeto de los derechos reales. No podrá invocarse ningún texto legal que autorice esa afirmación y, por el contrario, hay artículos expresos que señalan a los bienes como objeto posible de los mencionados derechos, como resulta de los artículos 2838, 2900, 2901, 3204, 3209, 3211 y 3212 del CC. Por ende –concluye nuestro autor– que quien se exprese con propiedad y con referencia al CC argentino, no puede decir que en éste solo las cosas son objeto de derecho real, sino que debe decir que lo son éstas y los bienes taxativamente señalados por la ley. Sin perjuicio de ello, el objeto de los derechos reales, resulta más amplio, comprende como vimos cosas, derechos pero también universalidades de hecho (usufructo de un fondo de comercio), universalidades de derecho (usufructo de un patrimonio) y partes materiales de cosas no divididas (art. 2821, 2957, 2968, 2998 del CC).²⁴

En relación con este ensayo, podemos pensar que si el agua, el suelo, la flora, la fauna y la energía son jurídicamente “cosas”, ellas pueden ser objeto de derecho real.

Pero son “cosas” que por su particular condición, al constituir recursos naturales, ellas limitan –en sí mismas– la esfera de acción de voluntad del sujeto titular

24. RIGAUD, L., *El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional*, traducción de J. R. Xirau, Madrid, ed. Reus, 1928, p. 278; MOLINARIO, ob. cit., p. 54; PEPE, M. A., “Usufructo de fondo de comercio”, en LAMBER, R. A., *Usufructo. Aplicaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Heliasta, 2011, p. 186; PEPE, M. A., “Prenda sobre derechos”, en LL-2011-C, p. 868; VAZQUEZ, G. A., “El objeto de los derechos reales en el Proyecto de Código Civil de 1998”, en VALLESPINOS, C. G. (dir.), *Cuestiones esenciales en Derechos Reales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002, p. 115; PEREZ PEJIC, G., “Condominio y comunidad hereditaria: expansión de la alícuota”, en GROSMAN, C. P., LLOVERAS, N. y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencias*, N° 56, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 295; PEREZ PEJIC, G., “El derecho real de Propiedad Comunitaria indígena (estudios sobre su estructura y naturaleza)”, consultado en [<http://www.derecho.uba.ar/institucional/deintereses/ponencias-congreso-derecho-privado/elementos-de-derechos-reales-gonzalo-perez-pejic.pdf>], publicado en el año 2012.

del derecho. Así las leyes de presupuestos mínimos y la regulación ambiental en general incidirán en la relación directa e inmediata que tenga el titular del derecho real para con estos objetos derivados de la naturaleza. Es importante que lector retenga esta idea fuerza.

3. Los recursos naturales como “cosas”. Ampliación.

Al dar nuestra definición de recursos naturales, dijimos que ellas jurídicamente son cosas o que sin serlo se le aplican las disposiciones relativas a las mismas. Ahondaremos aún más en la cuestión.

El objeto de los derechos reales –tal como hemos expuesto– son los bienes. El termino bienes tomado en sentido amplio comprende cosas y derechos.

Las cosas, las cuales han sido objeto exclusivo de los derechos reales para la doctrina clásica, pueden ser clasificadas. Sin lugar a dudas la clasificación de mayor trascendencia es aquella que las divide en cosas muebles o inmuebles.

Es cierto que los recursos naturales en su naturaleza jurídica al ser cosas o en todo caso pudiéndoles aplicárseles las disposiciones relativas a las mismas, pueden encasillarse en la clasificación de muebles o inmuebles.

Sin embargo creo pertinente remarcar que no es lo mismo hablar de una casa o una unidad funcional de un edificio sometido a Propiedad Horizontal, que del suelo o del agua. No obstante, la casa, la unidad funcional, el suelo y el agua (con las precisiones apuntadas en cuanto a su naturaleza jurídica) son jurídicamente: cosas inmuebles.

Las cosas que en sí mismas constituyen recursos naturales, poseen un régimen protectorio adicional, proveniente de distintas leyes –sean o no de presupuestos mínimos– y desde el año 1994 de la misma Constitución Nacional. Razón por la cual, cuando los derechos reales ejercitables por la posesión recaigan sobre cosas que sean recursos naturales, estos mismos derechos van a estar limitados en cuanto a su ejercicio por las normas y principios propios del derecho ambiental.

Además, podemos sostener que el resto de las cosas (muebles o inmuebles) que no son en sí mismas recursos naturales, cuando son explotadas en cuanto a su producción, circulación económica o sean alteradas materialmente, no pueden tampoco contrariar lo dispuesto por el ordenamiento jurídico ambiental.

En conclusión, los derechos reales –que tengan o no como objeto cosas que sean recursos naturales– se encuentran limitados (en cuanto al ejercicio de los poderes que confieren a su titular) al derecho ambiental, de esta forma dichas potestades se adecuan a conceptos tales como “desarrollo sustentable” o “uso racional”. Volveremos sobre este punto.

III. TESIS DE LA FUNCIÓN AMBIENTAL DE LA PROPIEDAD

III. A. Propiedad y derecho real de dominio - Alcances terminológicos

Cuestión no menor es la precisión conceptual que se debe tener a la hora de abordar el tema elegido. Para llegar acabadamente a construir el concepto de “función ambiental” de la propiedad, tenemos que definir precisamente ¿Qué es la propiedad? Sin dudas, varias respuestas se imponen, dependiendo que la búsqueda se realice desde el campo de la economía, filosofía, sociología, teología o la ciencia política. No obstante nos ceñiremos a lo estrictamente jurídico.

El concepto jurídico de propiedad no es unívoco. Es menester por ello tener presente todos sus posibles significados ya que hasta se suele utilizar el vocablo propiedad para designar al objeto del derecho. Amén de ello, existe vocablo jurídico de “propiedad”, en sentido amplio, específico y restringido.

La propiedad en sentido amplio, se vincula con el concepto constitucional de propiedad que ya fuera expuesta en 1925 por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Bordieu Pedro c/ Municipalidad de la Capital Federal”. El termino propiedad empleado en la constitución comprende todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad, con lo que todos los bienes susceptibles de valor económico o apreciables en dinero alcanzan nivel de derechos patrimoniales rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad.²⁵ De esta forma los derechos personales, los derechos reales y los derechos intelectuales en cuanto a su explotación pecuniaria son propiedad en sentido amplio y este conjunto tripartito es lo que compone el patrimonio de los sujetos.²⁶

La propiedad también puede tener alcances conceptuales “específicos”. Decimos “específicos”, porque nuestro codificador le asigna al término un significado particular. Así el artículo 2351 del CC al legislar sobre posesión dispone “... con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad”. La “propiedad” equivale en ese caso puntual a “derechos reales ejercitables por la posesión”. Término que como veremos más adelante es el que utilizamos cuando hablamos del elemento y función ambiental.

Otro alcance específico de la propiedad es la del artículo 2629 del CC, aquí se legisla sobre la facultad de cortar las ramas de los árboles del vecino que penden en la propiedad del otro. El fragmento de artículo que nos interesa reza “...en todo lo

25. BIDART CAMPOS, G. J., *Manual de la constitución reformada*, segunda reimpresión, Buenos Aires, Ediar, 2000, t. II, p. 118.

26. Ver al respecto el segundo párrafo de la nota al artículo 2312 del CC.

que se extendiesen en su propiedad...”. En este caso el término propiedad se ciñe a “inmueble”.

La propiedad es en sentido restringido cuando equivale a derecho real de dominio. En otras palabras, propiedad y dominio pueden utilizarse como sinónimos. En virtud de ello debemos traer a estudio el significado de derecho real de dominio.

El artículo 2506 del CC, define al dominio como “el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”.

El profesor Gatti trae a colación las diversas críticas que los autores han realizado a la definición legal citada. Entre ellas que peca de inexacta, ya que todo derecho real somete la cosa a la voluntad y a la acción de una persona. Por lo que es más la definición de derecho real que la de dominio. Para que se defina al dominio debió el codificador haber hecho mención a su carácter de “absolutez”. Por otro lado, la mención al sometimiento a la “voluntad” y “acción” implica un concepto redundante y estrecho a la vez, es redundante porque si la una cosa se encuentra sometida a la voluntad implica que también lo está respecto de su acción y estrecho por cuanto el sometimiento a la voluntad no solo implica acción sino también omisión. Gatti por lo tanto propone la siguiente definición: “El dominio es el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad de una persona”.²⁷

El dominio es absoluto²⁸ por ser el derecho real de mayor contenido, al otorgar a su titular las facultades de uso, goce y disposición (material y jurídica) del objeto sobre el cual se asienta el derecho real.

Como señala el maestro Gatti, el carácter absoluto del dominio deriva de que este derecho real gravita sobre la substancia de la cosa, implicando el sometimiento de ella a la voluntad de su titular.²⁹ Enseñan Valdés y Orchansky que el contenido del dominio en su noción abstracta y general, puede sintetizarse en la siguiente fórmula: el dueño lo puede todo con relación a la cosa, salvo lo que le estuviere vedado, ello en contraste con el contenido de los demás derechos reales, que consisten en lo especialmente permitido.³⁰

A su vez el dominio es perpetuo, carácter que posee doble connotación, según se desprende del artículo 2510 del CC. El dominio es perpetuo en razón de ser un derecho real que no tiene límite temporal y es perpetuo porque no se extingue por el no uso de la cosa sobre la cual el derecho se proyecta. Aunque como se señala, estas

27. GATTI, E., *Propiedad y dominio Origen. Concepto. Caracteres. Terminología*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 70.

28. Sobre la crítica a la utilización del vocablo absoluto con el que se designa al carácter del dominio que se vincula con la amplitud de facultades que le otorga a su titular, véase MENDIZABAL, G. A., “La relatividad del dominio”, en *LL*, v. 2011 D, p. 1089.

29. GATTI, ob. cit., p. 89.

30. VALDES, H. y ORCHANSKY, B., *Lecciones de derechos reales*, Ediciones Lerner, 1969, p. 184.

connotaciones no son exclusivas del dominio, sino que les es común a los derechos reales que recaen sobre la cosa propia.³¹

Dejamos por último, el carácter de exclusividad. La exclusividad del dominio señala Gatti posee tres connotaciones,³² que emergen de los artículos 2508, 2509, 2516 y 2517 del CC. No obstante ello, solo nos referiremos al artículo 2508 del CC, el cual establece que *el dominio es exclusivo. Dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa; mas pueden ser propietarias en común de la misma cosa, por la parte que cada una pueda tener.*

Del artículo citado se desprende que a priori, el dominio es exclusivo en razón de no admitir la pluralidad o concurrencia de sujetos con igual derecho, sobre una misma cosa. Ello en virtud de que las cosas no pueden tener más de un solo dueño.³³ Descartándose por ende la hipótesis de varias voluntades actuando sobre una cosa ya que de confrontar entre sí, en rigor de verdad la cosa no se encontraría sometida a la voluntad de nadie.

III. B. La llamada “Función social”

Tal como acontece con el concepto de propiedad, la “función social” de la misma, puede ser abordada desde distintos campos. Advertimos al lector que no es la intención, en los próximos párrafos, profundizar el tema de la función social de la propiedad, ya que ello será objeto de nuestro libro en elaboración. No obstante, la explicación que se seguirá, sirve como aproximación al tema. Daremos en resumidas cuentas, los lineamientos jurídicos del concepto, efectos y su fuente normativa.

En su famoso libro titulado “¿Qué es la propiedad?” Proudhon, dedicaba el segundo capítulo a “la capacidad considerada como derecho natural. De la ocupación y de la ley civil, como causas eficientes del derecho de la propiedad”. Resulta interesante iniciar el estudio de la “función social” con las palabras del autor al comienzo de aquel capítulo: “El derecho romano definía la propiedad, *jus utendi, et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*, como el derecho de usar y abusar, de las cosas en cuanto lo autorice la razón del derecho. Se ha pretendido justificar la palabra abusar, diciendo que significa, no el abuso insensato e inmoral, sino solamente el dominio absoluto. Distinción vana, imaginada para la santificación de la propiedad, sin eficacia contra los excesos de su disfrute, los cuales no previene ni reprime. El propietario es dueño de dejar podrir los frutos en su árbol, de sembrar sal en su campo, de ordeñar sus vacas en la arena, de convertir una viña en desierto

31. GATTI, ob. cit., p. 77.

32. Véase al respecto de la exclusividad del dominio, la explicación brindada por Allende en ALLENDE, G. L., *Panorama de derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 1967, p. 97.

33. GATTI, ob. cit. p. 71.

y de transformar una huerta en parque: ¿Todo esto es abuso sí o no? En materia de propiedad el uso y el abuso se confunden necesariamente”.³⁴

Aunque no estamos de acuerdo con Proudhon, sus palabras describen a la propiedad en su punto individual más alto. Como derecho absoluto en su máxima expresión, en contraposición franca con cualquier vestigio de algún elemento de tipo social.

En la redacción originaria del artículo 2513 del CC, Vélez Sarsfield establecía sobre el dominio:

Es inherente a la propiedad, el derecho de poseer la cosa, de disponer o de servirse de ella, de usarla y gozarla según la voluntad del propietario. Él puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla; tiene el derecho de accesión, de reivindicación, de constituir sobre ella derechos reales, de percibir todos sus frutos, prohibir que otro se sirva de ella, o perciba sus frutos; y de disponer de ella por actos entre vivos.

Reforzado por la respectiva nota al artículo citado:

2513. POTHIER, “De la propiedad”, núm. 5. DEMOLOMBE, t. 9, desde el núm. 543, ZACHARIAE, § 277. Importa, sin embargo, observar que los excesos en el ejercicio del dominio son en verdad la consecuencia inevitable del derecho absoluto de propiedad, pero no constituyen por sí mismos un modo del ejercicio de este derecho que las leyes reconocen y aprueban. La palabra “abuti” de los romanos expresaba solamente la idea de la disposición y no de la destrucción de la cosa. “Expedit Reipublicoe”, dice la Instituta, “ne sua re quis male utatur” (§ 2, de “his qui sui, vel alien”). Pero es preciso reconocer que siendo la propiedad absoluta, confiere el derecho de destruir la cosa. Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el Gobierno se constituye juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida.

Sin olvidar que en la nota al artículo 2506 del CC –artículo que como vimos define al dominio– Vélez ya escribía:

2506. La L. 1, tít. 28, Part. 3ª, define el dominio o la propiedad: “poder que ome ha en su cosa de facer de ella o en ella lo que quisiere, según Dios é según fuero”; pero otra ley dice: “maguer el home haya poder de facer en lo suyo lo que quisiere, pero débelo facer de manera que non faga daño ni tuerto a otro”. L. 13, tít. 32, Part. 3ª. El Cód. Francés, art. 544, define la propiedad diciendo que: “la propiedad es el derecho de gozar y de disponer de las cosas de la manera más absoluta”. Este artículo, en lugar

34. PROUDHON, P. J., *¿Qué es la propiedad?*, Madrid, ed. Orbis, 1983, p. 51.

de dar una verdadera definición, hace más bien por una enumeración de los principales atributos de la propiedad, una descripción de ese derecho. Los romanos hacían una definición empírica de la propiedad, “jus utendi et abutendi”, definición que no tiene relación, sino con los efectos y no con las causas, ni con los orígenes, porque ellos debían ocultar los orígenes de sus propiedades.

La propiedad debía definirse mejor en sus relaciones económicas: el derecho de gozar del fruto de su trabajo, el derecho de trabajar y de ejercer sus facultades como cada uno lo encuentre mejor. Para la legislación aceptamos la definición de los juriconsultos AUBRY y RAU, § 190.

A mayor abundamiento el artículo 2514 disponía:

El ejercicio de estas facultades no puede serle restringido porque tuviera por resultado privar a un tercero de alguna ventaja, comodidad o placer, o traerle algunos inconvenientes, con tal que no ataque su derecho de propiedad.

En palabras del maestro Lafaille, “cuando se trató de organizar el derecho privado, Vélez se preocupó en primer término que la libertad individual no sufriera desmedro, ni tampoco, las facultades del titular en cada caso. El interés colectivo y la negociabilidad de los valores pasaron a segundo plano”.³⁵

Dejamos a salvo que Vélez en varias notas a lo largo del CC (notas al art. 577, 4044, 4048 entre otras), pone de manifiesto la conciliación entre el interés individual y el social. Por lo que no es del todo justa la crítica que muchos autores le hacen, respecto de su ensañamiento legislativo respecto de la protección de los intereses particulares de los sujetos.³⁶ En la nota al artículo 2507 del CC puede leerse:

35. LAFAILLE, H., *Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales.*, 2° edición actualizada y ampliada por Jorge Horacio Alterini, Buenos Aires, La Ley-Ediar, t. II, p. 24.

36. Podemos explayarnos aún más sobre este punto y decir que el mismo instituto de la usucapión tiene por fundamento la faz social de la propiedad. El legislador premia a través de la usucapión, al que trabaja la tierra, la cultiva, la mantiene en definitiva productiva y apta para el desarrollo económico. Seguimos y decimos que la supresión de los derechos reales de superficie y enfiteusis fue en mira al interés social. En palabras de Vélez, exponemos algunos fragmentos de la nota al artículo 2503 del CC: Hemos juzgado que era más conveniente aceptar el derecho puro de los romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase y plantase en suelo ajeno. El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos. Así, dice Demolombe, la enfiteusis es una convención “sui generis”, un poco de arrendamiento, un poco de usufructo, un poco de propiedad; pero verdaderamente no es arrendamiento, ni usufructo, ni propiedad. La conveniencia de este contrato ha dependido siempre del estado de la sociedad en sus diferentes épocas, de las instituciones políticas que permitían los feudos, la inalienabilidad de los bienes raíces y los mayorazgos que constituían el derecho sucesorio al arbitrio de los padres. Entre nosotros ha existido, y la experiencia ha demostrado que las tierras enfiteúticas no se cultivan ni se mejoran con edificios. Suprimiendo la enfiteusis, evitamos los continuos y difíciles pleitos que necesariamente trae, cuando es preciso dividir por nuestras leyes de

El ser colectivo que se llama el Estado, tiene, respecto a los bienes que están en el territorio, un poder, un derecho superior de legislación, de jurisdicción y de contribución, que aplicado a los inmuebles, no es otra cosa que una parte de la soberanía territorial interior. A este derecho del Estado, que no es un verdadero derecho de la propiedad o dominio, corresponde sólo el deber de los propietarios de someter sus derechos a las restricciones necesarias al interés general, y de contribuir a los gastos necesarios a la existencia, o al mayor bien del Estado. Véase ZACHARIAE, § 274.

Siguiendo este criterio la parte final de la nota al artículo 2508 del CC reza:

Cuando establecemos que el dominio es exclusivo, es con la reserva que no existe con este carácter, sino en los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley, por una consideración esencial a la sociedad: el predominio, para el mayor bien de todos y de cada uno, del interés general y colectivo, sobre el interés individual.

A su vez los límites y restricciones al dominio, legislados en el CC dan cuenta de la existencia de barreras al ejercicio del derecho de propiedad. Marienhoff al respecto puntualizaba “las limitaciones a la propiedad privada en interés público son el conjunto de medidas jurídico-legales concebidas para que el derecho de propiedad individual armonice con los requerimientos del interés público o general, evitando, así, que el mantenimiento de aquel derecho se convierta en una traba para la satisfacción de los intereses del grupo social”.³⁷

Sin tener en cuenta estos aspectos sociales asentados por Vélez y remarcando el profundo individualismo de nuestro Código Civil, el maestro León Duguit, expresaba que la propiedad dejaba de ser el derecho subjetivo del propietario para convertirse en la función social del poseedor de la riqueza. Para ello sostenía que “ante todo, el propietario tiene el deber y el poder de emplear la riqueza que posee en la satisfacción de sus necesidades individuales. Pero, bien entendido, que no se trata más que de los actos que corresponden al ejercicio de la libertad individual (...). Los actos realizados en vista de este fin serán protegidos. Aquellos que no tienen este fin, y que por otra parte, no persiguen un fin de utilidad colectiva, serán contrarios a la ley de propiedad y podrán dar lugar a una represión o a una reparación. Así resultan muy fácil y muy lógicamente explicadas todas las decisiones que reconocen y sancionan la imposibilidad para el propietario de realizar en la cosa que posee acto alguno que no signifique alguna utilidad. Y de ahí esas decisiones

sucesión el derecho enfiteútico y el derecho del señor directo. El contrato de arrendamiento será entre los propietarios y los cultivadores o criadores de ganado, un intermediario suficiente.

37. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, t. IV, p. 19.

explicadas sin recurrir a las teorías contradictorias e inexplicables del abuso del derecho, de la limitación del derecho de propiedad, fundadas en la distinción imposible del uso normal y anormal del derecho de propiedad”³⁸

En el año 1968, la reforma que introdujo la Ley 17.711, impactó en los artículos 2326, 2513, 2514 y 3475 bis, 2618 y 2340 inc. 3 del CC, los cuales ahora establecen:

Art. 2326. Son cosas divisibles, aquellas que sin ser destruidas enteramente pueden ser divididas en porciones reales, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma. No podrán dividirse las cosas cuando ello convierta en antieconómico su uso y aprovechamiento. Las autoridades locales podrán reglamentar, en materia de inmuebles, la superficie mínima de la unidad económica.

Art. 2513. Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular.

Art. 2514. El ejercicio de estas facultades no puede ser restringido, en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades.

Art. 3475 bis. Existiendo posibilidad de dividir y adjudicar los bienes en especie, no se podrá exigir por los coherederos la venta de ellos. La división de bienes no podrá hacerse cuando convierta en antieconómico el aprovechamiento de las partes, según lo dispuesto en el artículo 2326.

Art. 2340. Quedan comprendidos entre los bienes públicos: inc. 3°. Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación.

Art. 2618. Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o danos similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no debe exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquellas.

Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los danos o la cesación de tales molestias.

En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso.

El juicio tramitara sumariamente.

38. DUGUIT, L., *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, segunda corrección corregida y aumentada, Madrid, Francisco Beltrán, p. 186.

Borda al explicar la reforma filosófica que suponen estas nuevas redacciones, manifestó que “la propiedad, particularmente la propiedad de los bienes que sirven para producir otros, tiene una función social que cumplir. No se reconoce, no digamos ya el derecho a destruir la cosa, sino el de mantenerla improductiva, de no hacerle rendir los frutos que razonablemente debe producir si se la explota adecuadamente. De ahí el derecho reconocido en la *Populorum Progressio*, de expropiar una cosa deficientemente explotada”.³⁹

No obstante lo enseñado por Borda, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya en 1957 en el fallo “Gimenez Fauvety y otros s. demanda de inconstitucionalidad”, dejaba dicho: “Es necesario señalar que en la organización social actual, el propietario de la tierra fértil no atiende al real destino de ella, haciéndola mero capital productivo de renta, para limitarse a disfrutar del precio que obtiene por la cesión de su uso”.⁴⁰ La tierra de esta forma tiene un destino de carácter social vinculada con su trabajo, esto es mantenerla productiva.

Alterini por su parte enseña que “a pesar de la aparente supresión de atribuciones específicas como las de desnaturalizar, degradar o destruir la cosa, no desaparecen del texto vigente. Efectivamente, ellas quedan englobadas en el “derecho de disponer de la cosa”, y es evidente que la destrucción o consumo es a veces imprescindible hasta para extraer la utilidad de la cosa de la cual se es propietario; piénsese en los distintos alimentos”.⁴¹

Rezzonico trae a colación el estudio de diversos autores sobre el tema. Expone el autor que la generalidad de los autores (cita a Laveleye, Cárdenas, Santamaría de Paredes, Bertinaria, Ahrens, entre otros), están de acuerdo en considerar que en la propiedad hay dos elementos: uno individual y otro social.⁴²

39. BORDA, G. A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, ed. Perrot, 1971, p. 375.

40. Carrera comentando el citado fallo expresa que esta afirmación de la Corte supone “que la consideración de los derechos y deberes de los propietarios de la tierra debe efectuarse conforme a la organización social actual. Esto es lo que la propia Corte ha llamado la interpretación “dinámica” de la Constitución (...) que la tierra rural tiene un destino real, que es ser trabajada por su dueño, porque cuando este lo arrienda o cede no cumple con su destino”. CARRERA, R. R., *Derecho agrario para el desarrollo*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1978, p. 43.

41. Continúa el autor “paralelamente “el ejercicio regular” que impone la norma, no obsta para que el dueño de un inmueble edificado, pueda por ejemplo, practicar todas las modificaciones en su estructura que crea convenientes, e incluso llegue a demoler lo construido”. Así Alterini afirma que el ejercicio regular tiene sentido solo en situaciones excepcionales. Brindando ejemplos tales como productores de vino o de pescado que destruyeren los objetos a los efectos de evitar que la acumulación de existencias en la plaza deprimiese los precios. LLAMBÍAS, J. J. y ALTERINI, J. H., *Código Civil Anotado*, Doctrina - Jurisprudencia, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, t. IV-A, p. 308.

42. En Brasil la doctrina se ha ocupado de debatir acerca de si la función social de la propiedad podía ser aplicada a un elemento estructural de la propiedad o si podía ser aplicada como elemento estructural de los derechos. En este contexto se dijo que “...la función social es un atributo de la tierra, no de

La faz individual es en la estructura del derecho de propiedad su elemento originario. En palabras de Molinario, "...la propiedad privada individual, tanto estable como temporaria, no tiene su justificativo tan solo en los derechos a la vida y a la libertad, sino que también responde a otras razones de igual gravitación. Así tenemos en tercer término que todo ser viviente tiene lo que podríamos denominar el instinto de la propiedad, que en el ser humano, inteligente y libre, se transforma en la conciencia de la necesidad de la propiedad".⁴³ Bajo esta concepción la propiedad es "una tendencia del ser viviente".

Santamaría de Paredes, al comienzo de su obra manifestaba que "No bastándole al hombre sus facultades para el cumplimiento de su destino, busca el auxilio de la naturaleza: ésta le ofrece su utilidad y se somete a su dominio, exigiéndole tan solo el ejercicio de su actividad sobre ella. Pues la propiedad es la fórmula de esa relación del hombre sobre la materia, establecida por medio de su trabajo; he ahí el elemento individual. Pero el hombre no vive solo, cumple su fin asociado con sus semejantes, y en este estado nace una nueva relación que así como la anterior, se manifiesta entre el individuo y la especie, entre el hombre y la sociedad".⁴⁴

En la misma línea Rezzonico sostiene que el elemento social "es por la colaboración, por el apoyo que la sociedad aporta a la formación o adquisición de toda propiedad".⁴⁵

Se destaca en este sentido el profesor Mendizábal, para quien el derecho real de dominio es relativo, en el sentido de que no es un poder ilimitado. Así el citado autor nos enseña que el dominio "es exclusivo, puede ser perpetuo, pero no es absoluto".⁴⁶

Gatti por su parte puntualiza que "la prevalencia del interés social por sobre el individual y la preocupación del legislador al respecto se ponen sobre todo, en evidencia en el mismo régimen legal de los derechos reales, que, como se sabe, está dominado por el principio del orden público". Con total agudeza seguía el maestro "la sociedad nada tiene que temer del carácter absoluto del dominio, con el alcance que le hemos dado, porque esa "absolutez" solo existe en los límites, y bajo las condiciones determinadas por la ley, por una consideración esencial a la sociedad:

sus dueños, o sus derechos de propiedad. Por consiguiente, lo que se debe considerar es si la tierra cumple con su función social". DOS SANTOS CUNHA, A., "La función social de la propiedad en el derecho brasileño" en BONILLA MALDONADO, D. (coord.), *La función social de la propiedad*, Buenos Aires, Eudeba, 2013, p. 225.

43. MOLINARIO, ob. cit., p. 171

44. SANTAMARÍA DE PAREDES, V., *La defensa del derecho de propiedad y sus relaciones con el trabajo*, Madrid, Tipografía del Colegio Nacional de Sordo Mudos y de Ciegos, 1874, p. 13.

45. REZZONICO, L. M., *El Código Civil Argentino y el Concepto Actual del dominio*, Buenos Aires, Restoy & Doeste, 1927, p. 131.

46. MENDIZABAL, ob. cit., p. 1089.

el predominio, para el mayor bien de todos y de cada uno, del interés general y colectivo, sobre el interés individual”.⁴⁷

Nino al tratar sobre la legitimación de la propiedad privada, concluía en que “el derecho de propiedad individual esta sobredeterminado en el sentido de que hay varias justificaciones que convergen en fundar su legitimidad. Pero todas esas justificaciones implican limitaciones severas a la propiedad plena, que está asociada a la concepción del derecho romano, lo que es sumamente relevante para su regulación constitucional”.⁴⁸

Se vislumbra la dualidad en la estructura de la propiedad en la doctrina Alemana. Wolff al señalar el contenido del derecho de propiedad, manifiesta que se ha de determinar en cuatro direcciones. Dos de ellas, refieren al “libre arbitrio del propietario” y el “deber de ejercerla de conformidad con las exigencias sociales”.⁴⁹

Se ha llegado al punto de teñir con la función social a la misma posesión. En este sentido puede leerse en los estudios de Hernández Gil que “declinan las viejas funciones de la posesión, o al menos no son éstas las que hoy canalizan su fuerza social (...) Además de la función social derivada de la propiedad, existe otra específicamente predicable de la posesión”.⁵⁰

Vemos fugazmente como de esta forma paulatinamente se incorpora el elemento social a la estructura del derecho de propiedad.

Al hablar de “elemento”, nos referimos a aquello que compone o integra el derecho de propiedad, mientras que la “función” del elemento alude a los efectos jurídicos que aquel elemento produce.

De esta forma comprendemos que la “función social” se proyecta –en cuanto al ejercicio del derecho de propiedad– en dos aspectos básicos: a) en cuanto a la *destrucción* de la cosa; y b) en cuanto a la *producción* de la cosa. Pero ambas

47. GATTI, E., *Derechos Reales. Teoría General*, Buenos Aires, Tratamiento sistemático y apéndice complementario, Lajouane, 1° Ed del siglo XXI, 2006, p. 296.

48. NINO, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*, 3° reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 364.

49. ENNECCERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas.*, Octava revisión, traducción de la 32 edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por Blas Pérez González y José Alguer, Buenos Aires, Bosch publicaciones jurídicas, 1948, v. I, t. III, p. 300.

50. La función social de la propiedad –expone el autor– estriba fundamentalmente en lo que hay de ella de eliminable. La de la posesión radica, ante todo, en lo que tiene de imprescindible (...) también cumple la propiedad una función social cuando se facilita el acceso a ella respecto de los bienes de uso necesario. Toda formula tendente a evitar la concentración monopolística de la propiedad introduce un fenómeno socializador. Sin embargo, aun en tal hipótesis se aprecia la diferencia de que la propiedad privada no es el instrumento jurídico indispensable para conceder el goce, mientras que sí lo es la posesión. HERNÁNDEZ GIL, A., *La función social de la posesión*, Madrid, Alianza Editorial, 1969, p. 174.

proyecciones son algunos de los efectos jurídicos que se derivan del “elemento” social que compone el derecho de propiedad.

En resumen, se ha desarrollado “la teoría orgánica de la propiedad”. Con ella se busca la conciliación del elemento individual y social del derecho de propiedad. En este sentido, se ha expuesto el principio fundamental que sustenta dicha teoría en los siguientes términos: “el individuo no puede prescindir de la sociedad, ni ésta de aquel. De allí, pues, en todo derecho una profunda concatenación entre el elemento individual y el social. Ambos deben existir y respetarse mutuamente; cada uno tendrá su Reino, su esfera de acción, donde gozará de poder e independencia. Pero en caso de conflicto entre sus intereses debe adjudicársele la victoria al elemento social, porque el interés de la especie es superior al del individuo”.⁵¹

III. C. La mentada “Función Ambiental”

Le asignamos al vocablo “propiedad” –a los efectos del presente apartado– el alcance de derechos reales ejercitables por la posesión, que tengan o no por objeto cosas que consideradas en sí mismas sean recursos naturales.

La doctrina ha mencionado esta faceta ambiental de la propiedad. En particular al derecho ambiental como límite a las potestades del propietario.

El profesor Mendizábal señala que “en la actualidad asistimos a una nueva dimensión de la función social de la propiedad, más amplia que la tradicional, pues ya no se limita a la tierra como bien permanente de producción, toda vez que alcanza así mismo al ambiente, a la riqueza forestal y al paisaje”.⁵²

Mosset Iturraspe, Hutchinson y Donna, expresan “la función social de la propiedad está en la base de la protección al medio ambiente. Dicho de otro modo, tal vez más elocuente, con el solo manejo de la noción tradicional no puede haber tutela ambiental suficiente”. Concluyen los autores diciendo que “el concepto de función social de la propiedad, tanto privada como pública, ubicada en la zona urbana o rural, es inseparable del requisito, obligatorio o inexorable, del “uso racional”, tanto de la propiedad en sí como de los recursos ambientales, naturales, o culturales que la integran”⁵³ y citando a Salvatier “prevalece un concepto de derecho de propiedad inmueble de carácter relativo, en consideración a su función social”.⁵⁴

Lorenzetti, siguiendo la postura brasileña menciona el concepto de “función ambiental”, no directamente referido como elemento o faz de la propiedad como

51. REZZONICO, ob. cit., p. 136.

52. MENDIZABAL, ob. cit., p. 1089.

53. MOSSET ITURRASPE, J., HUTCHINSON, T. y DONNA, E. A., *Daño ambiental*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, t. 1, p. 52.

54. Salvatier citado MOSSET ITURRASPE, J., HUTCHINSON, T. y DONNA, E. A., *ibid.*, p. 53.

se propone en este ensayo. Pero resulta necesario mencionar sus palabras: “El surgimiento del “bien ambiental” ha redimensionado el ejercicio de los derechos subjetivos señalándoles un límite externo que denominamos “función ambiental” (...) está claramente señalada en el artículo 41 de la Constitución Nacional y consta de los siguientes elementos: el derecho a un ambiente sano; el deber de no contaminar, la obligación de recomponer, de resarcir, y de no comprometer las generaciones futuras. Estos datos normativos conforman un núcleo duro de normas que establecen un objetivo ambientalista y límites a la actuación social y a la producción jurídica”. Sigue el autor diciendo: “El uso sustentable tiene que ver con el ejercicio que hace cada individuo de las facultades inherentes a su derecho real de propiedad o usufructo sobre un bien (ya sea natural o cultural). La actividad propiamente dicha se agota en la satisfacción de quien lo ejerce, cualquiera sea el motivo que la inspire (ganar el sustento, necesidad de abastecimiento, recreación, placer etc.); y con el único límite de no hacerlo de modo antifuncional”.⁵⁵

Nótese que los autores marcan la relación existente entre la función social y el derecho ambiental. Esta relación se encuentra dada desde lo ambiental como nueva dimensión de la función social de la propiedad o hasta de renovación conceptual de la función social para poder tutelar el ambiente.

Nosotros en cambio decimos que la función ambiental nace de la función social, pero lejos de quedarse en su seno, se aparta. Cobra un sentido y un peso específico propio, se alza como elemento integrativo de la propiedad, pero de forma independiente y elevada respecto de los planos tanto individual como social.

El elemento ambiental si bien surge de la función social de la propiedad, su autonomía comienza con conceptos tales como “desarrollo sustentable”, “uso racional”, entre otros.⁵⁶ Estos conceptos inciden en la extensión del contenido del derecho real.⁵⁷ Razón por la cual los poderes que el derecho real le confieren a su titular, se encuentran limitados por el desarrollo sustentable y el uso racional de los objetos. Pero el desarrollo sustentable o el uso racional son efectos o consecuencias. Si hablamos de los efectos, tenemos que hallar la causa fuente de los mismos. Estas consecuencias encuentran su origen en lo que llamamos “elemento o faz ambiental”

55. LORENZETTI, R. L., *Teoría del derecho ambiental*, Buenos Aires, La Ley, p. 44.

56. Incorporar a la noción de propiedad el elemento o faz ambiental permite conciliar términos como el de “patrimonio ambiental”, el cual alude a la idea de “herencia legada por las generaciones que nos han precedido y que debemos transmitir intacto a las generaciones que nos seguirán. De esta forma el patrimonio ambiental se conforma de: el patrimonio biológico, el patrimonio cultural, el patrimonio arquitectónico o urbano, el patrimonio rural, y el patrimonio que conforman los ecosistemas regionales que exhiben las bellezas naturales en los llamados parques nacionales”, BUSTAMANTE ALSINA, J., *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 43.

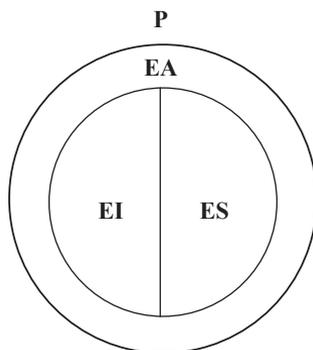
57. La extensión del contenido de los derechos reales se determina positivamente a través del análisis de las facultades que lo tipifican y de la extensión material de los mismos. GATTI, ob. cit., p. 259.

de la propiedad. Es decir, la función ambiental de la propiedad se traduce en la sustentabilidad y uso racional de las cosas. Ello deriva en que el actual concepto de propiedad posea intrínsecamente una faz ambiental.

Debemos tener en cuenta que el término “desarrollo sustentable” es empleado por las normas y la doctrina en relación directa al recurso natural, mas no al derecho de propiedad. Sin embargo entendemos, que no es condición indispensable que la cosa sea un recurso natural para poder hablar de desarrollo sustentable, desde el momento que este concepto impacta en el ejercicio del derecho de propiedad.

La faz ambiental de la propiedad supera a la social y la abarca junto con el elemento individual. En otras palabras, lo ambiental se integra como elemento y “cierra” el concepto de propiedad. Ello quiere decir que la faz individual y social deben ser acordes al derecho ambiental. El sujeto no puede abusar de su derecho sobre la cosa, manteniéndola por ejemplo improductiva, en virtud de la faz social. Ahora manteniéndola productiva, esa producción no puede impactar negativamente en el ambiente. He aquí como actúa la “función ambiental” de la propiedad. El elemento ambiental nace de la faz social de la propiedad hasta tomar cuerpo propio transformándose en el elemento que cierra el propio concepto de propiedad ya que su “función” es impactar en el contenido del derecho de propiedad englobando las consecuencias que se derivan de la faz social e individual.

La propiedad –en nuestra tesis– deja de tener una estructura orgánica bipartita pasando a ser tripartita, ya que son tres los elementos que componen el derecho. No obstante, estos elementos no se encuentran en pie de igualdad. La faz ambiental es dominante en la estructura del derecho de propiedad, ya que engloba la faz social e individual, siendo por ello “elemento de cierre”. Abordamos gráficamente lo expuesto y diremos que “P” significa propiedad (en el sentido que le hemos asignado), “E.A” es Elemento ambiental, “E.I” Elemento individual y “E.S” Elemento social.



La propiedad pensada como derecho tripartito, armoniza con los objetivos de política ambiental contenidos en la Ley General del ambiente. Actualizando el concepto de derecho de propiedad a través de mandatos como “Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas; Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria; Promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales; Mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos; Asegurar la conservación de la diversidad biológica y posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo”, entre otras.

Además, consagrar el elemento ambiental es adecuar el derecho de propiedad en su faz individual y social, al principio de sustentabilidad contenido en la Ley 25.675:

Principio de sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.

Nos resulta en este punto esclarecedora la regulación del derecho de propiedad en el Código Civil de Brasil del año 2002. El artículo 1228 de aquel cuerpo legal establece:

El derecho de propiedad se debe ejercer de conformidad con sus *finés económicos, sociales y ambientales*, de manera que se conserven la flora, la fauna y las bellezas naturales, al igual que el equilibrio ecológico y los patrimonios históricos y artísticos, y que se evite la contaminación del aire y del agua, respetando las normas establecidas por la legislación específica.

Queda asentada en la propia norma, la autonomía de los fines ambientales de la propiedad, respecto de los económicos y sociales. Evidencia ello la estructura tripartita de la propiedad en la actualidad.

Como veníamos apuntando la necesidad de hablar del elemento ambiental, es necesario a los efectos de adecuar el ejercicio del derecho de propiedad al mandato Constitucional del artículo 41, el cual establece:

Todos 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. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la

utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012, trae a colación la necesidad de incorporar límites al ejercicio de los derechos individuales, a los efectos de que su ejercicio no afecte el funcionamiento de la sustentabilidad de los ecosistemas y biodiversidad. Así dispone en su artículo 240, lo siguiente:

Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. *Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros*, según los criterios previstos en la ley especial.

A, mas el Código proyectado, establece en su art. 14 in fine:

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

En conclusión, la evolución normativa sobre el ambiente impacta en el derecho de propiedad. Una revisión de la composición de este derecho nos mueve a concebir a la propiedad en términos de elementos tripartitos. Es propio hablar de una faz más: la ambiental.

El derecho de propiedad que pregonamos goza de tres elementos: el individual, el social y, por último, el ambiental. Dentro del social se explica la teoría de la “función social” y dentro del ambiental se explica “la función ambiental”. Siendo el elemento ambiental el que cierra el concepto ya que la faz individual y social deben adecuarse a sus principios.

IV. PRUEBA DE TESIS: EL AGUA Y EL SUELO

Una vez estudiados los recursos naturales que contempla el CC ya sea en su versión originaria o luego de la reforma de la 17.711, y el concepto de “función ambiental de la propiedad”. El análisis que se sigue, procura encontrar en distintas normas indicios que permitan abonar la tesis del elemento ambiental en el derecho de propiedad.

Para llevar a cabo lo expuesto tomaremos como referencia dos recursos naturales: el agua y el suelo. Citando solo algunos de los artículos que legislan ambos recursos de la naturaleza.

Es necesario que el lector recuerde que el elemento ambiental se incorpora como faz necesaria del concepto de propiedad por la propia evolución normativa y proteccionista al ambiente (incorporación del art. 41 a la Constitución Nacional, leyes de presupuestos mínimos, desarrollo jurisprudencial), pero que sin perjuicio de ello, la forma embrionaria de la función ambiental nace de la función social de la propiedad.

Los artículos seleccionados del CC, son manifestaciones de la función social del suelo y del agua, que interpretados en forma amplia, nos permitirían alegar la protección al ambiente tanto en la época de la redacción del Código como luego de la reforma de la Ley 17.711. El resto de las normas en materia de agua y suelo que se citan, ya pertenecen a la esfera del derecho ambiental propiamente dicho.

La metodología seguida será la de transcripción íntegra de los artículos para su completa lectura. Respecto de los artículos del CC seleccionados se ha destacado las partes pertinentes que permiten una interpretación amplia de la propiedad en términos ambientales.

En cambio de las demás normas citadas, se seleccionaron los artículos de mayor relevancia ambiental a los efectos de probar la tesis.

1. El suelo.

Art. 2.615. El propietario de un fundo no puede hacer excavaciones ni abrir fosos en su terreno que puedan *causar la ruina de los edificios o plantaciones existentes* en el fundo vecino, o de producir desmoronamientos de tierra.

Art. 2.588. Cuando de buena fe, se edificar, sembrare o plantare, con semillas o materiales propios en terreno ajeno, el dueño del terreno tendrá derecho para hacer suya la obra, siembra o plantación, previas las indemnizaciones correspondientes al edificante, sembrador o plantador de buena fe, *sin que éste pueda destruir lo que hubiese edificado, sembrado o plantado*, no consintiéndolo el dueño del terreno.

Art. 2.326. Son cosas divisibles, aquellas que sin ser destruidas enteramente pueden ser divididas en porciones reales, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma.

No podrán dividirse las cosas cuando ello convierta en antieconómico su uso y aprovechamiento. Las autoridades locales podrán reglamentar, en materia de inmuebles, la superficie mínima de la unidad económica. (Párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968).

Incorporamos al estudio jurídico del suelo, el Código Rural de la Provincia de Buenos Aires y el Decreto-Ley 8912/77.

Destacamos del Código Rural los siguientes artículos:

Art. 43. (...) La determinación de las superficies constitutivas de la unidad económica, deberá efectuarse teniendo en cuenta las características de la zona, la calidad de la tierra, el tipo de cultivo y la existencia o falta de riego, estableciéndose su extensión de modo de *permitir una explotación próspera*.

Art. 47. Declárase de interés público en todo el territorio de la Provincia la *conservación del suelo agrícola, entendiéndose por tal el mantenimiento y mejora de su capacidad productiva*.

Art. 48. Para la aplicación de las normas sobre conservación de suelos y *el mantenimiento de su fertilidad*, el Poder Ejecutivo deberá determinar previamente las regiones o áreas de suelos erosionados, agotados y degradados.

Art. 53. El propietario u ocupante legal de un predio está obligado a: a) Denunciar la existencia de erosión o degradación manifiesta de los suelos. b) Ejecutar los planes oficiales de prevención y lucha contra la erosión, degradación y agotamiento de los suelos que se establezcan. c) Realizar en su predio los trabajos necesarios de lucha contra la erosión o degradación por salinización tendientes a evitar daños a terceros.

Del Decreto-Ley 8912/77, seleccionamos:

Art. 1. La presente Ley rige el ordenamiento del territorio de la Provincia, y regula el uso, ocupación, subdivisión y equipamiento del suelo.

Art. 2. Son objetivos fundamentales del ordenamiento territorial:

- a. Asegurar la preservación y el mejoramiento del medio ambiente, mediante una adecuada organización de las actividades en el espacio.
- b. La proscripción de acciones degradantes del ambiente y la corrección de los efectos de las ya producidas.
- c. La creación de condiciones físico-espaciales que posibiliten satisfacer al menor costo económico y social, los requerimientos y necesidades de la comunidad en materia de vivienda, industria, comercio, recreación, infraestructura, equipamiento, servicios esenciales y calidad del medio ambiente.
- d. La preservación de las áreas y sitios de interés natural, paisajístico, histórico o turístico, a los fines del uso racional y educativo de los mismos.
- e. La implantación de los mecanismos legales, administrativos y económico-financieros que doten al gobierno municipal de los medios que posibiliten la eliminación de los excesos especulativos, a fin de asegurar que el proceso de ordenamiento y renovación urbana se lleve a cabo salvaguardando los intereses generales de la comunidad.
- f. Posibilitar la participación orgánica de la comunidad en el proceso de ordenamiento territorial, como medio de asegurar que tanto a nivel de la

formulación propuesta, como de su realización, se procure satisfacer sus intereses, aspiraciones y necesidades.

- g. Propiciar y estimular la generación de una clara conciencia comunitaria sobre la necesidad vital de la preservación y recuperación de los valores ambientales.

Art. 27. (Decreto-Ley 10128/83) Para su afectación actual o futura a toda zona deberá asignarse uso o usos determinados.

En el momento de realizarse la afectación deberán establecerse las restricciones y condicionamientos a que quedará sujeto el ejercicio de dichos usos.

En las zonas del área urbana, así como en las residenciales extraurbanas, industriales y de usos específicos del área complementaria y rural, deberán fijarse las restricciones y condicionamientos resultantes de los aspectos que a continuación se detallan, que son independientes entre sí con la zona, con el todo urbano y con sus proyecciones externas;

1. Tipo de uso del suelo.
2. Extensión de ocupación del suelo (F.O.S.)
3. Intensidad de ocupación del suelo (F.O.T.) y, según el uso, densidad.
4. Subdivisión del suelo.
5. Infraestructura de servicios y equipamiento comunitario.

Art. 28. (Decreto-Ley 10128/83) En cada zona, cualquiera sea el área a que pertenezca, se permitirán todos los usos que sean compatibles entre sí. Los molestos nocivos o peligrosos serán localizados en distritos especiales, con separación mínima a determinar según su grado de peligrosidad, molestia o capacidad de contaminación del ambiente.

2. El agua.

Art. 2621. *Nadie puede construir cerca de una pared medianera o divisoria, pozos, cloacas, letrinas, acueductos que causen humedad; establos, depósitos de sal o de materias corrosivas, artefactos que se mueven por vapor, u otras fábricas, o empresas peligrosas a la seguridad, solidez y salubridad de los edificios, o nocivas a los vecinos, sin guardar las distancias prescriptas por los reglamentos y usos del país, todo sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior. A falta de reglamentos, se recurrirá a juicio de peritos.*

Art. 2625. *Aun separados de las paredes medianeras o divisorias, nadie puede tener en su casa depósitos de aguas estancadas, que puedan ocasionar exhalaciones infestantes, o infiltraciones nocivas, ni hacer trabajos que transmitan a las casas vecinas gases*

fétidos, o perniciosos, que no resulten de las necesidades o usos ordinarios; ni fraguas, ni máquinas que lancen humo excesivo a las propiedades vecinas.

Art. 2.638. El propietario de una fuente que deja correr las aguas de ella sobre los fundos inferiores, *no puede emplearlas en un uso que las haga perjudiciales a las propiedades inferiores.*

Art. 2.653. *Es prohibido al dueño del terreno superior, agravar la sujeción del terreno inferior, dirigiendo las aguas a un solo punto, o haciendo de cualquier modo más impetuosa la corriente que pueda perjudicar el terreno inferior.*

Hemos hecho referencia a la Ley 25.688 de Régimen de Gestión Ambiental del Agua. Ya el artículo primero nos impide hablar de un derecho de propiedad clásico en su estructura:

Esta ley establece los presupuestos mínimos ambientales, para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional.

Nos queda compatibilizar los límites que dicha norma le impone al ejercicio del derecho de propiedad en lo que respecta a los usos del agua. De esta forma el artículo quinto establece lo que entiende por utilización de las aguas:

- a. La toma y desviación de aguas superficiales;
- b. El estancamiento, modificación en el flujo o la profundización de las aguas superficiales;
- c. La toma de sustancias sólidas o en disolución de aguas superficiales, siempre que tal acción afecte el estado o calidad de las aguas o su escurrimiento;
- d. La colocación, introducción o vertido de sustancias en aguas superficiales, siempre que tal acción afecte el estado o calidad de las aguas o su escurrimiento;
- e. La colocación e introducción de sustancias en aguas costeras, siempre que tales sustancias sean colocadas o introducidas desde tierra firme, o hayan sido transportadas a aguas costeras para ser depositadas en ellas, o instalaciones que en las aguas costeras hayan sido erigidas o amarradas en forma permanente;
- f. La colocación e introducción de sustancias en aguas subterráneas;
- g. La toma de aguas subterráneas, su elevación y conducción sobre tierra, así como su desviación;
- h. El estancamiento, la profundización y la desviación de aguas subterráneas, mediante instalaciones destinadas a tales acciones o que se presten para ellas;

- i. Las acciones aptas para provocar permanentemente o en una medida significativa, alteraciones de las propiedades físicas, químicas o biológicas del agua;
- j. Modificar artificialmente la fase atmosférica del ciclo hidrológico.

V. CONCLUSIONES

1. Son recursos naturales aquellos elementos de la naturaleza ya sean bióticos o abióticos, renovables o no renovables que sin ser alcanzados por la actividad del hombre son susceptibles de apropiación privada a los fines de satisfacer diversas necesidades y que a tales efectos se constituyen jurídicamente en cosas o se le aplican las disposiciones referentes a las mismas.
2. El ejercicio del derecho real de superficie forestal, sea en su modalidad de adquisición de la propiedad superficiaria –cuando existen plantaciones– o del propio derecho de forestar –en caso de no existir plantaciones– debe ser conforme a lo dispuesto por el régimen jurídico ambiental.
3. El objeto de los derechos reales son los bienes. En sentido amplio la palabra “bien” comprende cosas y derechos (o bienes en sentido restringido). Si el agua, el suelo, la flora, la fauna, la energía (no obstante su particular condición y naturaleza jurídica), son jurídicamente “cosas”, ellas pueden ser objeto de derecho real. Sin perjuicio son “cosas” que por su particular condición al constituir recursos naturales, ellas en sí limitan la esfera de acción de voluntad del sujeto titular del derecho. Además, sostenemos que el resto de las cosas (muebles o inmuebles) que no son en sí mismas recursos naturales, cuando son explotadas en cuanto a su producción, puestas en circulación económica o alteradas físicamente, no pueden tampoco contrariar lo dispuesto por el ordenamiento jurídico ambiental.
5. Los derechos reales –que tengan o no como objeto cosas que sean recursos naturales– se encuentran limitados, en cuanto al ejercicio de los poderes que confieren a su titular, a lo dispuesto por el derecho ambiental, de esta forma dichas potestades se adecuan a conceptos tales como “desarrollo sustentable” o “uso racional”.
6. La “función social” se proyecta –en cuanto al ejercicio del derecho de propiedad– en por lo menos dos aspectos básicos: a) en cuanto a la *destrucción* de la cosa; y b) en cuanto a la *producción* de la cosa. Pero ambas proyecciones son algunos de los efectos jurídicos que se derivan del “elemento” social que compone el derecho de propiedad.

7. El elemento ambiental surge de la función social de la propiedad, pero su autonomía comienza con conceptos tales como “desarrollo sustentable”, “uso racional”, entre otros. Estos conceptos inciden en la extensión del contenido del derecho real. Razón por la cual los poderes que el derecho real le confieren a su titular, se encuentran limitados por el desarrollo sustentable y el uso racional de los objetos. Pero el desarrollo sustentable o el uso racional son efectos o consecuencias. Si hablamos de los efectos, tenemos que hallar la causa fuente de los mismos. Estas consecuencias encuentran su origen en lo que llamamos “elemento o faz ambiental” de la propiedad. Es decir, la función ambiental de la propiedad se traduce en la sustentabilidad y uso racional de las cosas. Ello deriva en que el actual concepto de propiedad posea intrínsecamente una faz ambiental.
8. La faz ambiental de la propiedad supera a la social y la abarca junto con el elemento individual. En otras palabras, lo ambiental se integra como elemento y “cierra” el concepto de propiedad. Ello quiere decir que la faz individual y social deben ser acordes al derecho ambiental. El sujeto no puede abusar de su derecho sobre la cosa, manteniéndola por ejemplo improductiva, en virtud de la faz social. Ahora manteniéndola productiva, esa producción no puede impactar negativamente en el ambiente. He aquí como actúa la “función ambiental” de la propiedad. El elemento ambiental nace de la faz social de la propiedad hasta tomar cuerpo propio transformándose en el elemento que cierra el propio concepto de propiedad ya que su “función” es impactar en el contenido del derecho de propiedad englobando las consecuencias que se derivan de la faz social e individual.
9. La propiedad deja de tener una estructura orgánica bipartita pasando a ser tripartita, ya que son tres los elementos que componen el derecho. No obstante, estos elementos no se encuentran en pie de igualdad. La faz ambiental es dominante en la estructura del derecho de propiedad, ya que engloba la faz social e individual, siendo por ello “elemento de cierre”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLENDE, Guillermo L., *Panorama de derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 1967.
—, *Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas*, Buenos Aires, temas EUBA, 1971.
—, *Tratado de las servidumbres*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1967.

- , “Naturaleza jurídica de la energía (jurídicamente no es cosa)”, en *LL*, 118, 1965, pp. 1138-1148.
- ALTERINI, Jorge H., “Superficie forestal”, en *Revista del Notariado*, Vol. 873, pp. 121-126.
- ÁRRAGA PENIDO, Mario O., “La energía como cosa objeto de los derechos reales y el Proyecto de Código Civil de 1998”, en *JA*, 2002-II, p. 1012-1036.
- BELLORIO CLABOT, Dino, *Tratado de derecho ambiental*, 2ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, t. 1.
- BIDART CAMPOS, G. J., *Manual de la constitución reformada*, segunda reimpresión, Buenos Aires, Ediar, 2000, t. II.
- BORDA, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, ed. Perrot, 1971.
- BUERES, Alberto J., (dir.) y HIGHTON, E. I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, t. 5.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
- CAPALBO, Sofía, “El agua como un derecho humano y el rol del Estado” en CAPALBO, Griselda D., *Gobernanza y manejo sustentable del agua. Governance and Sustainable Management of Water*, editorial Mnemosyne, 2011, pp. 367-381
- CARRERA, Rodolfo R., *Derecho agrario para el desarrollo*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1978.
- COSTANINI, Juan M., “Derecho Real de Superficie Forestal. Implicancias económicas y ambientales”, en *ED*, t. 211, p. 606-623.
- DOS SANTOS CUNHA, Alexandre, “La función social de la propiedad en el derecho brasileño”, en BONILLA, Maldonado (coord.), *La función social de la propiedad*, Buenos Aires, Eudeba, 2013, pp. 217-228.
- DUGUIT, León, *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, segunda corrección corregida y aumentada, Madrid, Francisco Beltrán, 1912.
- ENNECCERUS, Ludwin, KIPP, Theodor y WOLFF, Martín, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas*, Octava revisión, traducción de la 32 edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por Blas Pérez González y José Alguer, Buenos Aires, Bosch publicaciones jurídicas, 1948, Vol. I, t. III.
- GATTI, Edmundo, *Derechos Reales. Teoría General*, Tratamiento sistemático y apéndice complementario, primera edición del siglo XXI, Buenos Aires, ed. Lajouane, 2006.
- , *Propiedad y dominio Origen. Concepto. Caracteres. Terminología*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *La función social de la posesión*, Madrid, Alianza Editorial, 1969.
- KROM, Beatriz S. *et al.*, *Ambiente y recursos naturales*, Buenos Aires, Editorial Estudio, 2008.
- LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales*, 2º edición actualizada y ampliada por Jorge Horacio Alterini, Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2010, t. II.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría del derecho ambiental*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- LLAMBIAS, Jorge J. y ALTERINI, Jorge H., *Código Civil Anotado*, Doctrina - Jurisprudencia, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, t. IV-A.
- MARIANI DE VIDAL, Mariana, “Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509”, en *LL* 2002-F, 1415-1436.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, t. IV.
- MENDIZÁBAL, Gonzalo A. “La relatividad del dominio”, en *LL*, Vol. 2011 D, pp. 1089-1101.
- MOLINARIO, Alberto D., *Derecho Patrimonial y Derecho Real*, Buenos Aires, La Ley, 1965.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, HUTCHINSON, Tomás y DONNA, Edgardo A., *Daño ambiental*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2011, t. I.
- NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, 3º reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2005.
- PEPE, Marcelo A., “Usufructo de fondo de comercio”, en LAMBER, Rubén A., *Usufructo. Aplicaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, ed. Heliasta, 2011, pp. 183-223.
- , “Garantías reales y superficie forestal”, en *Revista de Derechos Reales*, IJ-LI-794.
- , “Prenda sobre derechos”, en *LL-201-C*, pp. 868-890.
- PEPE, Marcelo A. y MENDIZÁBAL, Gonzalo A., “El orden público y la rigidez o flexibilidad en los derechos reales”, en *LL-2009-D*, pp. 871-885.
- PEREZ PEJIC, Gonzalo, “Condominio y comunidad hereditaria: expansión de la alícuota” en GROSMAN, C. P., LLOVERAS, N. y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencias*, N° 56, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 295-352.
- , “El derecho real de Propiedad Comunitaria indígena (estudios sobre su estructura y naturaleza)”, consultado en [<http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/ponencias-congreso-derecho-privado/elementos-de-derechos-reales-gonzalo-perez-pejic.pdf>], publicado en el año 2012.
- PIGRETTI, Eduardo, *et al.*, *Derecho Agrario y Recursos Naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983.
- PROUDHON, Pierre J., *¿Qué es la propiedad?*, Madrid, ed. Orbis, 1983.

- REZZONICO, Luis M., *El Código Civil Argentino y el Concepto Actual del dominio*, Buenos Aires, Restoy & Doeste, 1927.
- RIGAUD, Luis, *El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional*, traducción de J. R. Xirau, Madrid, ed. Reus, 1928.
- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos Reales*, Quinta edición, actualizada con textos de doctrina legislación y jurisprudencia por Manuel J. Argañaraz, Buenos Aires, TEA, 1962, t. II.
- SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente, *La defensa del derecho de propiedad y sus relaciones con el trabajo*, Madrid, Tipografía del Colegio Nacional de Sordo Mudos y de Ciegos, 1874.
- VALDES, Horacio y ORCHANSKY, Benito, *Lecciones de derechos reales*, Buenos Aires, Ediciones Lerner, 1969.
- VÁZQUEZ, Gabriela A., “El objeto de los derechos reales en el Proyecto de Código Civil de 1998”, en VALLESPINOS, Carlos G. (dir.), *Cuestiones esenciales en Derechos Reales*, Buenos Aires, ed. Abeledo Perrot, 2002, pp. 115-129.



SESAMO: UN ESTUDIO SOBRE LOS DISCURSOS LEGITIMANTES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y UN ANÁLISIS SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD*

JONATHAN ARIEL POLANSKY**

Resumen: Motivado por el alarmante número de personas que se encuentran privadas de su libertad sin contar con una sentencia condenatoria efectiva, este trabajo tiene por objeto realizar un análisis de los discursos que tienden a legitimar la posibilidad de aplicación del instituto de la prisión preventiva, a fin de determinar si sus formulaciones son respetuosas de las garantías constitucionales que deben observarse en el proceso penal.

Palabras clave: garantías constitucionales – prisión preventiva – principio de inocencia – discursos legitimantes – estado de derecho.

Summary: Motivated by the alarmingly large number of people deprived of their liberty without a definite sentence, the object of this paper is to analyze the arguments that legitimate the application of preventive detention in order to determine if their statements are compatible with our constitutional guarantees, which must be observed in the criminal process.

Keywords: constitutional guarantees – preventive detention – presumption of innocence – legitimating arguments – rule of law.

I. INTRODUCCIÓN

El instituto de la prisión preventiva representa una de las mayores tensiones que se manifiestan entre la actuación del poder penal del Estado y el deber que tiene éste de respetar la dignidad y la vigencia plena de los derechos del imputado.

* Recepción del original: 02/09/2013. Aceptación: 11/11/2013.

** Estudiante de Abogacía (UBA).

“Agradezco profundamente a Ignacio F. Tedesco, Analía Ploskenos, Mauro Benente, Norberto F. Frontini y Fernando Susini por sus consejos y ayuda al escribir este artículo”.

En este sentido, se advierte que el encarcelamiento preventivo permite asegurar la realización del juicio, a la vez que vulnera muchos de los derechos fundamentales del acusado.¹

Nuestra Constitución consagra el principio de inocencia. Domingo Fernández y Gastón Morillo² entienden que el mismo se encuentra regulado de forma indirecta en el texto constitucional. Sostienen que se deriva de las garantías de juicio previo, debido proceso y defensa en juicio, contempladas en el artículo 18. Al mismo tiempo, advierten que este principio se encuentra contemplado, expresamente, en numerosos tratados y pactos internacionales incorporados a nuestra Constitución en virtud del artículo 75 inc. 22.³

Julio Maier considera que el principio de inocencia establece que toda persona debe ser tratada como inocente hasta que exista una sentencia penal que la condene. En este sentido, el autor observa que –desde el punto de vista jurídico– la persona imputada de un delito, en el marco de un proceso penal, debe gozar de la misma situación jurídica que un inocente, toda vez que no correspondería derivar ninguna consecuencia penal en su contra, más allá de aquellas reglas que deben soportar todos los ciudadanos.⁴

Es en este punto en donde se advierte la mayor tensión entre el instituto en cuestión y las garantías fundamentales de las que goza el imputado en un proceso penal. La prisión preventiva permite privar de su libertad a aquel que aún no ha sido declarado culpable en virtud de una sentencia condenatoria.⁵ Esta privación de la libertad no solo vulnera el principio de inocencia, sino que también interfiere, en perjuicio del imputado, en la forma en la cual se va a desarrollar el proceso en su contra, sobre todo, restringiendo su capacidad de organizar su defensa.

No obstante lo dicho precedentemente, la prisión preventiva está regulada por nuestra legislación, es aplicada por la jurisprudencia y cuenta con numerosos cursos de legitimación.⁶

1. PASTOR, D. R., “El encarcelamiento preventivo”, en MAIER, J. B. J. (comp.), *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, p. 44.

2. FERNÁNDEZ, D. y MORILLO, G., “Garantías constitucionales frente a la ‘prisión preventiva’”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 119.

3. Art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etc.

4. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal Penal TI Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 492.

5. SERGI, N., “Límites temporales a la prisión preventiva”, en *Nueva doctrina penal 2001/A*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 114.

6. GARCÍA, G. N., “La prisión preventiva es una pena”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, pp. 24 y 25.

El objeto de este trabajo consiste en estudiar aquellos discursos que legitiman la aplicación del encarcelamiento preventivo, a fin de determinar si los mismos resultan compatibles con los principios y garantías emanados de nuestra Constitución Nacional. Considero que el análisis de las distintas formulaciones discursivas adquiere relevancia toda vez que las mismas funcionan como base para la hermenéutica de las normas que reglamentan la utilización del instituto en cuestión y sirven de fundamento para que la jurisprudencia habilite su procedencia. En última instancia, este trabajo se propone realizar un estudio acerca de la constitucionalidad del encarcelamiento preventivo.

Este estudio no resulta ocioso desde que se advierte que en Argentina existe un elevado número de presos que carecen de una sentencia condenatoria firme. Un informe preliminar, realizado en julio del año 2009 por ex alumnos del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, indica que, en el orden federal, de los 9.106 presos alojados en sus cárceles, 4.824 aún no habían recibido una condena firme.⁷ A su vez, en la provincia de Buenos Aires, el número de presos preventivos, según un informe del CELS realizado en el año 2011, rondaba alrededor del 74 por ciento respecto del total de las personas privadas de su libertad.⁸

Este fenómeno no es privativo de nuestro país sino que es común en toda nuestra región, en donde aproximadamente el 70 por ciento de los presos no cuentan con una sentencia condenatoria firme.⁹

Zaffaroni advierte que las tasas de prisionización de Latinoamérica no varían en virtud de las penas previstas en los códigos penales sino que éstas lo hacen en función de la habilitación o limitación que los códigos procesales establecen para la utilización de la prisión preventiva.¹⁰ Es por este motivo que resulta urgente realizar un estudio acerca de las posibilidades que –según nuestra Constitución– el Estado tiene de encarcelar a una persona sin contar con una sentencia condenatoria.

7. *Ídem* p 31.

8. CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2011*, Buenos Aires Siglo XXI Editores, 2011, p. 184.

9. ZAFFARONI, E. R., *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Buenos Aires, Ediar, 2011, p 532.

10. *Ídem*, p 533.

II. ORÍGENES DE LOS DISCURSOS MODERNOS LEGITIMANTES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Los discursos actuales que legitiman la utilización de la prisión preventiva partieron del programa político-criminal de la Ilustración, en cuanto a la particular opinión –de los Iluministas– acerca del principio de inocencia.¹¹

En la lucha contra el sistema inquisitivo, los principales referentes de la Ilustración consagraron al principio de inocencia como una de las más eficaces armas contra la arbitrariedad y la aplicación de la pena de sospecha. La finalidad de este principio radicaba en lograr que el Estado solo pudiera imponer castigo a los individuos luego de la celebración de un juicio, en donde la culpabilidad del acusado quedase demostrada por la producción de prueba suficiente en tal sentido.¹²

Bovino afirma que los denominados reformadores del derecho penal no lograron su objetivo y acabaron por perder la oportunidad histórica de sentar las bases de un derecho penal moderno, humanista y democrático. Sus críticas al poder inquisitivo no alcanzaron a afectar sus principales características: la persecución penal pública y la averiguación de la verdad como finalidad del proceso. Al no cuestionarlas, permitieron consagrar un principio de inocencia con carácter restringido.¹³ Es en este punto, en donde Bovino entiende que radica el más importante fracaso de los Ilustrados. El régimen procesal que adoptaron, al contener varios elementos del sistema inquisitivo, generó un proceso penal incapaz de asegurar la observancia de todas las garantías y derechos de las personas. De este fracaso se derivan consecuencias hasta la actualidad.¹⁴

Al comienzo de la Edad Moderna, el principio de inocencia fue vigorosamente defendido por gran parte de los autores clásicos.¹⁵ Montesquieu sostenía que si no se aseguraba la inocencia de los ciudadanos, tampoco se aseguraba su libertad.¹⁶ Al mismo tiempo, Marat consideraba que nadie tenía derecho a tratar como culpable a aquel cuya culpabilidad aún no había sido declarada por un juez.¹⁷ Y, siguiendo

11. BOVINO, A., “Contra la inocencia”, en BOVINO, A., *Justicia Penal y Derechos Humanos. Libertad personal, políticas persecutorias, sexo y derecho penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 87.

12. BOVINO, A., “El encarcelamiento preventivo en los tratados de Derechos Humanos”, en ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (comps.), *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 429.

13. BOVINO, A., “Contra...”, ob. cit., pp. 87 y 88.

14. *Ídem*, p. 89.

15. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (trad. Perfecto, Andrés Ibáñez y otros), Madrid, Trotta, 1995, p. 550.

16. *Ídem*, p. 549.

17. BOVINO, A., “Contra...”, ob. cit., pp. 89 y 90.

esta postura, Hobbes, aseguraba que la prisión preventiva constituía un acto hostil contra los ciudadanos.¹⁸

Bovino observa que la afirmación del principio de inocencia –por parte de los autores clásicos– se debía, en parte, a las fuertes críticas que éstos habían levantado contra la tortura. Al respecto, el citado autor sostiene que una conducta consecuente con tal afirmación requería un fuerte ataque a la prisión preventiva.¹⁹

Ninguno de los reformadores del derecho penal llegó a clamar por la supresión del encarcelamiento preventivo.²⁰ Todos ellos acabaron por permitir su utilización, o bien, como una medida tendiente a asegurar los fines del proceso o como una pena anticipada.²¹ Al respecto, vale mencionar la opinión de Beccaria, quien aún admitiendo que la prisión preventiva vulneraba el principio de inocencia²² y configuraba una pena anticipada,²³ admitía su procedencia bajo algunos supuestos, entre los que se destacan el peligro de fuga y la fama pública del imputado.²⁴ También Carrara aceptaba éste instituto. Entre sus justificaciones cabe mencionar el peligro de fuga del imputado y la posibilidad de que este cometa nuevos delitos.²⁵

Ferrajoli considera que el pensamiento clásico acabó por justificar la utilización de la prisión preventiva bajo diversas necesidades.²⁶

Estas justificaciones derivaron en distintos discursos que fueron legitimando la utilización del instituto hasta nuestros días y que serán analizados a continuación. Pero antes de eso, considero necesario hacer una última mención en defensa del pensamiento clásico.

Sería injusto analizar los escritos de los reformadores fuera de su contexto. En este sentido, corresponde recordar que la prisión recién logró su afirmación como pena dominante entre los siglos XVIII y XIX.²⁷

En la época de los pensadores clásicos, las principales penas aplicables eran las pecuniarias, las corporales, la pena de muerte y las penas infamantes. En ese momento la cárcel era el lugar en donde el imputado aguardaba durante el proceso. Recién con la aparición del sistema de producción capitalista, los establecimientos

18. FERRAJOLI, ob. cit., pp. 551 y 552.

19. BOVINO, “Contra...”, ob. cit., p. 91.

20. FERRAJOLI, ob. cit., p. 552.

21. BOVINO, A., “Contra...”, ob. cit., p. 91.

22. *Ibidem*.

23. BECCARIA, C., *De los delitos y las penas* (trad. Antonio Bonanno), Buenos Aires, Losada, 2005, p. 94.

24. *Ídem*, p. 93.

25. FERRAJOLI, ob. cit., pp. 552 y ss.

26. *Ídem*, p. 553.

27. PAVARINI, M., *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico* (trad. Ignacio Muñagorri), Mexico, Siglo XXI Editores, 1996, p. 36.

carcelarios se consagraron como lugares de ejecución de la pena. A partir del descubrimiento del valor económico de la libertad, su privación —a través de la cárcel— se alzó como la pena principal de las sociedades productoras de mercancías.²⁸

Al respecto, Bovino afirma que la crítica ilustrada fue anterior a la constitución de la cárcel como la principal institución referida a la ejecución del castigo.²⁹ En defensa de los reformadores, el citado autor sostiene que sus justificaciones respecto del encarcelamiento preventivo se fundaban en que el mismo representaba una medida menos grave, en cuanto a su naturaleza e intensidad, que las penas que —eventualmente— podían llegar a imponerse a los acusados en un proceso penal. Al no haber sido la privación de la libertad la pena dominante en su época, los autores clásicos se concentraron en la crítica a la tortura, dado que ésta sí resultaba similar, en cuanto a su naturaleza y gravedad, a las penas que se ejecutaban.³⁰

En síntesis, el pensamiento clásico, si bien sentó las bases de los futuros discursos legitimantes de la prisión preventiva, lo hizo en un contexto en el cual el uso de esta medida de coerción procesal resultaba sustancialmente menos lesiva que las penas que se les imponían a los condenados. La prisión preventiva, en aquella época, respetaba el principio de proporcionalidad, en el sentido de que —como medida cautelar— nunca ostentaba una gravedad mayor o igual a la de la pena. Siendo en la actualidad la privación de la libertad la pena que se aplica tras el dictado de una sentencia condenatoria, resulta muy difícil poder justificar su aplicación a modo de medida cautelar sin que esto represente una manifiesta violación al principio de inocencia.³¹

No obstante, la mayoría de la doctrina reconoce, en general, dos clases de discursos que legitiman la utilización de la prisión preventiva: los sustancialistas y los procesalistas.³²

28. *Ídem*, pp. 36 y 37.

29. BOVINO, A., “Contra...”, ob. cit., p. 109.

30. *Ídem*, pp. 110 y ss.

31. SERGI, N., “La privación de la libertad durante el proceso en el derecho comparado”, en *Nueva doctrina penal 2004/A*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 127.

32. RUSCONI, M. A., “Prisión preventiva y límites del poder penal del Estado en el sistema de enjuiciamiento”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 44.

III. DISCURSOS SUSTANCIALISTAS

Los discursos sustancialistas le reconocen a la prisión preventiva funciones similares a las de la pena,³³ constituyendo –a la primera– como una –verdadera– pena anticipada. Aun así, legitiman el encarcelamiento durante el proceso, dado que lo consideran como instrumento de la defensa social.³⁴ Estos discursos se han identificado con el derecho penal autoritario de Ferri y Garofalo, durante el positivismo criminológico; de Manzini en el fascismo y el de diversos autores alemanes durante el nazismo.³⁵

Estas formulaciones discursivas tienden a asignarle diversas finalidades al encarcelamiento preventivo. Finalidades que lo asimilan a la interposición de una pena. En tal sentido, se ha sostenido que la habilitación de esta medida se puede fundar en la necesidad de satisfacer la opinión pública³⁶ (justificación que ha sido recepcionada por alguna jurisprudencia Argentina en los últimos años),³⁷ de intimidar, prevenir o disuadir a potenciales criminales de cometer hechos delictivos (fundamento que Chiara Diaz identifica con la función de prevención general³⁸ que algunos autores le pretenden asignar a las penas) y por último en la de evitar –como si fuera una medida de seguridad– que el imputado cometa delitos.³⁹

Conviene aclarar que no necesariamente todos los autores que se inscriben dentro del pensamiento sustancialista admiten todas las causales de habilitación del instituto. Lo característico de estas teorías es que le reconocen al encarcelamiento preventivo funciones que perfectamente se le pueden reconocer a la pena. Es en este sentido que estas justificaciones resultan completamente contrarias a nuestra Constitución Nacional.

Tal como se mencionó al comienzo de este trabajo, el principio de inocencia –según está consagrado en nuestra Carta Magna– establece que ninguna persona puede ser tratada como culpable hasta que no exista una sentencia, producto de un juicio, que declare tal condición.

33. *Ídem*, p. 45.

34. KEES, J. M., “Observaciones a la tesis procesal de la prisión preventiva”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 69.

35. GARCÍA, G. N., ob. cit., p. 36.

36. RUSCONI, M. A., ob. cit., p. 45.

37. CHIARA DIAZ, C. A., *Las medidas de coerción y la inconstitucionalidad de la prisión preventiva*, Rosario, Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007, p. 24.

38. *Ibidem*.

39. *Ibidem*.

Legitimar la utilización del encarcelamiento preventivo, entendiendo que éste configura una pena anticipada, significa legitimar la violación de todos los derechos del acusado en un juicio penal. De esta forma, el imputado quedaría en la misma situación que el condenado, con la única diferencia de que el primero careció de un juicio, de acusación, de prueba, de defensa y del respeto al principio de inocencia.⁴⁰

Considero que –siendo tan manifiesta la violación de las garantías constitucionales– los argumentos citados precedentemente bastan para considerar inconstitucional la utilización del encarcelamiento preventivo según la óptica sustancialista.

IV. DISCURSOS PROCESALISTAS

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia predominante, no le reconocen a la prisión preventiva el carácter de pena anticipada, sino que la consideran como una medida de coerción estatal que tiene por objeto asegurar los fines del proceso penal⁴¹ (la averiguación de la verdad y la –eventual– aplicación del derecho penal material).⁴² Esta corriente de pensamiento ha sido denominada procesalista.⁴³ La mayoría de sus autores reconocen que la confrontación del instituto de la prisión preventiva con el principio de inocencia es de una gravedad tal que resulta muy difícil encontrar motivos para sostener su legitimidad. Es por ello que se han propuesto establecer principios y presupuestos que tienen por objeto restringir su utilización, a fin de que su procedencia quede limitada a los casos en los que resulta verdaderamente indispensable.⁴⁴

El primer principio limitador indica que los únicos fines legítimos que pueden habilitar el uso de la prisión preventiva –en un Estado de derecho– son aquellos que tienden a proteger al proceso penal de ciertos peligros generados por la conducta del imputado. En este sentido, se sostiene que el acusado solo puede poner en riesgo al proceso en el caso de entorpecer la averiguación de la verdad o impidiendo la aplicación de la ley penal, mediante su fuga.⁴⁵

Al respecto, resulta conveniente formular una aclaración. No todos los autores coinciden en afirmar que las dos conductas antes citadas configuran una habilitación para activar la medida de coerción procesal. De esta forma, Alberto Binder observa

40. PASTOR, D. R., “Ecolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo”, en *Nueva doctrina penal* 1996/A, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 287.

41. GARCÍA, G. N., ob. cit., p. 24.

42. SERGI, N., “Límites temporales...”, ob. cit., p. 116.

43. GARCÍA, G. N., ob. cit., p. 24.

44. SERGI, N., “La privación...”, ob. cit., p. 127.

45. SERGI, N., “Límites temporales...”, ob. cit., p. 116.

que el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para privar de la libertad –sin sentencia condenatoria– a un individuo, debido a que el Estado cuenta con múltiples medios para evitar que el acusado obstruya la averiguación de la verdad. El autor sostiene que el aparato estatal, que cuenta con fiscales, policías y jueces, tiene más posibilidades de proteger el proceso de las que tiene el imputado para dañarlo. En consecuencia, sostiene que el Estado no puede cargar contra el acusado su ineficacia para proteger el proceso y mucho menos puede hacerlo a costa de su libertad.⁴⁶

En una postura similar a la de Binder se encuentra San Martín Castro, quien argumenta que si la protección de la investigación constituyera un fin legítimo para habilitar la prisión preventiva, nada impediría aplicarle medidas similares a peritos y testigos. Y agrega que esta finalidad carece de sentido, una vez concluida la investigación, observando que la privación de la libertad se extiende mucho más que ella.⁴⁷

Continuando este pensamiento, Solemine advierte que la finalidad de evitar el entorpecimiento de la investigación solo puede dar lugar a una detención por un periodo de tiempo breve, a fin de garantizar la adquisición de los elementos de prueba amenazados.⁴⁸

Bovino también critica al entorpecimiento de la investigación como fundamento para legitimar la privación de la libertad del imputado. Este autor se pregunta si estaría justificado el encarcelamiento preventivo en el caso de que el imputado pudiera probar que desde la prisión –tal vez por pertenecer a un grupo delictivo– contase con las mismas posibilidades de entorpecer el proceso que desde afuera.⁴⁹

El peligro de fuga, como justificativo de la privación de la libertad antes de la sentencia, también ha recibido numerosas críticas. En primer lugar, se advierte que la garantía de defensa exige la vigencia del principio de inmediatez, lo cual implica, necesariamente, la presencia del imputado durante el juicio, a fin de que éste pueda controlar la producción de prueba y cuestionar las acusaciones que se le formulan durante el debate.⁵⁰ Rusconi observa que resulta absurdo que la preocupación por la vigencia de una garantía del imputado aparezca como una consecuencia de la privación de su libertad, bajo la forma de medida de coerción.⁵¹

46. BINDER, A., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 199.

47. BIGLIANI, P. y BOVINO, A., *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, p. 30.

48. *Ídem*, p. 31.

49. BOVINO, A., “Contra...”, ob. cit., p. 107.

50. RUSCONI, M. A., ob. cit., p. 49.

51. *Ibidem*.

A su vez, Ferrajoli advierte que el peligro de fuga está provocado, antes que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva. Si al imputado se le garantizaría su libertad durante el proceso –observa– tendría el máximo interés en asistir al juicio a fin de poder ejercer de forma plena su derecho de defensa.⁵²

Algunos autores, atribuyendo que la legitimación de la prisión preventiva por el peligro de fuga se debe a que nuestro sistema no permite los juicios penales en ausencia del imputado, se animan a cuestionar esta última afirmación con el objeto de deslegitimar este fundamento del encarcelamiento sin sentencia.⁵³ Excede a los propósitos de este trabajo analizar tal posibilidad, pero considero oportuna su cita en cuanto a que la misma constituye un serio cuestionamiento a uno de los fines que legitiman el instituto que se analiza.

Además de las críticas sustanciales a los fines de la prisión preventiva, existen numerosos cuestionamientos relacionados a las dificultades que se le presentan al Estado para verificar la existencia de los peligros procesales aquí analizados.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que la verificación de la existencia de un peligro procesal debe basarse, exclusivamente, en la posibilidad de que el acusado “abuse de su libertad”.⁵⁴ Al mismo tiempo, ha destacado la imposibilidad de que tal verificación se sustente en los antecedentes del imputado, ya que de esta forma se vulneraría el principio de inocencia.⁵⁵

Al respecto, Bovino y Bigliani advierten que los peligros procesales no se presumen. Sostienen que para que la verificación de la existencia de un peligro procesal resulte razonable, se requiere la constatación efectiva de circunstancias objetivas, cuya existencia deberá ser demostrada en virtud de la incorporación y valoración de elementos de prueba en el marco de un proceso penal para el caso concreto.⁵⁶

En otro texto, Bovino nos advierte sobre las dificultades de demostrar –con certeza– la verificación de los peligros procesales. El juicio sobre la fuga o el entorpecimiento de la investigación es un juicio sobre el futuro. El hecho de que el imputado ya hubiese obstruido la averiguación de la verdad, no significa que lo vaya a hacer nuevamente. Este mismo razonamiento se puede aplicar al peligro de

52. FERRAJOLI, ob. cit., p. 558.

53. VANNINI, F., “El juicio penal en ausencia y el derecho a la libertad durante el proceso (desde las normas constitucionales)”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 118.

54. BOVINO, A., “El encarcelamiento preventivo...” ob. cit., p. 446.

55. *Ibidem*.

56. BIGLIANI, P. y BOVINO, A., ob. cit., p. 35.

fuga.⁵⁷ El autor sostiene que, por tratarse de predicciones sobre el comportamiento, estas no pueden ser demostradas ni refutadas, y por consiguiente –concluye–, su legitimidad es dudosa en todos los casos.⁵⁸

Respecto de la verificación de tales peligros, Juan Manuel Kees observa que la mayoría –no todos– de los modos de entorpecer la investigación penal constituyen –de forma autónoma– delitos tipificados en la ley penal. De esta forma, el autor considera que toda vez que el encarcelamiento preventivo intente prevenir la comisión de tales delitos, antes de configurar una medida cautelar, constituye una verdadera medida de seguridad a fin de neutralizar la peligrosidad criminal del imputado.⁵⁹ En este caso, le serían aplicables las críticas a las teorías sustancialistas.

El segundo principio limitador que se debe observar para la procedencia del encarcelamiento cautelar es el de la excepcionalidad. En virtud de la gravedad de esta medida coercitiva, su utilización debe limitarse a situaciones en donde su aplicación resulte indispensable, y siempre que no sea posible asegurar los fines del proceso con medidas menos gravosas para el imputado.⁶⁰ Alberto Bovino sostiene que el carácter excepcional que debe tener esta medida se deriva –fundamentalmente– del principio de inocencia.⁶¹

Como consecuencia de lo desarrollado precedentemente, el carácter excepcional de la prisión preventiva exige que su aplicación sea de *ultima ratio*. Y es en virtud de esto que la libertad del imputado debe configurar la regla durante el proceso penal y su privación, la excepción.

Lamentablemente, la gran cantidad de presos preventivos en nuestro país,⁶² permite dudar acerca de si la aplicación del instituto es realmente excepcional.

El tercer principio que se impone como límite a la utilización del encarcelamiento preventivo es aquel que requiere la verificación del mérito sustantivo.⁶³ En este sentido se afirma que, para que proceda legítimamente –o de forma menos irracional– la privación de la libertad durante el proceso penal, deben existir medios de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho que se investiga.⁶⁴

La verificación del mérito sustantivo es consecuencia de la gravedad que se le reconoce al encarcelamiento preventivo. El Estado no puede privar de la libertad a

57. BOVINO, A., “Contra...”, ob. cit., p. 102.

58. *Ídem*, p. 107.

59. KEES, J. M., ob. cit., pp. 90 y ss.

60. CHIARA DIAZ, C. A., ob. cit., p. 21.

61. BOVINO, A., “El fallo ‘Suárez Rosero’”, en BOVINO, A., *Justicia Penal y Derechos Humanos. Libertad personal, políticas persecutorias, sexo y derecho penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 38.

62. GARCÍA, G. N., ob. cit., p. 31.

63. BOVINO, A., “Contra...”, ob. cit., p. 100.

64. BIGLIANI, P. y BOVINO, A., ob. cit., p. 21.

los individuos sin –por lo menos– demostrar que tiene ciertos elementos de prueba que indican que existe una alta posibilidad de que aquellos hayan participado en un delito.

Santiago Vegazzi advierte que el mérito sustantivo ha servido, en muchos supuestos, como único justificativo real para la aplicación de la medida cautelar. Sostiene que en los casos en donde la pena aplicable es muy alta, este principio, antes de limitar, ha funcionado como legitimante de la prisión preventiva.⁶⁵

El control judicial del encarcelamiento cautelar es el cuarto principio destinado a limitar la utilización del instituto.⁶⁶ El mismo se refiere a la necesidad de que los tribunales controlen el respeto de ciertas normas referidas a la ejecución de la medida. Se debe evitar que el imputado sufra tratos crueles, inhumanos, etc.⁶⁷ –sufimientos que tampoco deben sufrir los presos condenados–.

El quinto de los principios es el de proporcionalidad. Éste indica que la privación de la libertad durante el proceso no puede superar en gravedad a la pena en expectativa que tiene el imputado.⁶⁸ Maier advierte que resulta racional impedir la procedencia del encierro preventivo para evitar que la persecución penal genere al imputado mayores daños que la reacción legítima del Estado, en el caso de condena.⁶⁹ Se debe evitar que el imputado –que aún es inocente– se encuentre en una situación peor que la del condenado.

Alberto Bovino sostiene que la proporcionalidad es una consecuencia derivada del principio de inocencia, dado que exige que los procesados sean tratados como inocentes, o en su defecto, no reciban un trato peor que los condenados.⁷⁰

Natalia Sergi observa que este principio constituyó el primer límite a la aplicación del instituto analizado. Sostiene que el mismo restringió la aplicación del encarcelamiento preventivo en dos aspectos. En primer lugar, en el cualitativo, imposibilitando la aplicación del instituto en los casos en donde la pena en expectativa no era de privación de la libertad. Y en segundo –no siempre de forma efectiva–, en el aspecto cuantitativo, indicando que el tiempo de prisión preventiva no pudiese exceder el tiempo que debería ser privado de su libertad el imputado, en caso de obtener una sentencia condenatoria.⁷¹

65. VEGAZZI, S., “Los fines procesales de la prisión preventiva” en AA.VV., *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, pp. 534 y 535.

66. SERGI, N., “La privación...”, ob. cit., p. 134.

67. *Ibidem*.

68. BIGLIANI, P. y BOVINO, A., ob. cit., p. 51.

69. MAIER, J. B. J., *Derecho...*, ob. cit., p. 526.

70. BOVINO, A., “El encarcelamiento...”, ob. cit., p. 457.

71. SERGI, N., “Límites temporales...”, ob. cit., p. 136.

El principio de proporcionalidad es un arma de doble filo. Bovino advierte que si bien éste ha funcionado como límite al encarcelamiento preventivo cuando se trata de delitos con penas leves, también ha servido como una justificación de la utilización de la privación de la libertad del imputado por periodos de tiempo prolongados, cuando la pena aplicable resulta de duración elevada.⁷²

Para solucionar este problema, Natalia Sergi propone dejar de lado la aplicación de este principio en los casos en los que funcione como legitimador de la prisión preventiva y sustituirlo por otro: el de inequivalencia.⁷³ De esta forma, se asegura que la privación de la libertad durante el proceso nunca equivalga a la pena en su aspecto cuantitativo y así como tampoco en el cualitativo.⁷⁴

Alberto Bovino también se inscribe en el pensamiento desarrollado por Sergi. Sostiene que la única forma de que el principio de proporcionalidad funcione –verdaderamente– como un límite a la privación de la libertad durante el proceso, es redefiniendo su significado en términos de inequivalencia.⁷⁵

El principio de proporcionalidad desnuda la imposibilidad de los procesalistas de legitimar la utilización de la prisión preventiva como medida de coerción procesal. La relación que tiene la eventual aplicación de la pena para medir la procedencia –en términos cualitativos y cuantitativos– de la prisión preventiva devela el carácter de pena anticipada de la misma. Si bien el principio de inequivalencia pretende darle un trato distinto al imputado respecto del condenado –en los dos aspectos mencionados–, esta solución parece conllevar algunos problemas en la práctica. Al respecto, cabría preguntarse si otorgarle a los presos preventivos un horario de visitas semanales que supere en una hora al de los condenados equivale a sostener que el trato que tienen los primeros en relación al de los segundos es cualitativamente diferente.

El sexto principio de limitación del instituto estudiado es el de la provisionalidad. Su contenido indica que para que el encarcelamiento preventivo continúe vigente, deben subsistir todos los requisitos precedentemente citados que habilitan su utilización.⁷⁶ La mera desaparición de alguno de los presupuestos, torna en ilegítima –si es que alguna vez fue legítima– la privación de la libertad del imputado. Este principio fue consagrado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe 35/07.⁷⁷

72. BOVINO, A., “El encarcelamiento...”, ob. cit., p. 461.

73. SERGI, N., “Límites temporales...”, ob. cit., p. 137.

74. KEES, J. M., ob. cit., p. 77.

75. BOVINO, A., “Contra...”, ob. cit., p. 115.

76. BIGLIANI, P. y BOVINO, A., ob. cit., p. 45.

77. Informe 35/07 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, parr. 105.

El límite temporal constituye el séptimo principio que tiende a restringir la utilización del encarcelamiento preventivo.

Daniel Pastor observa que la necesidad de establecer un límite a la duración de la prisión preventiva surgió después de la segunda guerra mundial. Este principio fue reconocido –por primera vez– en nuestra jurisprudencia en el caso “Motta”.⁷⁸

Natalia Sergi advierte que de no contar con un límite temporal efectivo, respecto del plazo de duración de la medida coercitiva, carecerían de sentido todas las limitaciones al instituto estudiado.⁷⁹ La privación de la libertad, más allá del plazo razonable, se vuelve ilegítima por más de que subsistan todos los presupuestos que habilitaron su uso.⁸⁰ A su vez, Alberto Binder sostiene que si el Estado opta por utilizar una medida tan extrema para llevar adelante el proceso penal, consiguientemente, éste adquiere la obligación de maximizar sus recursos a fin de que el proceso se desarrolle lo más rápido posible.⁸¹ El Estado cuenta con un periodo de tiempo limitado a fin de proteger el proceso mediante el encarcelamiento cautelar.⁸²

Natalia Sergi entiende que este principio se complementa con el de proporcionalidad, ya que ambos tienen por finalidad lograr el cese de prisión preventiva ante determinados supuestos. En los casos en los que la duración de la privación de la libertad resulte desproporcional respecto de la pena aplicable, el encierro preventivo cesará a causa del principio de proporcionalidad. En cambio, en aquellos casos en donde la pena a aplicar sea muy elevada, la medida cautelar deberá cesar cuando su duración supere el plazo razonable, en virtud del principio de limitación temporal.⁸³

El principal problema que se presenta respecto del límite temporal de la prisión preventiva es el de su determinación.

Nuestra legislación establece un plazo máximo de dos años para la duración de la privación de la libertad de los imputados. Plazo que puede ser extendido en algunos supuestos. Más allá de las críticas que puedan efectuarse a esta ley, considero conveniente aclarar que el plazo allí establecido, resulta un plazo máximo de duración del instituto, más no –en todos los casos– un plazo razonable. Esto por cuanto a que la privación de la libertad durante el proceso, en ningún caso podrá extenderse más allá del plazo que establece la ley. Pero puede resultar que el plazo

78. PASTOR, D. R., “Escolios...”, ob. cit., p. 283.

79. SERGI, N., “Límites temporales...”, ob. cit., p. 123.

80. MAIER, J. B. J., “La privación de la libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy” en ANITUA, G. I. y TEDESCO, I. F. (comps.), *La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 403.

81. BINDER, A., ob. cit., p. 201.

82. BIGLIANI, P. y BOVINO, A., ob. cit., p. 64.

83. SERGI, N., “Límites temporales...”, ob. cit., p. 124.

máximo no resulte razonable.⁸⁴ Al respecto, la razonabilidad de la duración deberá ser analizada en cada proceso en particular según sus características.⁸⁵ En su informe 35/97, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció un criterio guía para determinar el plazo razonable. Allí consideró que el límite temporal a la prisión preventiva está constituido por el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo de la pena que le corresponde al imputado.⁸⁶

Hasta aquí se han analizado los principios elaborados por los discursos procesalistas que pretenden restringir la utilización de la prisión preventiva. A continuación se desarrollaran los fundamentos constitucionales por los cuales estos discursos justifican el uso del instituto estudiado.

V. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La consagración del encarcelamiento preventivo como una medida de coerción procesal excepcional, cuya habilitación se debe sujetar a los principios desarrollados precedentemente, parte de la noción de que este instituto es compatible con las normas de nuestra Constitución.⁸⁷

Una primera postura sostiene que la prisión preventiva, como medida excepcional, es el producto de la interpretación armónica de dos preceptos constitucionales. De esta forma, se argumenta que la mención –en el preámbulo– del objetivo de “afianzar la justicia” habilitaría el uso del instituto analizado.⁸⁸ A su vez, la privación de la libertad durante el proceso se vería limitada por la consagración del principio de inocencia en el artículo 18 de nuestra Carta Magna y en numerosos tratados internacionales incorporados a ella.

Resulta pertinente mencionar la crítica que Gustavo Vitale y Gerardo García formulan a esta justificación del encarcelamiento preventivo. Ambos consideran que el objetivo de “afianzar la justicia” no se refiere a la realización de los juicios penales de cualquier forma; sino que –por el contrario– esta frase ordena al Estado llevar a cabo todos los procesos penales respetando la totalidad de las garantías constitucionales que los deben regir.⁸⁹ En consecuencia, la mención de “afianzar la

84. *Ídem*, pp. 126 y ss.

85. PASTOR, D. R., “Escolios...”, ob. cit., p. 292.

86. BIGLIANI, P. y BOVINO, A., ob. cit., p. 73.

87. CHIARA DIAZ, C. A., ob. cit., p. 32.

88. VITALE, G. L., y GARCÍA, G. N., “El ‘arresto’ del artículo 18 de la Constitución Nacional no legitima la llamada ‘prisión preventiva’”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 208.

89. *Ibidem*.

justicia” se erige como una causal de ilegitimidad del instituto. Si la Constitución establece como garantías del imputado el principio de inocencia, la defensa en juicio, la igualdad entre las partes y una larga lista de etc., la privación de su libertad resulta violatoria de este objetivo mencionado en el preámbulo ya que vulnera los principios citados.

Otros autores advierten que la base constitucional de la prisión preventiva se encuentra en el mismo artículo que consagra el principio de inocencia (artículo 18) en cuanto a la mención que se hace de la facultad de arresto por orden escrita de autoridad competente.⁹⁰

Gustavo Vitale refuta esta justificación. Sostiene que la facultad de arresto mencionado en la Constitución solo habilita la privación de la libertad por un periodo de tiempo limitado en que el imputado debe ser puesto a disposición de un juez. En consecuencia, no cualquier privación de la libertad queda legitimada por tal instituto.⁹¹ Además —en un texto en coautoría con Gerardo García— sostiene, que una interpretación del artículo 18, adecuada a sus antecedentes, no puede transformar el arresto en prisión preventiva. Ambos son institutos que fueron concebidos de forma diferente.⁹²

Una tercera base constitucional con la que se pretende fundar el encierro preventivo sostiene que este instituto esta regulado en numerosos tratados y pactos internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994.⁹³

Es cierto que muchos instrumentos internacionales regulan el modo en que los Estados pueden privar de la libertad a los imputados. Pero también es verdad que nuestra Constitución regula la forma en se deben llevar a cabo los procesos penales, y que el encierro preventivo de los acusados resulta violatorio de los principios y garantías que los rigen. Al respecto, nuestra ley fundamental indica que la incorporación de los tratados internacionales no deroga ningún artículo de su parte dogmática.⁹⁴

A su vez, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece que los tratados internacionales sobre el tema generan un estándar mínimo de protección. Éste puede ser superado por el derecho interno de cada uno de los Estados.⁹⁵ Y, en virtud del principio *pro homine*.⁹⁶ se deberá aplicar aquella regulación que resulte

90. CHIARA DIAZ, ob. cit., p. 32.

91. *Ídem*, p. 33.

92. VITALE, G. L. y GARCÍA, G. N., ob. cit., p. 231.

93. *Ídem*, p. 207.

94. Artículo 75 inc. 22.

95. MANILL, P. L., *El bloque de constitucionalidad*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 47.

96. PINTO, M., “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los

más favorable a los derechos de los seres humanos. Por consiguiente, cabe concluir que la prisión preventiva no puede justificarse por estar contemplada en tratados internacionales de Derechos Humanos.

También se ha sostenido que el encarcelamiento preventivo tiene fundamento constitucional en la prohibición de llevar a cabo juicios penales en rebeldía.⁹⁷ Las críticas a esta postura fueron desarrolladas al tratar la justificación del encierro preventivo por el peligro de fuga.

Por último, se argumenta que la palabra “detenidos” a la que hace referencia el artículo 18 de nuestra Carta Magna al establecer “(...) Las cárceles serán sanas y limpias...”, se refiere a los presos preventivos y no a aquellos que cuentan con una sentencia condenatoria.⁹⁸ Al respecto, Vitale y García señalan que esta norma se debe interpretar de forma dinámica y se debe considerar que la misma se refiere a las personas para las cuales ha sido creada la institución carcelaria: presos condenados.

Hasta aquí se han desarrollado los discursos que intentan encontrar fundamento constitucional a la prisión preventiva y sus críticas. A continuación se desarrollará la forma en que el instituto ha sido receptado por nuestra legislación nacional.

VI. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN

Nuestro Código Procesal Penal parece inscribirse dentro de la corriente procesalista. En su artículo 280 establece que la libertad personal solo podrá ser restringida cuando esto resulte indispensable para asegurar el descubrimiento de la verdad (ante el entorpecimiento de la investigación) o la aplicación de la ley penal (ante el peligro de fuga). Este artículo sienta el principio general que debe regir para la privación de la libertad de un imputado. A su vez, el artículo 319 –en sintonía con el 280– indica que se le podrá negar la excarcelación o la exención de prisión al acusado, con el objeto de proteger los fines del procedimiento. También, manteniendo cierta coherencia con estos artículos, el 313 establece un tratamiento distinto para los presos preventivos respecto de los condenados.

El problema comienza a aparecer con el artículo 312. Los discursos procesalistas indican que la libertad del imputado debe ser la regla durante el proceso y su privación, la excepción. El artículo en cuestión comienza su redacción indicando que “El juez ordenará la prisión preventiva...”. En este caso, parece invertirse el

Derechos Humanos”, en ABREGÚ, M., y COURTIS, C. (comps.), *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 163.

97. VITALE, G. L. y García, G. N., *ob. cit.*, p. 209.

98. *Ídem*, p. 210.

principio de excepcionalidad, constituyendo al encierro preventivo del imputado como la regla durante el juicio penal.

Los arts. 316 y 317 agravan aún más la situación. Ambos señalan los motivos por los cuales se puede negar la exención o la excarcelación, respectivamente. Ninguno de estos tiene relación con los fines procesales de los que habla el artículo 280.⁹⁹ Ambos consagran al monto de pena aplicable como aquello que determina la libertad del imputado y establecen que, para determinados delitos, la aplicación de la prisión preventiva –en relación al mínimo y máximo de escala penal– es automática, negándole al imputado la posibilidad de obtener la exención o la excarcelación.¹⁰⁰

Con el objeto de adecuarlos a los principios de nuestra Constitución, se ha sostenido que estos artículos presumen que el imputado pondrá en riesgo los fines del proceso¹⁰¹ cuando se trata de delitos con elevadas escalas penales. Presunciones que desde una lectura literal de las normas parecen ser *iure et de iure*. Consecuencia de esto es la consagración de ciertos delitos como inexcusables. La jurisprudencia ha declarado la inconstitucionalidad de esta categoría de delitos a partir del caso Napoli.¹⁰² Al respecto, Solimine considera que estos artículos no alterarían los principios constitucionales en la medida en que dichas presunciones fueran *iuris tantum*.¹⁰³

Paola Bigliani y Alberto Bovino sostienen que los peligros procesales no se presumen, afirmando que resultan inválidas tanto las presunciones *iure et de iure* como las *iuris tantum*.¹⁰⁴

Santiago Vegazzi observa que los artículos en cuestión no hacen referencia a ningún tipo de presunciones. Sostiene que la inconstitucionalidad de los mismos no se deriva de la presunción de los peligros procesales, sino que la misma es consecuencia de que el Código establece que se deba aplicar la prisión preventiva –de forma automática– a ciertos delitos en base al monto de pena aplicable.¹⁰⁵

En síntesis, nuestro Código Procesal parece hacer eco de los discursos procesalistas en la forma en la que contempla el encarcelamiento preventivo en los artículos 280, 313 y 319. Recepción que parece haber llegado con ciertas interferencias a los artículos 312, 316 y 317. Dado que éstos alteran la forma en que las

99. VEGAZZI, S., ob. cit., p. 531.

100. *Ídem*, p. 544.

101. *Ídem*, p. 545.

102. GARCÍA, G. N., ob. cit., p. 25.

103. VEGAZZI, S., ob. cit., p. 540.

104. BIGLIANI, P. y BOVINO, A., ob. cit., p. 31.

105. *Ídem*, p. 545.

teorías procesalistas conciben a la privación de la libertad de los imputados durante los procesos penales.

VII SÍNTESIS

La problemática acerca de la relación entre la vigencia de las garantías constitucionales de los imputados durante el proceso penal y el encarcelamiento preventivo ha sido descripta, de forma precisa y contundente, por Daniel Pastor de la siguiente forma: “En la prisión preventiva se juega el Estado de Derecho”.¹⁰⁶

En este trabajo se ha observado que los discursos modernos que legitiman la privación de la libertad de los imputados tienen su origen en el pensamiento de los reformadores del derecho penal. Estos habían tolerado la utilización de este instituto, sea tanto para neutralizar cierta peligrosidad del acusado (derivación en la teoría sustancialista) o para permitir que se lleve a cabo el proceso penal y se pueda, en caso de que corresponda, aplicar la ley (derivación en la tesis procesalista).

A diferencia de las formulaciones discursivas modernas, los autores clásicos si bien permitían el uso del instituto estudiado, lo hacían en virtud de que ésta medida de coerción respetaba cierta proporcionalidad respecto de la pena aplicable en ese momento. Respeto que no se advierte en la actualidad.

Las tesis sustancialistas conciben a la prisión preventiva, directamente, como una pena anticipada. La finalidad que estos discursos le asignan al encarcelamiento preventivo resulta imposible de diferenciarse con las finalidades que se le suelen asignar a las penas. En este sentido, la privación de la libertad de los imputados durante el proceso resulta manifiestamente violatoria de todas las garantías constitucionales a favor de los seres humanos que revisten la calidad de imputados en el marco de un proceso penal.

La tesis procesalistas si bien, discursivamente, le asignan al encarcelamiento preventivo el carácter de una medida cautelar, tiene muchas dificultades para poder sostener esa hipótesis respecto de la utilización fáctica del instituto.¹⁰⁷ La prisión preventiva se lleva a cabo en los mismos establecimientos y bajo las mismas condiciones que las penas.¹⁰⁸ Asimismo, las finalidades que estos discursos le pretenden asignar a la medida de coerción resultan inverificables en la realidad. Además, carecen de idoneidad para los fines que pretenden perseguir. El peligro de fuga lo genera la propia amenaza de la prisión preventiva.¹⁰⁹ La finalidad de averiguación

106. PASTOR, D., “Escolios...”, ob. cit., p. 286.

107. *Ídem*, pp. 286 y 287.

108. KEES, J. M., *ob cit.*, p. 97.

109. FERRAJOLI, L., *ob. cit.*, p. 558.

de la verdad resulta incompatible con la privación de la libertad de una de las partes. Nuestra Constitución consagra al juicio por jurados como forma de llevar a cabo los procesos penales.¹¹⁰ En este sentido, la construcción de la verdad judicial debe ser una actividad exclusiva de las partes durante el proceso.¹¹¹ Para lograr esto se requiere que el imputado goce de su libertad durante el juicio que se lleva en su contra. Ferrajoli advierte que el acusado debe comparecer libre ante sus jueces, no solo para respetar la dignidad de los ciudadanos que se presumen inocentes, sino que también para que éste quede situado en pie de igualdad con la acusación y para que pueda organizar de forma efectiva su estrategia de defensa.¹¹² Solamente en libertad, el imputado puede –efectivamente– producir prueba a su favor, tendiente a atenuar o contradecir las acusaciones que se le formulan. De esta forma, el encarcelamiento preventivo de una de las partes atenta contra el modo en que se deben llevar a cabo los juicios penales según nuestra Constitución; quiebra la igualdad –si es que alguna vez existió– entre las partes; restringe las facultades del imputado de organizar su defensa y, en combinación con otros institutos del proceso penal, como por ejemplo, el juicio abreviado, funciona como una verdadera coacción al imputado, tendiente a obtener su confesión.¹¹³

Como se ha visto, nuestro Código Procesal –a pesar de los artículos 312, 316 y 317– recepta el discurso procesalista a los fines de regular la prisión preventiva. El problema es que este instituto carece por completo de fundamento constitucional. Ninguna cláusula de nuestra Carta Magna habilita semejante vulneración de los derechos y garantías del imputado.

Al respecto, el derecho procesal debe velar por los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce a sus habitantes.¹¹⁴ De allí que se sostenga que el derecho procesal es el derecho constitucional reglamentado.¹¹⁵ En este aspecto debe asegurarse que los juicios penales se lleven a cabo de la forma establecida por nuestra ley fundamental, consolidando la libertad del imputado.

110. HENDLER, E. S., “El significado garantizador del juicio por jurados”, en AA.VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 330.

111. BOVINO, A., “Juicio y verdad en el procedimiento penal”, en AA.VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 232.

112. FERRAJOLI, ob. cit., p. 559.

113. VITALE, G. L., “Un proceso penal sin prisión (base mínima para el juicio justo y previo)”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 14.

114. KEES, J. M., ob. cit., p. 79.

115. MAIER, J. B. J., *Derecho...*, ob. cit., pp. 163 y ss.

La frase de Daniel Pastor, citada al comienzo de este apartado, resulta imprescindible para comprender los peligros que entraña el instituto de la prisión preventiva para el Estado constitucional de derecho.

Bajo la formulación discursiva que sea el encierro preventivo constituye un adelantamiento de pena.¹¹⁶

La prisión preventiva puede transformar al más liberal de los derechos penales en la peor versión del derecho penal del enemigo. En defensa de la sociedad o del proceso, es capaz de volver vano todo intento de contención del poder punitivo. En este sentido, la privación anticipada de la libertad de los individuos, por la mera circunstancia de ser imputados en la comisión de un delito, constituye el talón de Aquiles del Estado de derecho.

Su utilización corre el riesgo de transformar a todos los delitos en delitos procesales. En su crítica al método inquisitivo, Friederich Spee sostuvo que mediante el procedimiento inquisitorial se podía condenar, en esa época, por brujería a cualquier persona.¹¹⁷ Bastaba una acusación, luego la tortura hacia el resto.

Tal vez esta comparación pueda resultar exagerada, pero lo cierto es que en la actualidad, la prisión preventiva causa, en muchas ocasiones, la condena del imputado por el mero hecho de haber sido acusado de un delito grave y privado de su libertad durante el proceso (además de las –ya descritas– dificultades que encarna para la defensa del acusado que éste se encuentre preso). Un ejemplo de esto sucede cuando el imputado preso “pacta su libertad” en un juicio abreviado, en virtud del cual, el fiscal solicita que se le aplique por pena la cantidad de tiempo que este estuvo detenido preventivamente a cambio de su confesión.¹¹⁸

No es posible –mediante ninguna formulación discursiva– considerar que la prisión preventiva resulta armónica con la forma en que nuestra Constitución exige que se deben realizar los juicios.

VIII. CONCLUSIÓN - HACIA LA ABOLICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Los discursos que han sido analizados en este trabajo han servido para legitimar la utilización de la prisión preventiva. Han funcionado como base hermenéutica para armonizar su regulación en el Código Procesal respecto de las normas constitucionales y para fundamentar su utilización por parte de la jurisprudencia.

Las críticas que se han realizado a los argumentos que pretendían legitimar el encierro preventivo permiten sostener que el mismo resulta inconstitucional.

116. VITALE, G. L., ob cit., p. 5.

117. ZAFFARONI, E. R., ob. cit., p. 40.

118. VITALE, G. L., ob. cit., p. 14.

Como se ha indicado, en la actualidad, la mayoría de la doctrina, jurisprudencia y legislación, se inclina por adoptar las teorías procesalistas de la prisión preventiva. Éstas, en su faz más liberal, no reconocen expresamente la legitimidad del instituto en cuestión, pero sí admiten su procedencia en caso de que se verifiquen los presupuestos y principios citados oportunamente en este trabajo. Estas teorías se proponen limitar al máximo su utilización.

Los hechos demuestran que tal pretensión ha fracasado. Lejos de disminuir, la cantidad de presos preventivos ha ido aumentando en los últimos años.¹¹⁹ Los principios limitadores han servido para legitimar la interposición del encierro cautelar, antes que para disminuirlo.

Todo discurso que no declare la inconstitucionalidad de la prisión preventiva y la necesidad de su abolición, corre el riesgo de transformarse en un instrumento para su legitimación. Es por eso que, desde la faz discursiva resulta imperativo poner en evidencia la necesidad de finalizar para siempre con la privación de la libertad cuando no se cuenta con una sentencia condenatoria firme. Porque solo de esa forma se da cumplimiento a las garantías constitucionales y se protege la vigencia del Estado de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y las penas* (trad. Antonio Bonanno), Buenos Aires, Losada, 2005.
- BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- BIGLIANI, Paola y BOVINO, Alberto, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.
- BOVINO, Alberto, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de Derechos Humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 429-470.
- , “Contra la inocencia”, en BOVINO, Alberto, *Justicia Penal y Derechos Humanos. Libertad personal, políticas persecutorias, sexo y derecho penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 85-116.
- , “El fallo ‘Suárez Rosero’”, en Alberto BOVINO, *Justicia Penal y Derechos Humanos. Libertad personal, políticas persecutorias, sexo y derecho penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 3-54.

119. GARCÍA, G. N., ob. cit., p. 20.

- , “Juicio y verdad en el procedimiento penal”, en AA.VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 219-240.
- CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2011*, Buenos Aires Siglo XXI Editores, 2011.
- CHIARA DIAZ, Carlos A., *Las medidas de coerción y la inconstitucionalidad de la prisión preventiva*, Rosario, Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007.
- GARCÍA, Gerardo N., “La prisión preventiva es una pena”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, pp. 1-18.
- HENDLER, Edmundo S., “El significado garantizador del juicio por jurados”, en AA.VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 329-341.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal T I Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- , “La privación de la libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy” en ANITUA, Gabriel I. y TEDESCO, Ignacio F. (comps.), *La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp. 399-412.
- FERNÁNDEZ, Domingo y MORILLO, Gastón, “Garantías constitucionales frente a la ‘prisión preventiva’”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, pp. 119-128.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (trad. Perfecto, Andrés Ibáñez y otros), Madrid, Trotta, 1995.
- KEES, Juan M., “Observaciones a la tesis procesal de la prisión preventiva”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, pp. 69-98.
- MANILI, Pablo L., *El bloque de constitucionalidad*, Buenos Aires, La Ley, 2003.
- PASTOR, Daniel R., “El encarcelamiento preventivo”, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, pp. 43-64.
- , “Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo”, en *Nueva doctrina penal 1996/A*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 283-315.
- PAVARINI, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico* (trad. Ignacio Muñagorri), México DF, Siglo XXI Editores, 1996.

- PINTO, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos”, en Abregú, Martín, y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 163-172.
- RUSCONI, Maximiliano A., “Prisión preventiva y límites del poder penal del Estado en el sistema de enjuiciamiento”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, pp. 41-68.
- SERGI, Natalia, “Límites temporales a la prisión preventiva”, en *Nueva doctrina penal 2001/A*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 115-142.
- , “La privación de la libertad durante el proceso en el derecho comparado”, en *Nueva doctrina penal 2004/A*, Buenos Aires., Editores del Puerto, 2004, pp. 127-153.
- VANNINI, Fabiana, “El juicio penal en ausencia y el derecho a la libertad durante el proceso (desde las normas constitucionales)”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, pp. 99-118.
- VEGAZZI, Santiago, “Los fines procesales de la prisión preventiva” en AA. VV., *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, pp. 527-546.
- VITALE, Gustavo L., y GARCÍA, Gerardo N., “El ‘arresto’ del artículo 18 de la Constitución Nacional no legitima la llamada ‘prisión preventiva’”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, pp. 203-236.
- , “Un proceso penal sin prisión (base mínima para el juicio justo y previo)”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, pp. 1-18.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Buenos Aires, Ediar, 2011.

XI CONCURSO DE ENSAYOS
“DR. IGNACIO WINIZKY”
SOBRE DERECHO DE LOS CONSUMIDORES



LA TUTELA DEL CONSUMIDOR SOBREENDEUDADO EN EL DERECHO ARGENTINO*

ANDRÉS NICOLÁS BELTRAMO Y EMILIANO ESTEVARENA**

Resumen: El sobreendeudamiento es un fenómeno social al cual el derecho debe adaptarse. Se discute el encuadre de los institutos del derecho común argentino (por ejemplo, la lesión) en el marco del sobreendeudamiento, así como se analiza cómo se ponderarían los derechos constitucionales ante esta problemática social.

Palabras clave: sobreendeudamiento – mercado de microfinanzas – derecho a la información – Ley de Defensa del Consumidor – usura – alza unilateral de los intereses – lesión – teoría de la imprevisión – concurso preventivo – derechos constitucionales.

Summary: Over-indebtedness is a social phenomenon to which law must provide a solution. The aim of this article is to analyze, on the one hand, whether and how Argentinean defences to contract enforceability (e.g. usury), bankruptcy law, and consumer law apply in case of over-indebtedness and, on the other hand, how Argentinean constitutional rights may be balanced in such case.

Keywords: over-indebtedness – microfinance market – right to information – argentinean consumer law – usury – unilateral rise of interest rates – undue influence – commercial impracticability – bankruptcy – constitutional rights.

I. INTRODUCCIÓN

Si bien de manera fragmentaria, no hay duda alguna de que el fenómeno del sobreendeudamiento se encuentra tutelado por nuestro ordenamiento jurídico. Este trabajo busca encuadrar la cuestión del sobreendeudamiento en torno al Derecho argentino, recorriendo aquéllos institutos que, sin decirlo expresamente, de todas

* Primer puesto del XI Concurso “Dr. Ignacio Winizky” sobre Derecho de los Consumidores – 20 años de vigencia de la Ley N° 24.240, año 2013. El jurado estuvo conformado por los Profs. Carlos A. Gherzi, Ramón D. Pizarro y Gabriel A. Stiglitz.

Recepción del original: 10/03/2014. Aceptación: 31/05/2014.

** Ayudantes alumnos de la asignatura Contratos Cíviles y Comerciales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en la Cátedra Ameal-Barocelli.

maneras son plenamente aplicables para prevenir y morigerar la situación del consumidor sobreendeudado.

Asimismo, se analizarán los conflictos entre los derechos a ejercer la industria lícita, a la propiedad, a la vivienda, a la información, y al desarrollo económico. También estará presente la función del consumo en la sociedad actual y la forma en la que se financia el consumo, temas que hacen en gran medida a la problemática.

II. CONCEPTO

El sobreendeudamiento de los consumidores se puede definir, en un sentido restringido, como la incapacidad del consumidor de pagar todas sus deudas íntegramente y a tiempo, de manera crónica, es decir, en diversos períodos consecutivos y contra su voluntad.¹

En otras palabras, hay consumidores cuyo ingreso disponible tras haber incurrido en los gastos diarios, como los de subsistencia, es insuficiente para afrontar las deudas que han contraído. Este hecho que escapa a la voluntad de los consumidores, toma un aspecto dinámico al acumularse una deuda que incrementa en el largo plazo y genera sobreendeudamiento.

El sobreendeudamiento es una problemática social y económica que expone a los consumidores a una situación de vulnerabilidad producto de la naturaleza de la sociedad de consumo y del funcionamiento mercado crediticio.

En este sentido, lo que diferencia el sobreendeudamiento de un mero endeudamiento o de un estado de cesación de pagos son dos caracteres:

- A. La existencia de un endeudamiento crónico o progresivo.
- B. La vulneración del consumidor en la sociedad de consumo y en el mercado crediticio o de finanzas.

Básicamente, estos dos caracteres se alimentan el uno al otro. En primer lugar, existe en la sociedad actual una política de fomentar el consumo. Ahora bien, no siempre un consumidor puede acceder al consumo. Por lo tanto, esta necesidad es satisfecha por el mercado crediticio o de finanzas, a través del cual se financia el consumo. Sin embargo, ese mercado está conformado por proveedores e inversores que buscarán obtener una ganancia a través del servicio que brindan o de la cotización de dicho servicio en el mercado de valores. Esto puede hacer que los actores

1. KAPPEL, V., KRAUSS, A., LONTZEK, L., *Over-Indebtedness and Microfinance – Constructing an Early Warning Index*, Center for Microfinance, University of Zurich, p. 7, consultado en [<http://www.accion.org/Document.Doc?id=899>] el 04/07/2013.

del mercado de finanzas utilicen políticas de expansión agresivas en el mercado de finanzas para acrecentar sus ganancias. Como consecuencia de ello, pueden ocurrir dos cosas. La primera es una burbuja económica en el mercado de finanzas, lo que puede provocar una crisis económica. La segunda es un incremento en los factores que contribuyen al sobreendeudamiento, como la posibilidad de que un consumidor tome préstamos múltiples. En este sentido, un mercado de finanzas expansivo le da al consumidor una mayor oferta de créditos para el consumo, la cual suele estar atada a disminuciones en la calidad del crédito ofrecido como lo son la reducción de los requisitos para contraer créditos y las tasas de interés usurarias. Este esquema de financiación si bien le permite al consumidor acceder a créditos con facilidad también conlleva el riesgo de que empiece a endeudarse de forma crónica, es decir, a contraer deudas de forma progresiva sin poder hacerles frente. Finalmente, es esa acumulación de deudas lo que coloca al consumidor en una situación de vulnerabilidad.

El sobreendeudamiento puede ser pasivo o activo. Es pasivo cuando la renta de los consumidores de por sí es insuficiente para hacer frente a las deudas que contraen debido a una situación completamente desligada del crédito. En cambio, el sobreendeudamiento activo se da cuando el consumidor obtiene créditos sin medir si puede hacer frente a ellos o no, lo que suele darse en casos como los de las tarjetas de crédito. En este tipo de sobreendeudamiento se suele recurrir a la contratación de préstamos múltiples a los fines de cancelar préstamos previamente contratados.²

La Universidad de Zurich ha hecho un estudio en el cual se detallan una serie de indicadores económicos que pueden servir para medir y prevenir el sobreendeudamiento en las distintas economías o países. A continuación, mencionaremos brevemente algunos de estos indicadores:

1. Crecimiento del PBI per cápita: La recesión en la economía de un país reduce el ingreso de los consumidores. En esta situación, aunque los ingresos disminuyan, el costo de vida y los montos de las deudas permanecerán estables lo que puede generar problemas a la hora de afrontar las deudas y aumentar el riesgo de sobreendeudamiento en el largo plazo. Si a esto se le suma el hecho de que los consumidores empiecen a pedir créditos a otros prestamistas, aún mayor será el riesgo de sobreendeudamiento.
2. Inflación: Respecto del sobreendeudamiento, la inflación actúa como un arma de doble filo. Por un lado, al haber más dinero disponible y al

2. ADICAE (Gabinete de Estudios ADICAE Servicios Centrales y ADICAE - Extremadura), pp. 17-18, consultado en [<http://proyectos.adicae.net/proyectos/autonomicos/extremadura/sobreendeudamiento/libro%20sobreendeudamiento.pdf>] el 27/07/2013.

mantenerse las deudas estables a un valor nominal, la inflación debería disminuir el riesgo de sobreendeudamiento a largo plazo. Sin embargo, la inflación eleva el costo de vida y reduce el ingreso en términos reales, lo que dificulta al consumidor afrontar sus deudas, dado que una porción aún mayor de su ingreso se destinará a los gastos diarios.

3. Corrupción: En aquellos países con altos grados de corrupción, los prestamistas no adhieren a las políticas crediticias de las instituciones de microfinanzas³ (IMFs) ni ejercerían su actividad económica basándose en decisiones crediticias fundadas.
4. Penetración de mercado: Esto hace referencia a la cantidad de clientes que manejan las IMFs. Ante la saturación del mercado de las IMFs, el servicio que provean será de menor calidad y mayor precio que el que provea un mercado de competencia perfecta. Dicha saturación se produce por el aumento en la cantidad de deudores tomando créditos de diversos prestamistas. Aunque la mayoría de estos préstamos se hagan a gente dentro de la población económicamente activa, una gran parte de estos créditos son tomados por gente por debajo de la línea de pobreza, quienes están expuestos a un mayor riesgo de sobreendeudamiento.
5. Objetivos de crecimiento y mercado: Si los objetivos de crecimiento del mercado de microfinanzas son agresivos, los requisitos mínimos para otorgar créditos se reducen y las metodologías de préstamo varían, lo que aumenta el riesgo de sobreendeudamiento.
6. Préstamos múltiples y calidad y uso del sistema de información crediticia: Este es un factor clave del sobreendeudamiento. La razón por la cual los deudores tienen la posibilidad de tomar créditos de distintos prestamistas es la falta de información en el mercado de microfinanzas. Por un lado, no es posible estimar la extensión de este fenómeno. Por el otro, los distintos prestamistas sufren de esta falta de información, ya que rara vez tienen la posibilidad de cruzar referencias o intercambiar información con otros proveedores. Esto hace que los prestamistas provean créditos ignorando que sus clientes han tomado a su vez créditos de otros prestamistas. Asimismo, dada esta falta de información, rara vez los prestamistas discriminan a los deudores según hayan contraído deudas previamente o no. Un intercambio de información fluido y veraz entre los deudores y los prestamistas disminuye el riesgo de sobreendeudamiento, ya que los deudores no estarían dispuestos a tomar más créditos de los que pueden afrontar ni los prestamistas a prestar dinero

3. Son organismos creados para conceder créditos a gente de bajos ingresos, lo que incluye prestamistas informales, bancos, mercados de valores, ONGs, así como a sus entes reguladores.

a quienes no puedan afrontar los créditos. Esto resulta en un incremento en la calidad de los préstamos y, por tanto, de la riqueza del mercado de las microfinanzas.

De los indicadores enunciados podemos sacar algunas conclusiones acerca del mercado de microfinanzas. La primera es la falta de información en el mercado. Ni los consumidores poseen suficiente como para saber qué y cuántos créditos tomar, ni los proveedores, en su mayoría prestamistas informales, tienen idea de la situación crediticia de los consumidores. La falta de información eleva los riesgos para ambos el consumidor y el proveedor. El consumidor se perjudica al ver que de pronto no puede afrontar su deuda sino refinanciarla y, finalmente, perder su patrimonio ante la ejecución de dichas deudas.

En este sentido, el proveedor está obligado a proveer incluso la información que ignorase (art. 4 Ley 24.240 y mod.). Respecto del sobreendeudamiento, entonces lo que el proveedor deberá saber, y averiguar si no lo supiere, es la situación crediticia del consumidor, esto es, cuántas deudas posee el consumidor y si puede o no afrontarlas.

Lo discutido en el párrafo anterior abre pie al segundo problema: que los consumidores toman préstamos múltiples, en otras palabras, de varios prestamistas. Ahora bien, si los proveedores quisieran cumplir con el deber de información, deberían intercambiar entre sí los datos privados de los distintos clientes que tengan. Este intercambio, sin embargo, debe hacerse bajo dos requisitos: cumplir la ley de hábeas data y no resultar en una práctica abusiva (como escraches públicos). El intercambio será necesario dado que no hay mejor forma de prevenir el sobreendeudamiento que alertar a los proveedores que los consumidores ya poseen deudas, y disuadirlos así de otorgar préstamos que probablemente no sean pagados.

El tercer problema surge del sobrecalentamiento del mercado de microfinanzas. Esto es un asunto serio, dado que los que salen perjudicados por el sobrecalentamiento son en primera y última instancia los consumidores, que poco y nada tienen que ver con esta situación. En un esquema simple, el consumidor contrae una deuda con el proveedor. Dicha deuda tendrá un plazo y, por lo tanto, durante ese tiempo, ese dinero permanecerá inmovilizado. Esta situación es perjudicial para los proveedores de créditos, quienes necesitan liquidez. Por ello, los proveedores cederán o constituirán un fideicomiso financiero sobre las deudas para que se comercialicen en el mercado financiero y así obtener liquidez. Esta liquidez obtenida por el proveedor a través del mercado financiero es lo que le permite proveer préstamos múltiples, dado que hay un tercero financiando el mercado crediticio. Si este crecimiento se da de forma desmedida, el consumidor se verá alentado a tomar más créditos de los que puede afrontar, y ante la primera caída del mercado de microfinanzas, dichas deudas se ejecutarán y harán perder al consumidor su patrimonio.

Como opinión personal de este punto, los proveedores deberían negarle préstamos múltiples a aquellos que están en condiciones de pobreza, especialmente si no pueden afrontar las deudas desde el momento que las contraen. La pobreza no es algo que puede combatir el sector privado, sino que la solución a este problema debe venir de la mano de una política pública del Estado. El proveer créditos no siempre garantiza la posibilidad de crecimiento económico del consumidor y, otras veces, genera el efecto contrario.

El cuarto problema está en la regulación de la actividad, especialmente sobre los prestamistas informales. Este problema gira en torno a la ética, y hacia qué clase de interés cobran dichos prestamistas. La usura en el sobreendeudamiento es uno de las temáticas que se deben discutir en la sociedad.

Otro aspecto de la regulación de la actividad es el control estatal sobre estas entidades. Los prestamistas informales, así como las entidades financieras, deberían estar regulados de forma única a los fines de unificar criterios.

Asimismo, deberían existir medidas para prevenir el sobreendeudamiento. En este respecto, hay dos medidas que podrían resultar útiles. La primera es la educación en el consumo, especialmente en las escuelas secundarias y en talleres populares, para concientizar al consumidor sobre las consecuencias del sobreendeudamiento. La otra medida podría ser un registro único de deudas de consumidores. Sería útil tener esta información a mano, para así tomar decisiones crediticias menos riesgosas para ambas partes.

III. RECEPCIÓN JURÍDICA

III. A. Créditos al consumidor, artículo 36 de la Ley de Defensa al Consumidor

La norma mencionada hace referencia a los contratos bancarios y al crédito al consumo. Respecto de los contratos bancarios y el sobreendeudamiento, el énfasis está en las operaciones activas, esto es, los créditos para el consumo que otorgan dichas entidades.

El Sistema de Defensa del Consumidor considera a los bancos como proveedores de servicios financieros, en el sentido de la Ley de Defensa al Consumidor y no en el de la locación de servicios.

La protección de dichos créditos abarca:

- A. Los préstamos con destino final, como la adquisición de automóviles o para la vivienda.
- B. Las tarjetas de crédito.

C. Las tasas de interés bancario.

Asimismo, la norma pone en cabeza de los bancos o entidades financieras el deber de información sobre las condiciones particulares de la financiación. Como ejemplo, la jurisprudencia determinó que en los contratos de tarjeta de crédito el resumen de cuenta no es la vía idónea para comunicar a los consumidores que se han incluido y devengado cargos no convenidos por las partes.⁴

El artículo 36, a su vez, habla de las mal llamadas ventas de créditos, que en realidad se “otorgan” para la adquisición de bienes y servicios. La norma regula tres clases créditos:

- A. El que otorga el vendedor de un bien o servicio.
- B. El que otorga un tercero para la adquisición de un bien o servicio.
- C. El que concede las entidades financieras.

En materia de operaciones de crédito para la adquisición de cosas o servicios, se exige bajo pena de nulidad la siguiente información:

- A. La descripción del bien o servicio objeto de la contratación.
- B. Su precio de contado.
- C. El monto inicial a desembolsar y el monto financiado.
- D. La tasa de interés anual.
- E. El costo financiero total.
- F. El sistema de amortización de intereses.
- G. La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar.
- H. Los gastos extra o adicionales si existieren.

Así, la norma busca un consentimiento informado, lo que funciona como prevención del sobreendeudamiento toda vez que el consumidor esté informado de su capacidad para afrontar las deudas que contraiga. La sanción por la omisión del deber de información es la nulidad parcial o total del contrato a favor del consumidor, prefiriéndose la conservación del contrato, dado que la financiación hace a la sustentabilidad económica del consumidor. En el caso de que se omita informar la tasa de interés efectiva anual, se aplicará la tasa pasiva anual promedio difundida por el Banco Central de la República Argentina.

En los préstamos destinados a vivienda se agregan exigencias especiales para el otorgamiento del crédito. El prestamista deberá ser un banco del Estado o bien una entidad de ahorro y préstamos para vivienda (art. 25 inc. c) Ley 21.526). Asimismo,

4. CNFed.CAdm., sala III, “Banco Sudameris SA c/DNCI-DI”, LL. Online.

se configura un estado de necesidad; por lo tanto, ante una desproporción es aplicable el instituto de la lesión (art. 332 Cód. Civil y Comercial de la Nación).

El artículo 36 también da pautas para identificar cláusulas abusivas respecto de los contratos bancarios y de créditos al consumo:

- A. La que establece la rescisión unilateral sin causa sin un derecho igual para el consumidor.
- B. La que reserva, sin motivos válidos y especificados en el contrato, el derecho de fijar unilateralmente la fecha de ejecución del crédito.
- C. La que faculta establecer incrementos de precios por servicios, accesorios, financiamiento o recargo, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales sobre las cuales el consumidor pueda contratar libremente y se computen e informen por separado.
- D. Las que obligan firmar como garantía un pagaré en blanco.

El artículo 36 también tutela los intereses del crédito, los cuales pueden impugnarse como abusivos por no tener causa, por ser usurarios o por ser sorpresivos.

También se protegen los créditos al consumo que poseen las siguientes características:

- A. El prestamista financia la adquisición de un bien o servicio proveído por una persona distinta a la suya.
- B. Hay un acuerdo, por más ínfimo que sea, entre proveedor y prestamista.
- C. El crédito se otorga en razón de la adquisición del bien o servicio.

En este caso, si la adquisición del bien o servicio dependiere del otorgamiento de un préstamo, si éste no se otorgare, el consumidor puede pedir la rescisión del contrato principal sin costo alguno.

En resumen, la norma es útil a la hora de prevenir el sobreendeudamiento, ya que pone especial énfasis en el derecho a la información, especialmente sobre el costo financiero total y los gastos adicionales (que suelen ser riesgos de la empresa imputados al consumidor). Respecto de cómo proteger a aquél que se halla en situación de sobreendeudamiento, la norma deja mucho que desear, pero al menos vemos como un punto de partida los supuestos por los cuales se puede considerar una cláusula abusiva.

III. B. Usura

El bien jurídico protegido por el delito de la usura es el derecho a la propiedad, ante las contraprestaciones exageradas que disminuyan el patrimonio de la víctima

del delito. Para analizar la usura como tipo penal es necesario tener en cuenta sus dos modalidades, la usura propiamente dicha y el negocio de crédito usurario.

La usura propiamente dicha es aquella que se hiciera “aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona [para que] le hiciera dar o prometer [al autor del delito], en cualquier forma, para sí o para otro, intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo” (art. 175bis Cód. Penal).

El primer requisito del tipo penal es la existencia de una prestación de contenido económico debido por el sujeto pasivo (víctima) o un tercero al agente (autor). Esta contraprestación activa, a su vez, debe hacerse “aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia” del sujeto pasivo.

En este delito, necesidad se entiende por cualquier apuro económico del sujeto pasivo, siempre y cuando no esté fundado en un mero afán especulativo; ligereza es la irreflexión del sujeto pasivo; e, inexperiencia es la falta de conocimientos con relación al negocio en que el sujeto pasivo se halla envuelto.

La acción típica de la usura es hacerse dar o hacerse prometer por el sujeto pasivo intereses o ventajas patrimoniales evidentemente desproporcionadas con la prestación, o recaudos o garantías de carácter extorsivo. Las ventajas patrimoniales deben ser susceptibles de apreciación pecuniaria.

La acción típica se consuma cuando el acreedor recibe los intereses o las ventajas desproporcionadas, o cuando recibe los bienes que constituyen la garantía o seguridad extorsiva.

La culpabilidad se configura con el conocimiento del agente sobre la necesidad, ligereza o inexperiencia del sujeto pasivo, el conocimiento de las ventajas patrimoniales o de lo extorsivo de las garantías, y la voluntad de sacar provecho de esa situación.

El 2° párrafo del artículo 175 bis penaliza el negocio de crédito usurario, lo que incluye la adquisición, transmisión o ejecución a sabiendas de un crédito usurario. Crédito usurario hace referencia a la prestación descrita en el primer párrafo del artículo 175 bis del Código Penal, esto es, la usura propiamente dicha. El perfeccionamiento de alguna de las acciones descritas en el tipo penal supone la consumación del delito de crédito usurario. La culpabilidad de la acción típica se mide con su consumación a sabiendas de que el crédito era usurario.

Por último, hay un agravante de este delito, si fuere cometido por un “prestamista o comisionista usurario profesional o habitual”. No se discutirá acerca de lo positivo o negativo de este agravante. Pero sí se remarcará la importancia de que los prestamistas y comisionistas profesionales den el ejemplo de cómo llevar a cabo un negocio crediticio respetando la buena fe.

La razón por la cual se desplegó el tipo penal con tanto detalle porque el principio de legalidad en el ámbito del derecho penal contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional exige que el tipo penal contenga de manera expresa y precisa

el hecho punible. Esta es la única forma de hacer un encuadre responsable del sobreendeudamiento en la usura.

Ahora bien, respecto del sobreendeudamiento, la usura sólo sería encuadrable respecto de aquellos créditos que supongan una ventaja desproporcionada desde su generación. El problema de este encuadre recae en que el sobreendeudamiento suele darse por acumulación de deudas con ventajas proporcionales al negocio celebrado. Sin embargo, estirar el tipo penal para encuadrarlo en esta situación no es algo viable dentro del derecho penal por lo mencionado en el párrafo anterior.

El tipo penal de usura resulta beneficioso para la prevención del sobreendeudamiento en tanto prohíbe que terceros lucren con un acto ilícito. Asimismo, este tipo penal ayuda a prevenir al sobrecalentamiento del mercado de microfinanzas producido por los proveedores que negocian con créditos usurarios.

III. C. El alza unilateral de los intereses

Un supuesto especial de usura es el que está relacionado al alza unilateral de los intereses. Como esta cuestión viene de los principios generales del derecho y de la doctrina, no la consideraremos dentro del derecho penal, debido a la interpretación restrictiva de dicha rama del derecho, sino como un ilícito civil, encuadrable bajo el instituto de la lesión.

En Defensa del Consumidor es aplicable la sanción de nulidad sobre el alza unilateral de intereses en un crédito al consumidor por tratarse de una modificación unilateral del contrato que genera un desequilibrio en la base de los negocios jurídicos, al incrementar los derechos del proveedor y las cargas del consumidor (art. 37 Ley 24.240 y mod.).

III. D. Lesión

El artículo 332 del Código Civil y Comercial de la Nación regula el instituto de la lesión cuyo su ámbito de aplicación recae sobre los contratos bilaterales. La lesión es un vicio del consentimiento del contrato que tiene un elemento objetivo y dos subjetivos.

Como elemento objetivo está la desproporción originaria, esto es, en la génesis del contrato. En otras palabras, debe haber un desequilibrio entre las prestaciones en cabeza de las distintas partes desde el momento en que se origina el contrato. Para que la lesión sea aplicable, dicho desequilibrio deberá seguir subsistiendo.

Los elementos subjetivos de la lesión son el estado de necesidad, ligereza o inexperiencia del afectado, por una parte, y el aprovechamiento de tal situación, por la otra parte. En este sentido, los elementos subjetivos de la lesión y la usura son similares.

Ante esta situación, el afectado puede pedir la nulidad del contrato o el reajuste de las prestaciones, prefiriéndose la subsistencia del contrato antes que la nulidad. Por ello, si el demandado ofreciere reajustar las prestaciones, no se declarará la nulidad parcial del contrato.

El instituto de la lesión resulta insuficiente para tutelar el sobreendeudamiento por dos motivos. En primer lugar, para que se configure la lesión la desproporción del negocio jurídico debe ser originaria, mientras que en el sobreendeudamiento la desproporción suele darse por la acumulación de deudas en el largo plazo. Por otro lado, el problema del sobreendeudamiento no recae en la desproporción de cada prestación en sí, sino en la totalidad los créditos contraídos por el consumidor. Un crédito otorgado al consumidor sobreendeudado puede no ser desproporcionado en sí y, sin embargo, generar una carga gravosa si se considera la totalidad del pasivo del consumidor.

III. E. Teoría de la imprevisión y excesiva onerosidad sobreviniente

Ahora, analizaremos si la teoría de la imprevisión (art. 1091 Cód. Civil y Comercial de la Nación) sirve como instituto protectorio ante el sobreendeudamiento. Para ello, primero desmenuzaremos las diferencias entre la teoría de la imprevisión, la excesiva onerosidad sobreviniente y la imposibilidad de cumplimiento.

Una de las características de la teoría de la imprevisión es el carácter excepcional de las circunstancias, es decir, que la situación sea imprevisible, esté exteriorizada y sea inevitable. Ahora bien, el sobreendeudamiento no cumple los requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad. La situación es previsible, sea por usura, lesión o por acumulación de deudas. El sobreendeudamiento también es evitable tanto por el proveedor como por el consumidor, aunque dada la naturaleza de la relación de consumo es el proveedor quien tiene más herramientas para evitar esta situación. Por otro lado, una vez que el consumidor está en una situación de sobreendeudamiento, le es imposible salir de esa situación sin ver su patrimonio ejecutado para afrontar las deudas, ya que en esta situación la subsistencia del consumidor empieza a depender de si consigue o no más créditos para financiar su situación.

Otro requisito de la teoría de la imprevisión es que haya una alteración en la equivalencia de las prestaciones. Lo que se busca a través de la teoría de la imprevisión es evitar el enriquecimiento desmesurado de una parte y la ruina de la otra. En este punto hay que hacer especial hincapié. Si bien el sobreendeudamiento no encuadre por ser previsible y evitable en el corto plazo, el resultado final del sobreendeudamiento es justamente lo que la ley busca evitar.

Relacionado al requisito anterior está la excesiva onerosidad sobreviniente. Esto quiere decir que en algún momento de la etapa contractual, luego de la celebración del contrato (si fuera en su generación sería lesión), tiene que ocurrir un hecho que haga que el cumplimiento del contrato por una de las partes se torne gravoso

y pueda producirle ruina. En esta etapa, el cumplimiento aún debe ser posible; de lo contrario, habría imposibilidad de cumplimiento y el contrato se extinguiría por caso fortuito o fuerza mayor.

Los últimos dos requisitos de la teoría de la imprevisión son que el contrato continúe en su ejecución, y que el deudor no sea moroso. Que la falta de mora haga viable la teoría de la imprevisión es otro factor que no permite encuadrar el sobreendeudamiento dentro de este instituto. Esto es porque el sobreendeudamiento a la corta o a la larga implica necesariamente la morosidad, dado que el consumidor en esta situación es incapaz de hacer frente a la totalidad de sus deudas.

Distinto aunque similar a la teoría de la imprevisión es el instituto de la excesiva onerosidad sobreviniente. Tiene la misma finalidad que la teoría de la imprevisión: evitar que una parte se enriquezca a costa de la ruina de la otra. El artículo 6.2.2 de los principios generales de los contratos de UNIDROIT indica que la excesiva onerosidad sobreviniente se dará cuando “ocurren sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por el incremento en el costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien cuando existe una disminución a cargo de la otra”. La diferencia entre estos dos institutos radica en que la excesiva onerosidad sobreviniente, a diferencia de la teoría de la imprevisión, tiene en miras la extinción del contrato antes que su supervivencia.

El artículo 6.2.2 de los principios generales de los contratos de UNIDROIT enumera los siguientes requisitos para que la excesiva onerosidad sobreviniente sea viable: “a) dichos sucesos ocurren o son conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; b) dichos sucesos no pudieron ser razonablemente previstos por la parte en desventaja al momento de celebrarse el contrato; c) dichos sucesos escapan al control de la parte en desventaja; d) la parte en desventaja no asumió el riesgo de dichos sucesos”. El problema de encuadrar el sobreendeudamiento bajo este instituto radica en los incisos b) y d) de la norma citada. En primer lugar, salvo que el consumidor alegue no tener la educación suficiente como para haber previsto este escenario, el sobreendeudamiento es previsible. En segundo lugar, pedir un crédito conlleva necesariamente el riesgo de que la propiedad de uno sea ejecutada ante el incumplimiento de devolver el dinero prestado, sea el consumidor consciente de este riesgo o no; por lo tanto, no podría encuadrarse el sobreendeudamiento bajo la excesiva onerosidad sobreviniente.

III. F. En la Ley de Concursos y Quiebras

La Ley de Concursos y Quiebras, en especial el instituto del concurso preventivo, presenta una relación especial con el tema del sobreendeudamiento, en la medida que el concurso preventivo se presenta como una solución legal ante el estado de cesación de pagos (art. 1, Ley 24.522) de los consumidores (art. 2, Ley 24.522).

Se considera que el concurso preventivo es el principal remedio legal que la ley ofrece ante el estado de cesación de pagos, tratando de evitar el camino de la quiebra.

La razón por la cual el sobreendeudamiento es encuadrable dentro de la Ley de Concursos y Quiebras es que el sobreendeudamiento lleva inevitablemente al consumidor a un estado de cesación de pagos, el presupuesto objetivo del concurso preventivo. Asimismo, el consumidor cumple el presupuesto subjetivo para la existencia de un concurso preventivo dado que la Ley de Concursos y Quiebras en su artículo segundo considera como sujetos comprendidos a las personas de existencia visible y a las personas jurídicas de carácter privado.

Se considera que el procedimiento concursal más viable para el caso del consumidor es aquél regulado en el artículo 288 de la Ley de Concursos y Quiebras, el pequeño concurso. Este procedimiento se da cuando el concursante posee un pasivo menor a los cien mil pesos o menos de veinte acreedores quirografarios. Este artículo agrega otro presupuesto el cual es aplicable en especial para las pequeñas y medianas empresas.

Ahora bien, lo que ha de discutirse es si el concurso preventivo es una solución legal suficiente y por qué. El primer problema que se presenta es cuándo debería proceder el concurso preventivo del consumidor. En este sentido, esperar a que el consumidor entre en un estado de cesación de pagos le sería gravoso por el hecho de que se ve vulnerado en sus derechos de acceso al consumo y de protección de su interés económico y, sumado a ello, inmerso en una situación de vulnerabilidad producida por su insolvencia económica. Ante esto, se ha indicado que el concurso preventivo de los consumidores proceda incluso ante dificultades económicas o financieras de carácter general,⁵ como en los concursos extrajudiciales (art. 69 Ley 24.522).

El segundo problema que se presenta es que en el concurso preventivo no hay espacio para detenerse a debatir en qué medida el sobreendeudamiento del consumidor es provocado por sus acreedores. Es decir, no existe un remedio legal que opere ante el incumplimiento de la responsabilidad social que tienen los proveedores sobre los consumidores de evitar el sobreendeudamiento del consumidor. Consecuentemente, se descarta la idea de que las quitas en las deudas que se conceden en el marco de un concurso preventivo sean remedio legal suficiente ante el incumplimiento de un proveedor de la protección de los intereses económicos del consumidor. Esto se debe a que si el proveedor obtiene ganancias a costa del empobrecimiento del consumidor, esta conducta debería ser castigada por otras vías como en los casos de enriquecimiento ilícito.

5. BIETTO, P. A., COLOMBO, M. C., y GÓMEZ SEGURA, J. C., *El sobreendeudamiento del consumidor en el derecho argentino, ¿es adecuada la respuesta del legislador?*, consultado en [<http://www.jndc.com.ar/00%2008/08%2004.htm>] el 19/02/2014.

En síntesis, el concurso preventivo podría ser un remedio viable ante el sobreendeudamiento en la medida que el concurso opere antes del estado de cesación de pagos, y haya un juicio paralelo sobre los créditos en los que se determine en qué medida el actuar de cada proveedor en particular incidió en el sobreendeudamiento del consumidor.

III. G Protección constitucional del sobreendeudamiento

Delinear la tutela al sobreendeudamiento desde nuestra norma de normas es de particular importancia dado nuestro paradigma de Estado Constitucional de Derecho, que irradia sus contenidos sustanciales al resto de nuestro ordenamiento, como así también a todas las relaciones verticales (entre las personas y el Estado) y horizontales (entre las personas entre sí).⁶ En este orden de ideas, a continuación se mencionarán algunos temas constitucionales en torno al sobreendeudamiento.

A nivel interno, los artículos troncales que hacen a la protección constitucional del sobreendeudado son el 16, 14 bis y 17 y 42 de la Constitución Nacional, así como el 75 incisos 18, 19 y 22.

Con respecto al artículo 16 es importante tener en cuenta que la interpretación del derecho a la igualdad hoy en día se hace en base a términos reales. No solo se trata de imparcialidad o igualdad ante la ley, sino de una acción positiva que intenta aliviar las desigualdades reales, en este caso, las desigualdades a la hora de negociar un contrato. Este accionar positivo es una armonización entre la protección del consumidor, parte débil de la relación de consumo, y la efectiva realización del derecho a la igualdad.

La protección integral de la familia y el acceso a una vivienda digna (art. 14 bis CN), así como el derecho de propiedad (art. 17 CN) guardan una muy estrecha

6. Ver GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad*, Buenos Aires, Ediar, 2011, pp. 88-89. El autor señala a los siguientes elementos como estructurales del Estado constitucional de derecho: 1) La supremacía constitucional; 2) Una dimensión de la validez dual, formal y sustancial; 3) Los derechos estructurados en forma abierta e indeterminada; 4) La ponderación como mecanismo racional para resolver colisiones entre derechos; 5) La argumentación como elemento primordial de las decisiones judiciales; 6) La aplicación directa de las normas constitucionales; 7) La titularidad y ejercicio por parte del Poder Judicial de la última palabra constitucional; 8) La reversión de ciertas presunciones a favor de la persona y en contra de determinados actos u omisiones; 9) La revisión de la teoría de los actos propios en relación con el ejercicio de derechos fundamentales y derechos humanos; 10) La rigidez constitucional como garantía de los derechos y de los límites del poder; 11) El pluralismo y la tolerancia como base ideológica; 12) La democracia constitucional como límite a las mayorías coyunturales; 13) La no discriminación negativa como cláusula de cierre; 14) La obligación prioritaria de recomponer en los supuestos de violación de derechos fundamentales y derechos humano; 15) El discurso de los derechos como un instrumento deconstructor de la performatividad del discurso jurídico estructurado por el derecho secundario o inferior.

relación con la problemática del sobreendeudamiento. La discusión implica la colisión del derecho de propiedad, la protección integral de la familia y el acceso a una vivienda digna del consumidor con los derechos de propiedad y de ejercer toda industria lícita (art. 14 CN) del proveedor. Colisión a ponderar en cada caso concreto, pero siempre a través de los principios *pro homine* y *favor debilis* que exige nuestra regla de reconocimiento constitucional.⁷

Son también de capital importancia al tema varias cláusulas del artículo 75 de la Constitución Nacional. El primer inciso que hay que mencionar es el 22, que incorpora a nuestro sistema de derechos los derechos humanos de fuente externa (a través de la jerarquización constitucional de diferentes tratados internacionales). En relación a esto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado en la causa “*Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/Guzman Toledo, Ronal Constante y otra s/Ejecución hipotecaria*”, como relacionados a la temática del sobreendeudamiento (refiriéndose a ésta expresamente), a la protección de la familia y el acceso a una vivienda digna, derechos protegidos por diversos instrumentos de derechos humanos⁸ (y también por el ya mencionado 14 bis). Los incisos 18 y 19 del artículo 75 reconocen el derecho al progreso y al desarrollo humano. Teniendo en cuenta estos derechos, hay que remarcar cuál es la función social, la causa fin social, de la actividad financiera: promover el desarrollo humano y el progreso económico. La financiación básicamente mueve activos de donde estos abundan hacia donde hacen falta, para promover el crecimiento económico, y es por ello que esta actividad es uno de los motores de nuestra sociedad actual. El sobreendeudamiento, en cambio, implica y acarrea todo lo contrario a la finalidad perseguida a través la actividad financiera.

En 1994 se reconocieron en la Constitución Nacional los derechos de los consumidores como clase socio-jurídica. El artículo 42 garantiza el derecho a la protección de la salud del consumidor, de su seguridad y de sus intereses económicos en la relación de consumo. El sobreendeudamiento es una situación fáctica encuadrable en la relación de consumo. Por lo tanto, la Constitución Nacional provee la defensa del consumidor ante el sobreendeudamiento.

Como antes las clases eran capitalistas y proletarios, a partir de la antesala del siglo XXI las clases que el derecho ha empezado a reconocer son proveedores y consumidores. El derecho, a su debido tiempo, reacciona a los cambios sociales, y adopta nuevas formas de contratación e incluso nuevas estructuras sociales. El sobreendeudamiento, en consecuencia, no está exento del derecho ni de las miras del

7. Específicamente contemplados en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

8. Arts. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 16, inc. 3 y 25, inc. I, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

ordenamiento jurídico. Esta discusión en última instancia es la sociedad discutiendo su desenvolvimiento y su evolución.

Por todo lo dicho, se alienta a las asociaciones de consumidores, así como a los órganos de gobierno y demás personas, a sumarse al debate acerca de cómo encarar la situación del sobreendudamiento, e incluso a la judicialización donde correspondiere, con miras a promover el desarrollo humano y el progreso económico de la Nación Argentina y de sus ciudadanos.

IV. Conclusión

En primer lugar, de lo expuesto podemos concluir que los institutos analizados son aplicables al sobreendudamiento. Sin embargo, la mayoría de ellos parecen haber sido diseñados para considerar los créditos del consumidor en forma individual.

Hay dos ideas centrales en torno al derecho a la información que se pueden concluir de lo expuesto. La primera es que el deber de información incluye la obligación de informar al consumidor si contraer dicha deuda no lo haría pasible de entrar en una situación de sobreendudamiento. La segunda es que dada la naturaleza actual del mercado de finanzas se hace necesario que la información crediticia sea más transparente y más accesible.

Entonces, ¿está el derecho argentino listo como sistema normativo para acoger y hacer frente al sobreendudamiento?

Si bien la Constitución Nacional tutela los derechos del consumidor ante el sobreendudamiento en general, los institutos particulares como la usura, la lesión, la imprevisión y el concurso preventivo (o la misma Ley de Defensa del Consumidor) no resultan suficientes para afrontar la problemática del sobreendudamiento.

Por ello, concluimos y proponemos la creación de una normativa específica que tenga en cuenta al menos los siguientes aspectos:

- A. Que todos los créditos deben otorgarse en miras al crecimiento económico de ambas partes, deudor y acreedor.
- B. Que el derecho a la información es esencial para la prevención y erradicación del sobreendudamiento.
- C. Que el estándar para otorgar créditos sea que los ingresos del consumidor sean suficientes para afrontar el crédito.
- D. Que la desproporción de las prestaciones no se tome en cuenta sólo a partir de un crédito singular, sino del conjunto de créditos que el consumidor debe afrontar.
- E. Que el sobreendudamiento supone una desproporción que puede darse tanto en la génesis como en la ejecución del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

- ADICAE (Gabinete de Estudios ADICAE Servicios Centrales y ADICAE – Extremadura), *El sobreendeudamiento de los consumidores*, consultado en [<http://proyectos.adicae.net/proyectos/autonomicos/extremadura/sobreendeudamiento/libro%20sobreendeudamiento.pdf>] el 27/07/2013.
- BIETTO, Paula A., COLOMBO, María C., y GÓMEZ SEGURA, Juan C., *El sobreendeudamiento del consumidor en el derecho argentino, ¿es adecuada la respuesta del legislador?*, consultado en [<http://www.jndc.com.ar/00%2008/08%2004.htm>] el 19/02/2014.
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal; parte especial*, 6ª edición, 1ª reimpression, Buenos Aires, Astrea, 1998, t. I.
- ESPECHE GIL, Miguel A., *Ilicitud del alza unilateral de los intereses de la deuda externa*, consultado en [http://www.derecho.uba.ar/institucional/proyectos/dext_espeche.pdf] el 05/07/2013.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “Bases constitucionales del derecho de los contratos. Alcances del principio de la autonomía de la voluntad”, en *La Ley* 12/09/2011, 1.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad*, Buenos Aires, Ediar, 2011.
- KAPPEL, Vivien, KRAUSS, Annette, LONTZEK, Laura, *Over-Indebtedness and Microfinance – Constructing an Early Warning Index*, Center for Microfinance, University of Zurich, consultado en [<http://www.accion.org/Document.Doc?id=899>] el 04/07/2013. Resumen en español, en [http://www.responsability.com/domains/responsability_ch/data/free_docs/Microfinance_and_OID_Executive_Summary_ES.pdf].
- KRIEGER, Walter, “Parecido no es lo mismo: diferencias entre la teoría de la imprevisión, la excesiva onerosidad sobreviniente, la imposibilidad del cumplimiento y la frustración del fin del contrato”, en *DJ* 27/01/2010, 129.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009.
- , *Tratado de los Contratos; parte general*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Manifiesto Comunista*, consultado en [<http://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/48-manif.htm>] el 07/07/2013.
- NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de Derecho Contractual*, 1ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. I.



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



EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LAS ADOPCIONES HOMOPARENTALES*

MARIANELA NOEL SANGALLI, FLORENCIA SOLEDAD ORTIZ, MARÍA VICTORIA
WAJSMAN, CÉSAR RUBÉN SÁNCHEZ Y CONSTANZA SCHMIDT**

Resumen: En el presente trabajo nos propusimos analizar la posibilidad de las parejas homosexuales de adoptar niños. A pesar de no existir ningún elemento legal que lo impida, nuestro objetivo fue estudiarlo desde la perspectiva del interés superior del niño. A través de una investigación en torno a la legislación vigente, tanto a nivel nacional como internacional, así como también de diversos artículos doctrinarios y entrevistas realizadas, intentamos plasmar las diferentes visiones que imperan sobre la cuestión, algo que nos pareció muy interesante rescatar en esta época donde muchos antiguos paradigmas están cediendo lugar a los nuevos.

Partiendo de la definición de conceptos como “familia” e “interés superior del niño”, pretendemos aportar una visión amplia de las distintas cuestiones en juego en una temática tan vigente.

Palabras clave: adopción – pareja homosexual – familia – interés superior del niño.

Summary: For this paper, we intended to analyze the possibility for same sex couples to adopt children. Despite there not being any legal impediment, our objective was to study it from the point of view of the best interest of the child.

Through a research of current legislation, both national and international, as well as different legal doctrine articles and interviews we conducted, we attempt to express the diverse visions about this issue, something we thought would be a very interesting thing to do in these days where many old paradigms are making room for new ones.

Starting from the definition of concepts such as “family” and “best interest of the child”, we intend to provide a broad view of different matters at stake regarding such a current topic.

Keywords: adoption – same-sex couple – family – best interest of the child.

* El trabajo ha sido realizado en el marco de la asignatura “Los criterios de selección en el instituto de la adopción”, a cargo de la profesora Laura Lora en la Facultad de Derecho (UBA).

Recepción del original: 04/05/2014. Aceptación: 30/06/2014.

** Estudiantes de Abogacía (UBA).

“Nos gustaría agradecerle a la Profesora Laura N. Lora y a los docentes de la cátedra por guiarnos en la confección de nuestro trabajo a lo largo del cuatrimestre y por hacer posible esta publicación”.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo desarrollamos la cuestión del interés superior del niño en las adopciones por parejas homosexuales. Para poder tratar el tema es necesario interiorizarnos en la temática, investigando qué se entiende por interés superior del niño, qué comprende actualmente una “familia”, qué perspectivas tiene la sociedad sobre la adopción por parte de parejas homosexuales, etc.

Atentos a que no hay, por el momento, jurisprudencia nacional sobre la temática, dado que es un tema de surgimiento relativamente reciente, basamos nuestro trabajo en doctrina nacional, análisis de fallos extranjeros realizados por juristas nacionales, que nos aporten una mirada internacional sobre la temática, así como también entrevistas desarrolladas a distintos sujetos donde pudieran exponer sus pensamientos y opiniones sobre estas cuestiones.

La pregunta de investigación, disparadora de este trabajo es: ¿si se les denegara la adopción a parejas homosexuales en virtud de su orientación sexual, se estaría respetando el interés superior del niño? Esta pregunta surge debido a que, si bien no existe ningún impedimento legal para que se le otorgue la adopción de un niño a una pareja homoparental, en la práctica es una situación que hasta el momento no se ha dado, por lo menos a nivel nacional, además de que numerosos doctrinarios y legisladores se han pronunciado en contra de que esto pueda suceder.

II. MATERIALES Y MÉTODOS

Para el siguiente trabajo, nos valimos de artículos de doctrina, así como también de legislación a nivel nacional e internacional y realizamos entrevistas a veinticinco sujetos, incluyendo una jueza de familia que ha trabajado en casos de niños otorgados en guarda a parejas homosexuales.

Al momento de definir nuestro marco conceptual, optamos por la definición de familia que aporta Belluscio¹ al definir la familia en sentido amplio: “... la familia en sentido amplio (parentesco), como el conjunto de personas con las que existe algún vínculo jurídico de orden familiar...”, con lo cual la familia de una persona estará comprendida por sus parientes por consanguinidad (ascendientes, descendientes y colaterales) como así también por sus parientes por afinidad (parientes del cónyuge) y sus parientes por adopción (simple o plena).

Por otro lado, en cuanto al marco conceptual de “interés superior del niño” entendemos que es apropiada la definición que aporta la Ley nacional 26.061 (Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes), donde es desarrollado, en el art. 3, qué se entenderá por interés superior del niño.²

1. BELLUSCIO, A. C., *Manual de Derecho de Familia*, 7ma Edición, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2004, t. I, p. 3.

2. Art. 3: “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Elegimos esta definición ya que parece ser una de las más abarcativas e integrales, estableciendo los distintos aspectos de la niñez que deben ser respetados. Esta ley deja atrás las anteriores normativas que visualizaban al niño como un objeto y no, como es considerado actualmente, un *sujeto* de derecho. Junyent de Dutari³ explica este contraste estableciendo que: "... La característica central del modelo tutelar, que ha sido superado, consistía en la negación de la participación del niño, tanto dentro como fuera del proceso judicial. Desde aquella perspectiva la representación legal sustituía absolutamente al niño. Ahora bien, es esencial comprender que considerar al niño sujeto de derecho equivale a reconocer que éste es una persona diferente y autónoma de los mayores que lo tienen a cargo. En función de ello, merece ser escuchada y gozar de los *mismos* derechos que los adultos (...) Desde esta atalaya, la base fundamental sobre la cual se edifica la filosofía de la Ley de Protección Integral 26.061 radica, ciertamente, en la participación del niño".

III. RESULTADOS

III. A. La familia

Una de las primeras cuestiones que se volvió necesario definir fue qué significa el vocablo "familia" y para quiénes. Sin duda, es un término cuyo significado ha variado con el tiempo y las acepciones son múltiples. Es destacable que el sociólogo Ulrich Beck sostiene que la "familia", como tantas otras categorías, pertenecen a lo que él llama "... 'categorías zombies', categorías muertas que siguen vivas y que

Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

3. JUNYENT DE DUTARI, P., "La palabra como derecho de niños y adolescentes", en *La Ley DFyP*, octubre de 2013. Cita online: AR/DOC/3002/2013, pp. 2 y 3.

impiden percibir y afrontar la realidad en la que vivimos, ideas que nos mantienen atados a un pasado que nos vuelve ciegos al porvenir...”⁴

Según Belluscio,⁵ la palabra “familia” tendrá un significado diferente de acuerdo al sentido en que se la utilice, explicando tres de esos significados, el primero de los cuales (familia en sentido amplio) se explicó en el apartado anterior: “(...) la familia en sentido restringido (pequeña familia, familia conyugal, parentesco inmediato o núcleo paterno-filial (...))” estará integrada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad. La familia, comprendida en este sentido, tiene gran importancia en el orden social y no tanto en el orden jurídico; “(...) familia en sentido intermedio (como un orden jurídico autónomo (...))”, como el conjunto de personas que viven en una misma casa bajo la autoridad del dueño de ésta. Este era el criterio utilizado en el Derecho Romano clásico.

Según Bossert y Zannoni,⁶ el vocablo puede abordarse desde dos perspectivas, una sociológica y la otra jurídica. El concepto sociológico postula que “(...) es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco (...)”. Por otra parte, el concepto jurídico propone que “(...) la familia está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco...”.

El Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes ofrece también su perspectiva sobre qué es lo que constituye una familia proponiendo lo siguiente: “... Es un conjunto de personas que conviven bajo el mismo techo, organizadas en roles fijos (padre, madre, hermanos, etc.) con vínculos consanguíneos o no, con un modo de existencia económico y social comunes, con sentimientos afectivos que los unen y aglutinan. Naturalmente pasa por el nacimiento, luego crecimiento, multiplicación, decadencia y trascendencia. A este proceso se le denomina ciclo vital de vida familiar. Tiene además una finalidad: generar nuevos individuos a la sociedad...”⁷

Por su lado, Eva Giberti⁸ sostiene que en oportunidades son las convicciones políticas y/o religiosas “... las que sostienen una concepción tradicionalista, dogmá-

4. Beck, U., *Trabajadores Zombies*. Suplemento Las/12, *Página/12*, 12/09/1999.

5. BELLUSCIO, A. C., *Manual... op. cit.*, pp. 4 a 8.

6. BOSSERT, G. A. y ZANNONI, E. A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ª Edición Actualizada, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2004, pp. 1-8.

7. Documento del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. Consultado en [http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Lectura%2012_UT_1.pdf].

8. GIBERTI, E., “La Adopción y la Alternativa Homosexual”, en RAÍCES MONTERO, J. H. (comp.), *Adopción. La caída del prejuicio. Proyecto de Ley Nacional de Unión Civil*, Buenos Aires, Editoras del Puerto, 2004, pp. 17 a 45.

tica y monolítica de ‘la familia’, pretendiendo imponer o preservar un único modelo considerado el moralmente certero...”, además de sostener que el derecho del niño a contar con una familia no puede verse condicionado por la hetero u homosexualidad de sus padres así como también que la crianza y la educación deberá responder, sin más, al interés superior del niño.

En las entrevistas realizadas observamos que, al ser interrogados acerca de qué consistía, en su opinión, una “familia”, la mayoría de los sujetos proporcionaba definiciones desde lo afectivo, hablando de “son las personas que te quieren como sos y te apoyan y enseñan”,⁹ mencionando también “lazos de cariño”, “respeto”, “cuidado mutuo”, “incondicionalidad”, “confianza”, “ese grupo de personas que uno espera que estén siempre. En las buenas y en las malas, pase lo que pase, a pesar de las diferencias”.¹⁰

Una minoría se inclinó por dar definiciones de tipo funcional, haciendo referencia a los roles que cada uno de los sujetos ocupa en el instituto, mencionando “mamá, papá, hijos”, “un sistema de personas que encarnan funciones donde lo irreductible es la transmisión de algo que humanice a ese niño por venir”,¹¹ “donde hay lazos de parentesco y roles establecidos que pueden variar”.

III. B. El interés superior del niño

Eva Giberti¹² sostiene que el interés superior del niño es aquello que regula y guía la adopción, con lo cual se vuelve imperante definirlo.

El interés superior del niño es un vocablo contenido a lo largo de la Convención sobre los Derechos del Niño donde refiere, por ejemplo en su art. 3, inc. 1, que “... En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...”, estableciendo claramente que será una cuestión central en todas las decisiones que se tomen respecto de los niños.

A nivel nacional, la Ley 26.061 que desarrollamos previamente, también recoge un concepto amplio de lo que conforma el interés superior del niño y las distintas cuestiones que deben respetarse.

La autora Eloísa Raya de Vera sostiene que “... es unánime en la doctrina considerar que el interés superior del niño es un concepto flexible, toda vez que permite

9. Inés, estudiante de secundario, 13 años.

10. José Ignacio, estudiante secundario. 15 años.

11. Luciana, estudiante de Psicología, 24 años.

12. GIBERTI, E., “La Adopción... *op. cit.*, p. 40.

y exige a su vez, en cada caso puntual, calificarlo y redefinirlo, atendiendo a las particularidades de la situación...”,¹³ de manera que rescata la importancia de tener en cuenta el momento, tiempo y lugar del niño a la hora de evaluar qué constituye su interés superior.

Por su parte, Laura Lora sostiene que: “...El ISN es un concepto que si bien debe ser evaluado para cada caso en concreto (...) debe abarcar *todos* los derechos del niño en cuanto él es un sujeto de derechos. El ISN está vinculado con necesidades psicológicas, educativas, sociales, jurídicas, medio ambientales y de recursos del niño y para el niño. Estas necesidades son derechos incorporados en los “Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos” y en la Constitución Nacional (que los recepciona), además en las legislaciones nacionales...”.¹⁴

En la sentencia “M. d. S., R. y otra” se cita el fallo “Fornerón” en el considerando 9º, sosteniendo que “... ‘toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia’; que dicho interés superior ‘se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades...’ y que su determinación ‘...en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño...’”.¹⁵

Al momento de responder sobre qué entendían por interés superior del niño, la gran mayoría de los entrevistados dijo no saber a qué se estaba haciendo referencia; pocos aventuraron una definición, especialmente aquellos vinculados de algún modo al universo jurídico, aunque también ofrecieron su definición algunos no vinculados diciendo que: “sería como el ‘bien mayor’ para el chico, más allá de lo que él se dé cuenta”,¹⁶ “que el niño tiene mucho interés en alguna cosa y sigue insistiendo en tenerlo”.¹⁷

13. RAYA DE VERA, E. B., “El caso ‘Fornerón’ y el interés superior del niño”, en *La Ley* 06/09/2012, 6, 2012-E, 252, p. 4.

14. LORA, L. N., “El Discurso Jurídico sobre el interés superior del niño”, en *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios*, Mar del Plata, Ediciones Suarez, 2006, pp. 479-488.

15. Considerando 9 de “Recurso de hecho deducido por el Defensor Oficial de A. M. d. S. en la causa M. d. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26 de septiembre de 2012.

16. Lara, estudiante de Medicina. 22 años.

17. Leo, estudiante primario. 9 años.

IV. LA ADOPCIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN: EL CASO DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES

El instituto de la adopción se encuentra receptado en la legislación argentina del artículo 311 al artículo 340 del Código Civil.

De acuerdo al artículo 315 del Código Civil : “Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda. No podrán adoptar: a) Quienes no hayan cumplido treinta años de edad, salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados. Aún por debajo de éste término, podrán adoptar los cónyuges que acrediten la imposibilidad de tener hijos; b) Los ascendientes a sus descendientes; c) Un hermano a sus hermanos o medio hermanos”.

Atento a los requisitos necesarios para ser adoptante, nada se especifica acerca de la orientación sexual del mismo. Los requisitos se basan en la edad, o la relación sanguínea que pueden llegar a tener los adoptantes con los adoptados.

Como puede observarse, el articulado vigente no coloca a la adopción por parte de parejas homosexuales en una situación especial, ni diferente a las demás. “...La Ley de Adopción 24.779 incorporada al Código Civil, solo permite iniciar la tramitación a parejas casadas, sin reconocer a las parejas de hecho y de derecho. La Ley de Matrimonio Igualitario a nivel nacional, que incluye Herencia y Adopción, modifica los Derechos Humanos en general y los Derechos Civiles en particular, otorgando capacidad legal de unión a dos personas, independientemente de su orientación sexual o identidad de género...”¹⁸ De hecho, se ha argumentado que debería otorgársele una suerte de prioridad a las parejas homosexuales, precisamente por su imposibilidad de tener hijos, sosteniendo que: “...puede concluirse que el instituto de la adopción cobra mayor importancia para las parejas homosexuales que para las parejas heterosexuales, salvo aquellas que acrediten la imposibilidad de concebir, con quienes las primeras compartirían el orden de prioridad...”¹⁹

Para continuar con los argumentos anteriores, se especifica en el artículo 317 del Código Civil en su inciso c) que: “Son requisitos para otorgar la guarda: (...) c) Tomar conocimiento de las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los adoptantes teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor con

18. ANGELOZ, G., “Nuevas configuraciones familiares, homosexualidad, adopción y filiación. Aportes desde la teoría psicoanalítica y el Derecho de Familia”, en *La Ley DFyP*, julio de 2013. Cita online: AR/DOC/2246/2013, p. 1.

19. LOPES, C., “Adopción por homosexuales”, en *Anales, Revista Jurídica de la UNLP* 2005-36, 248, p. 3.

la efectiva participación del Ministerio Público, y la opinión de los equipos técnicos consultados a tal fin”. Como ya fue especificado, no hace más que reiterar las solicitudes de edad y toma como prioridad el interés superior del niño de acuerdo a cada caso en particular, de las distintas formas que se puede dar.

Por último, en el artículo 321²⁰ se especifican distintas pautas a seguir en el juicio de adopción, siempre resguardando al niño.

De este modo, puede observarse que el enfoque en la legislación argentina está puesto en el niño y en el respeto al interés superior de éste el cual debe ser analizado en cada caso particular para arribar a la mejor solución posible. Las cualidades de los adoptantes son relevantes para conseguir esto, pero la orientación sexual no es un criterio que la legislación juzgue importante, ni un condicionante para el otorgamiento de la adopción.

A raíz de la modificación al articulado del Código Civil que supuso la Ley 26.618 (Ley de Matrimonio Igualitario) varios doctrinarios expusieron sus opiniones y comentarios respecto a la posibilidad de que las parejas homosexuales pudieran adoptar conjuntamente. A continuación exponemos algunos de los argumentos esgrimidos, tanto a favor como en contra de la adopción por parejas homoparentales, y qué consideraciones se hicieron sobre el interés superior del niño.

Cecilia Lopes²¹ expone que uno de los argumentos más esgrimidos a la hora de rechazar la posibilidad de la adopción por parejas homosexuales ha sido que “...el objeto de la adopción es brindarle al adoptado la posibilidad de crecer en un ámbito familiar que sustituya al biológico...”²² “...la relación creada debe ser asimilable a la natural. En consecuencia, lo razonable es entender que sólo cabe establecer un

20. Art. 321 del Código Civil: “En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas: a) La acción debe interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda; b) Son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores; c) *El juez o tribunal de acuerdo a la edad del menor y a su situación personal, oirá personalmente, si lo juzga conveniente, al adoptado, conforme al derecho que lo asiste y a cualquier otra persona que estime conveniente en beneficio del menor*; d) El juez o tribunal valorará si la adopción es conveniente para el menor teniendo en cuenta los medios de vida y cualidades morales y personales del o de los adoptantes; así como la diferencia de edad entre adoptante y adoptado; e) El juez o tribunal podrá ordenar, y el Ministerio Público de Menores requerir las medidas de prueba o informaciones que estimen convenientes; f) Las audiencias serán privadas y el expediente será reservado y secreto. Solamente podrá ser examinado por las partes, sus letrados sus apoderados y los peritos intervinientes; g) El juez o tribunal no podrá entregar o remitir los autos, debiendo solamente expedir testimonios de sus constancias ante requerimiento fundado de otro magistrado, quien estará obligado a respetar el principio de reserva en protección del interés del menor; h) Deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica; i) El juez o tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor”.

21. LOPES, C., “Adopción... *op. cit.*, p. 3.

22. MEDINA, G., “El interés superior del niño y la adopción por homosexuales”, en *Revista de Derecho de Familia*, Núm. 18, p. 87. Citado en LOPES, C., “Adopción... *op. cit.*, p. 3.

vínculo de filiación adoptiva allí donde podría haber un vínculo biológico de filiación...²³ y, por otro lado, se habla de una confusión que el niño padecerá en la conformación de su identidad sexual, partiendo del uso atípico de las denominaciones (“mamá”, “papá”) así como también por la falta del esquema triangular (hijo, mamá y papá). Nos dice la autora que “...pareciera que ambas posturas se basan en una lógica equivocada, ya que se parte de entender la ‘parentalidad’ ligada exclusivamente a la ‘heterosexualidad’ (...) La circunstancia de que la concepción requiera la diferencia de sexos, no quita que alrededor del niño que nace pueda configurarse una organización familiar distinta a la de las dos personas que participaron en la procreación...”.

Por otro lado, se efectúa una recolección de distintos estudios realizados sobre niños que se criaban en ambientes homoparentales arrojando que su desarrollo estaba a la par del de aquellos que se criaban en ambientes heteroparentales, argumentando que “...no se encontraban pruebas de que los niños sufrieran problemas de identidad sexual...”, “...la probabilidad de que estos niños sean adultos gay o lesbianas no es mayor que la de los hijos de padres heterosexuales. Los roles de género de estos chicos y chicas son perfectamente ajustados...”, “...se midió la autoestima, integración, rendimiento escolar y tipo de relaciones concluyendo que lo que importa para el desarrollo de un adolescente no es la orientación sexual de sus padres sino que la relación con ellos sea buena...”, entre otros.²⁴

La Sociedad Argentina de Pediatría²⁵ ha señalado que para los niños cuyos padres son homosexuales, el sufrimiento comienza cuando los padres son discriminados por la sociedad, o cuando son aislados por su entorno, ya sea escolar, del vecindario o mismos integrantes de su familia. Es cuando los padres temen a esta discriminación que los niños pueden comenzar a avergonzarse de ellos, hasta llegar al punto de ocultar de su entorno su realidad familiar. De este modo, “... de acuerdo al estado actual de nuestra legislación, se estaría privando de la posibilidad concreta de brindar a un *niño* una familia en razón de que su *interés superior* requiere de una familia que no sea ‘mal vista’ por la sociedad, ubicando al *niño* en una condición de objeto, contraria al espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño, al no permitírsele siquiera opinar y ser escuchado. No se han hallado investigaciones científicas fundadas en la contrastación con la realidad que alerten sobre los efectos nocivos de la homoparentalidad...”²⁶

23. STARÓPOLI, M. del C., “El interés superior en la adopción homoparental. Entre lo que se quiere y lo que conviene”, en *La Ley DFyP*, diciembre de 2012, p. 4.

24. LOPES, C., “Adopción... *op. cit.*, p. 4.

25. Citado por LOPES, C., “Adopción... *op. cit.*, p. 4.

26. LOPES, C., “Adopción... *op. cit.*, p. 4.

De opinión contraria, encontramos un artículo de la autora María del Carmen Starópoli quien sostiene que "...no es lo *mismo* matrimonio heterosexual que homosexual y tampoco es lo *mismo* familia heteroparental que homoparental. Sin embargo, la *adopción* (...) no establece impedimentos en orden a la orientación sexual de las personas sino más bien en orden a la satisfacción de las necesidades del menor. Y es aquí donde colisionan los deseos de familias homoparentales con primarios derechos del menor. Pues por más afecto y amor que dispongan los padres para ese niño nunca podrán satisfacer la carencia paterno-materna en la *misma* familia. Siempre estará presente el vacío existencial de uno u otro progenitor, o faltará un padre o faltará una madre"²⁷

De este modo, la autora sostiene que para un niño es esencial contar con ambas figuras, materna y paterna, para evitar el sufrimiento de algún tipo de carencia, la cual sería patente en una pareja homosexual con interés en adoptar a un niño. Se trata de ofrecerle a ese niño, quien ya sufrió una pérdida, un desarrollo pleno e integral, para lo cual debe tener una madre y un padre.²⁸

La autora expone que el interés superior del niño y el derecho a ser adoptado debe ser puesto siempre por sobre el derecho a adoptar que tienen los adoptantes; en este sentido, también se expresó uno de los entrevistados quien sostuvo que "... Se supone que los jueces debieran tener como principal guía el ya citado interés superior del niño y formalmente puede que así sea. Sin embargo, en el caso concreto de la adopción homoparental puede imponerse la consideración respecto de la no discriminación o el derecho de los adoptantes antes que los del menor..."²⁹, expresando que en pro de continuar con las políticas de no discriminación pudiera llegar a avasallarse el interés superior del niño.

Uno de los principales argumentos que brinda la autora para expresarse en contra de que las parejas homosexuales adopten niños es la discriminación social que sufrirá ese niño, que ya sufrió una pérdida tal como es la de sus padres biológicos. De este modo expone que se estaría convirtiendo en "objeto del deseo de ser padres" al niño, cuando la legislación nacional e internacional claramente le reconocen su condición de "sujeto", "...con mucha frecuencia se observa rechazo y discriminación hacia el niño adoptado por una pareja homosexual dentro del ambiente escolar y social por parte de otros niños, vecinos o grupos viéndolo como un 'caso raro' y generándole problemas psicológicos. Este rechazo o discriminación aunque se quiera atenuar, sabemos que existe y el daño que le ocasiona, inevitable. Se produce un miedo en el menor a hablar de su familia, con una disminución de la

27. STARÓPOLI, M. del C., "El interés... *op. cit.*, p. 2.

28. *Cfr.*, Hotton, Cynthia, citada en STARÓPOLI, M. del C., "El interés... *op. cit.*, p. 3.

29. Mauro, politólogo. Estudiante de Derecho. 24 años.

vida social por el rechazo percibido. Aunque esta situación sea algo no deseable es una realidad y supone un stress añadido para el niño en adopción...”³⁰

A modo de conclusión, la autora sostiene que el requisito de reservar el instituto de la adopción para parejas heterosexuales es correcto, en virtud de que la adopción homosexual no contribuye a un desarrollo armónico e integral del niño adoptado y que establecer tal diferencia, en definitiva no es una discriminación ya que se haría en pos de mantener la integridad del niño, así como también de evitar que él mismo sea objeto de discriminación. Sostiene: “...En donde se ha negado la adopción homoparental el argumento ha sido: mientras no sepamos si les hace daño o no crecer con dos personas del mismo sexo no los podemos dar en adopción, ‘porque no podemos experimentar con ellos’. La otra postura justificando la necesidad de abrir masivamente la adopción en pocas palabras dice ‘Pues vamos a darlos a ver qué pasa’. ¿Convertiremos a nuestros hijos en una mera muestra de laboratorio jurídico?...”³¹

Las autoras Kemelmajer de Carlucci, Herrera, y de la Torre redactaron un artículo donde, a través del análisis de dos sentencias de tribunales internacionales sobre la temática, exponen los fundamentos por los cuales estiman conveniente que las parejas homosexuales adopten niños.

A lo largo del análisis de los dos fallos, así como también una mención al caso de Karen Atala Riffó, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las autoras sostienen que la orientación sexual no puede ser un factor que condicione el dar o no un niño en adopción, mencionando que además tal criterio cae dentro de las denominadas “categorías sospechosas”, sometidas por ende a un escrutinio más estricto a la hora de evaluar su legitimidad como fundamento de la diferenciación: “...una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños...”³²

Al tratar un fallo del Tribunal Constitucional de España, referente a la adopción conjunta por parte de una pareja casada del mismo sexo, citan un apartado, en el cual se afirma que: “...el máximo tribunal constitucional español sostiene que la protección integral de los hijos no está en riesgo porque se permita adoptar a las

30. STARÓPOLI, M. del C., “El interés... *op. cit.*”, pp. 6 y 7.

31. STARÓPOLI, M. del C., “El interés... *op. cit.*”, p. 9.

32. Considerando 111 de “Atala Riffó e Hijas vs. Chile”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012.

personas homosexuales. El interés superior del niño no es una categoría en abstracto, sino que debe considerarse en cada caso concreto, y la *adopción* se concederá o no en función del escrutinio de idoneidad al que se someta a las personas que quieren adoptar –sea sola o conjuntamente si están casados– con total independencia de su orientación sexual...³³

De este modo las autoras, a través del concepto del interés superior del niño y de su función de principio rector en lo referente a la adopción es que destacan que “...descartar a priori y en abstracto a ciertas personas o *parejas* por determinadas categorías rígidas contraría este principio. Precisamente, es a la luz de este principio básico en materia de derechos de infancia y adolescencia, que debería ampliarse el abanico de formas de organización familiar al ser variados los perfiles de niños a ser dados en *adopción* (niños mayorcitos, grupos de hermanos, con algún padecimiento de salud, etc.). Tal ampliación debe comprender a las *parejas* del *mismo sexo*, además, por aplicación de otro principio de derechos humanos: el de igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual, considerada, insistimos una vez más, una categoría sospechosa”.³⁴

Cuando se les consultó a los entrevistados por su opinión respecto a la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan adoptar niños, la mayoría se mostró abierto a la posibilidad, esgrimiendo argumentos tales como “... el amor hacia un hijo no depende de la combinación de género de la pareja...”, “estoy de acuerdo porque tienen derecho y mucho amor para dar”, “siendo que el niño necesita padres estaría de acuerdo”, “estoy de acuerdo porque el niño va a estar rodeado de afecto y es preferible que tenga una casa donde vivir que esté viviendo en la calle o en el orfanato”, entre otros. La jueza entrevistada argumentó que “no se trata de una cuestión de género sino de aptitud para la crianza del niño que se va a dar en adopción”.

Otra porción de los entrevistados dijo que en principio no se oponían, pero que de todos modos creían que la sociedad no estaba preparada y por lo tanto temían por la discriminación que esos niños podrían sufrir: “me da dudas si la sociedad está preparada (...) el niño sufriría mucho por la crueldad de la sociedad”, “puede contribuir a burlas de compañeros del colegio”, “al toque en el colegio las jodas, yo creo que ese tema falta meterlo en la sociedad”.

Por último, algunos entrevistados se opusieron argumentando que no se adaptan a lo que constituye una familia usual, “no constituyen una familia tradicional”, “no, porque altera el grupo básico de constitución familiar establecido por la naturaleza”, “se lo priva del derecho a crecer en su ámbito natural”.

33. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., DE LA TORRE, N., “Adopción y orientación sexual. El sexo de los progenitores y la regla del doble vínculo filial”, en *La Ley*, 22/04/2013, 2013-B, 596. Cita *Online*: AR/DOC/1520/2013, p. 11.

34. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., DE LA TORRE, N., “Adopción... *op. cit.*, p. 12.

V. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, consideramos importante hacer un relevamiento de la información obtenida en la investigación y contrastarla con el marco conceptual que fue elegido para así aproximarnos a una respuesta para nuestra pregunta de investigación.

Acorde a la definición de “familia” que adoptamos como marco conceptual pareciera no existir ningún impedimento para considerar a una pareja del mismo sexo una “familia”, y de igual modo si adoptan un niño, debido a que la definición seleccionada no hace ninguna referencia al género ni a la orientación sexual de sus integrantes. De todos modos, destacamos que sí hay definiciones que se enfocan en el sexo de los miembros, como aquellas dadas por algunos de los entrevistados.

En cuanto al interés superior del niño, debe reconocerse que no existe un concepto universal de qué comprende el interés superior del niño, ya que debe analizarse en cada caso particular, atendiendo a las circunstancias en que el niño en cuestión se halle. La doctrina sí parece concordar en que el interés superior del niño debe ser siempre la guía y el principio rector en cuestiones de niñez e infancia, especialmente en aquellas tratadas en ámbitos judiciales, ya que poseen la característica de poder modificar la situación en que el niño se halle.

Para el establecimiento del marco conceptual, optamos por una de las definiciones más amplias que encontramos, la cual hace referencia a la “máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley”, resultando de este modo un concepto transversal que abarca distintos ámbitos en donde el niño establece sus relaciones.

La pregunta de investigación planteada al inicio apuntaba a descifrar si es o no contrario al interés superior del niño que se lo otorgue en adopción a una pareja del mismo sexo, más específicamente si resultaría violatorio del mencionado interés, denegarle la posibilidad de adoptar a parejas del mismo sexo. Hallamos que la respuesta no es unánime. Hemos analizado distintos textos de doctrinarios, así como también opiniones de los entrevistados que manifiestan que permitir tal cosa implicaría una afectación al interés superior del niño, ya sea por generar burlas de la sociedad, por ser discriminado, por privárselo de un “ámbito natural”, entre otras razones.

Otros autores han destacado lo contrario, esto es, que permitir la adopción por parte de parejas homosexuales es perfectamente compatible con el interés superior del niño y que de hecho es precisamente el interés superior del niño el que urge a considerar lo mejor para él, y no guiarse por cuestiones de moralidad, religión, política, etc.

El relevamiento de distintos estudios médicos y psicológicos hechos en los últimos años arrojan resultados dignos de analizar. Por un lado afirman que aquellos que son criados en hogares homoparentales no padecen ningún condicionamiento

psicológico, aunque también sostienen que pueden verse discriminados y aislados de su entorno debido a los prejuicios de la sociedad.

Debemos subrayar que, si bien no existe, según el análisis legislativo realizado, impedimento alguno de tipo legal para que proceda la adopción por parte de parejas homosexuales; sin embargo, el debate sigue vigente en la doctrina y en la sociedad, arrojando resultados distintos según qué autor sea estudiado y según la representación que cada persona tenga con respecto a qué constituye una familia, entre otras cuestiones.

BIBLIOGRAFÍA

- ANGELOZ, Graciela, “Nuevas configuraciones familiares, homosexualidad, adopción y filiación. Aportes desde la teoría psicoanalítica y el Derecho de Familia”, en *La Ley DFyP*, julio de 2013. Cita online: AR/DOC/2246/2013.
- BECK, Ulrich, “Trabajadores Zombies”, en *Página/12*, Suplemento Las/12, 12 de septiembre de 1999.
- BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, 7ma Edición, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2004, t. I.
- BIGLIARDI, Karina A., “V. Adopción por matrimonios homosexuales”.
- BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ª Edición Actualizada, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2004.
- GAITÁN MUÑOZ, Lourdes, “La nueva sociología de la infancia. Aportaciones de una mirada distinta”, en *Sociología de la Infancia*, Madrid, Publicaciones Universidad Complutense de Madrid, Vol. 43, N° 1, 2006.
- GIBERTI, Eva, “La Adopción y la Alternativa Homosexual”, en RAÍCES MONTERO, Jorge H. (comp.), *Adopción. La caída del prejuicio. Proyecto de Ley Nacional de Unión Civil*, Buenos Aires, Editoras del Puerto, 2004.
- GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, “Algunas reflexiones en relación al decreto 1006/2012 y la inscripción de hijos menores de matrimonios entre personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la sanción de la Ley 26.618”, en *La Ley DFyP*, noviembre de 2012.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; Fernández-Collado, Carlos; Baptista Lucio, Pilar, “Metodología de la Investigación”, México D.F., McGraw-Hill Interamericana, 2006.
- JUNYENT DE DUTARI, Patricia, “La palabra como derecho de niños y adolescentes”, en *La Ley DFyP*, octubre de 2013. Cita online: AR/DOC/3002/2013.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, “Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica”, en *La Ley*, 04/06/2010, 1, 2010-C, 1382.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia, “Adopción y orientación sexual. El sexo de los progenitores y la regla del doble vínculo filial”, en *La Ley*, 22/04/2013, 6, 2013-B, 596. Cita Online: AR/DOC/1520/2013.
- LOPES, Cecilia, “Adopción por homosexuales”, en *Anales, Revista Jurídica de la UNLP* 2005-36, 248.
- LORA, Laura N., “El Discurso Jurídico sobre el interés superior del niño”, en *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios*, Mar del Plata, Ediciones Suarez, 2006.
- MEDINA, Graciela, “El interés superior del niño y la adopción por homosexuales”, en *Revista de Derecho de Familia*, N° 18.
- MOYANO, Inés E., *Comunicar Ciencia, El artículo científico y las comunicaciones a Congresos*, Buenos Aires, Universidad de Lomas de Zamora, Secretaría de Investigaciones, 2000.
- RAYA DE VERA, Eloísa B., “El caso ‘Fornerón’ y el interés superior del niño”, en *La Ley* 06/09/2012, 6, 2012-E, 252.
- REBOLLEDO CARREÑO, Alexis, “La evidencia científica apoya la adopción por parte de parejas gay”, en *El Quinto Poder*, 24 de mayo de 2013. Consultado en [<http://www.elquintopoder.cl/ciencia/la-evidencia-cientifica-apoya-la-adopcion-por-parte-de-parejas-gay/>].
- STARÓPOLI, María del Carmen, “El interés superior en la adopción homoparental. Entre lo que se quiere y lo que conviene”, en *La Ley DFyP*, diciembre de 2012.



ESCONDER O ENFRENTAR. SILENCIAR O REVELAR. EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES DE LAS PERSONAS NACIDAS POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA*

MARIANELA LOURDES GERMAIN**

Resumen: En este trabajo, la autora pretende determinar la posibilidad de conocer los orígenes de seres humanos nacidos bajo técnicas de reproducción humana asistida. Para ello, procedió a analizar el régimen proyectado en el territorio nacional, conjuntamente, a un análisis de las regulaciones extranjeras. Comprendidos en su trabajo se encuentran las visiones acerca de los derechos de toda persona a formar una familia; los derechos de los niños, niñas y adolescentes; y el derecho de los terceros involucrados en estas técnicas. Asimismo, realizo una reseña sobre cuestiones históricas y sociológicas, entre otras, que hacen al contexto de estas técnicas; permitiéndole arribar a la conclusión de que el derecho a conocer los orígenes necesita de un abordaje interdisciplinario, que debe darse no sólo desde el Estado; sino especialmente dentro del marco del seno familiar, con los debidos cuidados y afecto que sólo la familia puede brindar; todo esto acompañado de una necesaria y fundamental construcción social para insertar estos cambios en la cultura del país.

Palabras clave: derecho de los niños, niñas y adolescentes – derecho de la identidad – derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida – proyecto de reforma del código civil y comercial de 2012 – interdisciplina.

Abstract: In this article, the author aims to determine the possibility for human being – borne from assisted human reproduction techniques– of knowing their origins. In order to achieve this, she analyzes drafts of national legislation, together with an analysis of foreign regulations. This work also includes views on the right of every person to form a family; the right of children and adolescents; and the right of third parties involved in these techniques. Furthermore, she performs an overview of historic and sociological

* El trabajo ha sido realizado en el marco de la asignatura “Técnicas de Reproducción Asistida Profundizado”, a cargo de la profesora Marisa Herrera en la Facultad de Derecho (UBA).

Recepción del Original: 19/05/2014. Aceptación: 24/07/2014.

** Estudiante de Abogacía (UBA). Integrante del Proyecto de Investigación UBACyT 2013-2016, “Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, derechos humanos y familias”, dirigido por Marisa Herrera.

issues, among others, that are part of the context of these techniques; allowing her to arrive at the conclusion that the right to know the origins requires an interdisciplinary approach, which should be not only from the State; but especially within the frame of the family bosom, with proper care and affection that only the family can provide; all this accompanied by a necessary and fundamental social construction to insert these changes in the country's culture.

Keywords: rights of children and adolescents – right to identity – right of children born from assisted human reproduction techniques to know their origins – national civil and commercial code reform project from 2012 – interdiscipline.

“No hay conocimiento del yo sin la ayuda del otro. Nos vemos a nosotros mismos en un espejo formado por sus ojos”, MICHAEL WALZER.

I. INTRODUCCIÓN

Una y otra vez vemos como la sociedad avanza, y el derecho queda atrás. Las mismas veces vemos como, cuando se trata de legislar, hay obstáculos basados en la moral de algunos en no querer asumir la realidad social. Y hoy, el derecho a conocer los orígenes es un tema que nos toca de cerca, especialmente en lo que se relaciona a técnicas de reproducción humana asistida. Los niños nacidos por estas técnicas a nivel mundial han superado los cinco millones. Es claro que los infantes devenidos de una relación sexual no son los únicos que existen, sino que con asistencia médica, muchos otros niños pudieron hacerse presentes. Ahora bien, ¿cómo se forma su identidad? ¿Qué tienen que saber? ¿Cuándo? El presente trabajo pretende determinar la posibilidad de conocer los orígenes de seres humanos nacidos bajo técnicas de reproducción humana asistida. La idea es analizar el régimen proyectado en el territorio nacional, conjuntamente, a un análisis de las regulaciones extranjeras.

II. DERECHOS INVOLUCRADOS

II. A. El derecho de toda persona a formar una familia

La Constitución Nacional argentina expresa en el artículo 14 bis., tercer párrafo, que la Seguridad Social velará por la protección integral de la familia. El artículo 16 expresa la igualdad de todos ante la ley, que va de la mano con el artículo 75

inciso 23, donde consagra expresamente la “*igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (...)*”.

A su vez, el artículo 75 inciso 22, expone jerarquía superior a las leyes en distintos tratados de índole internacional, donde podemos encontrar, nuevamente, la necesidad de permitir el acceso a formar una familia. Tal es el caso del artículo VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre;¹ artículo 16 inciso 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos;² artículo 17 inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos;³ artículo 23 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁴ entre otros.

Con esto se deja en claro que la posibilidad de formar una familia es igual para todos los integrantes del territorio argentino, con lo cual es deber del Estado proveer los medios necesarios para poder hacerlo. Clara manifestación del órgano de gobierno fue el reconocimiento jurídico de las técnicas de reproducción humana asistida, en principio a nivel de cobertura.⁵

Superado el acceso surgen otros problemas, que inciden especialmente en lo referente a la filiación, por lo cual parte de la respuesta ha sido un Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial de la Nación que dejaría en claro problemas que tiene hoy una laguna del derecho.

II. B. Derechos del niño, niña y adolescentes

Otro tema a considerar se refiere a los niños y niñas que nacen de estas prácticas, especialmente en lo atinente a conocer sus orígenes. Hay que tener en cuenta que esto va ligado plenamente al derecho de la identidad, a formar la personalidad. Es preciso distinguir, a su vez, que siguiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad es complejo, compuesto por dos aspectos esenciales: uno estático y uno dinámico, donde el primero abarca el semblante genético

1. “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.

2. “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

3. “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

4. “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”.

5. Ley 26.862, Argentina, 05/06/2013.

y biológico, mientras que el segundo es la construcción que cada uno hace de sí, un proceso que está en constante desarrollo.

El derecho a la dignidad es parte necesaria de este planteo. Así como la información. Y en vista de este derecho, es necesario distinguir qué se pretende cuando hablamos de “informar”. A qué origen nos estamos refiriendo, ya que puede ser que hablemos de la causa por la que fue posible la concepción,⁶ o bien, la genética, la identidad estática, en los casos en los que hay que acudir a donación.

Igualmente, es menester destacar que el derecho a conocer el origen, no implica reclamar un derecho filial, lo que será analizado más adelante.

II. C. Derechos de un tercero, también involucrado

Tanto en los casos de maternidad subrogada, así como lo que a donante de gametos se refiere, hay una nueva persona involucrada, que no tiene que ver ni con los pretensos progenitores, ni con los niños y niñas nacidos de estas técnicas. Hay que precisar que ni la mujer que presta su óvulo para gestar un niño, ni un donante de gametos, tienen intención procreacional.

Según un estudio realizado por la Dra. Lancuba, el 87% de las pacientes perseguían fines altruistas, dado que familiares y/o amigos habrían pasado por la dificultad de tener un hijo. El mismo porcentaje coincidió en que no tenía intenciones de conocer a los receptores.

Entonces, ¿en qué medida es justo revelar la identidad de los donantes? Hay que tener en cuenta el criterio de proporcionalidad entre los derechos en pugna, en cada caso concreto, de ser necesario, revelar ya sea datos identificatorios del donante, o sólo clínicos. Con esto se presentan varios interrogantes, como ser, ¿hasta dónde puede conocer quienes nacen por estas técnicas? ¿Hasta dónde es necesario? ¿Dónde quedan plasmados los derechos de los donantes, tales como a la libertad, entendida como la posibilidad que tienen de prestar sus gametos, sin que ello implique que sea “penalizado”?

Y ahora bien, ¿seguirían existiendo donantes si fuera posible conocer su vida completa? ¿Dónde queda la protección a la vida privada?

6. Nos referimos a este concepto tal como se define en LANCUBA, S., *Las 101 Respuestas sobre fertilidad*, Buenos Aires, Editorial Editing, 2006; cuando se expresa “que la concepción es el proceso de implantación del pre-embrión en el útero, que, fisiológicamente, sucede entre el día 7 y 9 a partir de la fecundación”.

III. REGULACIONES EXTRANJERAS

Antes de adentrarnos en el derecho argentino, se realizará una breve exposición de la regulación del derecho comparado, tomando en consideración países que tienen expresa prohibición, permisión total, posturas intermedias, y el caso especial de Italia, donde ni siquiera es posible acudir a técnicas heterólogas, es decir, donde no sea encuentra involucrado material genético de ambos miembros de la pareja que quiere procrear, con las críticas pertinentes en cada caso.

III. A. Países que revelan la identidad del donante

Reino Unido: Los datos identificatorios del donante se exponen al nacido por técnicas a partir de los 18 años de edad. Sin embargo, desde los 16 años puede acceder a datos no identificatorios.⁷

Australia: Fue en el estado de Victoria, hace nueve años, que las autoridades decidieron que los niños que alcancen la mayoría de edad sean capaces de acceder a la información nominativa de los donantes.⁸

Nueva Zelanda: En principio, se mantenía el anonimato del donante, y a partir del 2004 cambió.⁹ La mencionada modificación, introdujo un registro voluntario,¹⁰ donde llamaban a donantes, receptores y niños nacidos por TRHA, a los fines de responder las demandas de información de casos previos a la ley.

Finlandia:¹¹ La mayoría de edad vuelve a ser el medio por el cual se adquiere capacidad para conocer la identidad del o los donante de gametos u embriones; adquieren derechos para solicitar una copia del consentimiento que firmó el donante, y el código del mismo, para buscarlo en el Registro de Donantes.

Noruega: La identidad de los donantes puede ser informada a las personas nacidas por estas técnicas a partir de los 18 años de edad.¹²

Suecia: En este caso no se dispone una edad fija, sino que depende de la madurez de quien solicite la información identificatoria del donante.¹³

7. Parte 1, Artículo 24, Ley de Fertilización Humana Asistida, 2008.

8. Artículo 79, inciso 1, apartado b, Ley de Tratamiento de Infertilidad 1995, con incorporación del 1/07/2007.

9. Artículo 59 de la Ley de Tecnología de la Reproducción Humana Asistida, Nueva Zelanda, 21/11/2004.

10. Artículo 63 de la Ley de tecnología de la Reproducción Humana Asistida, Nueva Zelanda, 21/11/2004.

11. Ley 1237/2006, 15/10/2006.

12. Artículo 2, inciso 7, Ley de Aplicación de Biotecnología en la medicina humana, Noruega, 05/12/2003.

13. Capítulo 6, Secciones 5 y 7, Ley de Integridad Genética, Suecia, 18/05/2006.

Estos países coinciden en que la posibilidad de conocer a los donantes es determinante para el derecho superior del niño, cumplimentando así su derecho a la identidad. Sin embargo, en gran parte de las citadas leyes, no permiten investigar los datos del donante hasta los 18 años, edad en la que la Convención de Derechos del Niño considera que se deja de serlo. Nos encontramos, entonces, con una contradicción, ya que si bien se reconoce el derecho de la identidad (para los citados países, con la necesidad que implica conocer la genética), no les reconocen la capacidad progresiva. Exceptuado de esto se encuentra Suecia, quién permite analizar la madurez de quién solicita información sobre la identidad del donante.

III. B. Países que permiten la decisión conjunta entre donantes y receptores

Islandia: Previo al nacimiento del niño, los padres y donantes deben acordar la posibilidad, o no, de dar a conocer los datos genéticos.¹⁴

En este caso la decisión legislativa es aún peor. Conocer o no la verdad genética depende exclusivamente de adultos, un acuerdo previo incluso al nacimiento. Con esto, nos damos cuenta que no se toma al niño como sujeto a quien hay que reconocerle derechos, sino un objeto sobre el que se decide sin su opinión. Los interrogantes que surgen en este caso versan acerca de qué puede pasar en caso que, posteriormente, el niño o adulto nacido por donación de gametos, quiera conocer su origen genético.

III. C. Países que lo relativizan - Postura intermedia

República Checa: La información acerca del donante podrá ser expedida por el médico cuando tenga impacto en la salud de la persona nacida por las técnicas de reproducción humana asistida.¹⁵

Brasil: El principio es el anonimato, pero por razones médicas es posible obtener datos no identificatorios del donante.¹⁶

14. Artículo 18 de la Regulación 568 de la Ley de Fertilización Asistida, Islandia.

15. Capítulo IV, Parte 3, Sección 27e, inciso 10, de la Ley 227/2006 Coll: Ley sobre la investigación con células madre embrionarias humanas y actividades conexas y en Modificación de algunos actos relacionados, República Checa, 01/06/2006.

16. Artículo IV, incisos 2 y 3, Resolución del Consejo Federal de Medicina número 1957, Brasil, 15/12/2010.

III. D. Países que mantienen el anonimato del donante

Francia: la ley evolucionó en cuanto se extiende la permisión de donación, puesto que en principio sólo podían donarse espermias, para luego extenderlo a ovocitos y embriones. En ninguno de los casos permite conocer los datos genéticos,¹⁷ imponiendo incluso una penalización, multando a quienes divulguen algún tipo de información.¹⁸

La prohibición completa es también peligrosa, ya que hay veces que la genética es causal de determinadas enfermedades o bien puede ser utilizada en la cura de ciertas otras.

III. E. El caso de Italia

En este país no está reconocida la donación de gametos, es decir, que solamente pueden acudir a técnicas de reproducción humana asistida las parejas heterosexuales que tengan imposibilidad de concebir de manera natural. Con esto se elimina completamente la posibilidad tanto a las parejas heterosexuales que tienen algún problema de fertilidad en sus gametos, como también a las parejas homosexuales que tienen infertilidad estructural.¹⁹

IV. PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - DERECHO ARGENTINO²⁰

IV. A. El punto de partida: Una nueva fuente filial

En el texto proyectado se incluye una nueva fuente filiatoria, que reconoce la realidad fáctica de las técnicas de reproducción asistida.²¹ Se habla expresamente de

17. Artículos 311-19; 311-20, del Código Civil Francés, 2004-800, Francia, 06/08/2004.

18. Artículo 1273-3 según el Código de Salud Pública vigente al 27/04/2014, consultado en: [<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20140427>].

19. Se conoce así a la imposibilidad fáctica de las parejas homosexuales de concebir, puesto que poseen los mismos gametos.

20. Se deja constancia que el análisis versará sobre el texto entregado por la Comisión Redactora, hablando en determinados momentos de los cambios introducidos en el debate.

21. El artículo 558 del Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial de la Nación expresa: “- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza

la “voluntad procreacional”,²² donde enuncia que la fuente filial se reconoce con la prestación del consentimiento libre e informado recabado previo a la utilización de técnicas de reproducción humana asistida,²³ a renovarse cada vez que se vuelva a realizar una técnica. En el mismo artículo se plasma explícitamente que la filiación es independiente del aporte de gametos. En consonancia con lo expuesto, el artículo 575 expresa que “no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”, en casos que se haya utilizado donación de gametos. En armonía con esto, en el artículo 588, donde se habla de la impugnación de la maternidad, aduce que el vínculo genético no podrá ser invocado si medió libre consentimiento, previo e informado. En los artículos siguientes (589/591/592/593) se vuelve a remarcar la independencia del aporte de gametos en los casos en los que hay que impugnar la filiación presumida por ley, negar la misma, impugnarla preventivamente, o bien, impugnar el reconocimiento. En todos los casos mencionados se salvaguarda la importancia del consentimiento libre, previo e informado al momento de realizar la técnica de reproducción humana asistida.

Es necesario destacar que en el proyecto se habla de técnicas de reproducción *médicamente* asistida, lo que deja de lado las prácticas caseras, justamente por la importancia que tiene recabar el consentimiento en estos métodos.

IV. B. Derecho a la información

En el texto proyectado, existe un artículo que habla exclusivamente del derecho de la información, y es el número 564, que reza “Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero, debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede: a) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local. b) Obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud”.

Como es de observar, habla exclusivamente de quienes han nacido gracias a donación de gametos. Y en los incisos siguientes refiere que el anonimato del

o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de DOS (2) filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

22. Artículo 561 del citado proyecto.

23. Artículo 575 del texto proyectado.

donante puede ceder frente a razones debidamente fundadas, evaluadas por el juez competente, y que el centro debe aportar los datos cuando exista riesgo de salud.

La edad para acceder a la información de los donantes no está determinada en forma expresa, sino que depende del grado de madurez del niño. Asimismo, agrega como requisito que conste en los legajos de los niños nacidos por estas técnicas la información pertinente para conocer su origen.

IV. C. Lo que no fue - La maternidad subrogada

Los votos en contra, cuando el proyecto fue analizado por la Cámara de Senadores, permitió que se elimine el texto que habla de gestación por sustitución (materia que, de por sí, tenía amplio rechazo). Sin embargo, al ser una práctica frecuente, que empezó a vislumbrarse con mayor trascendencia a partir de fallos que tuvieron impacto social gracias a los medios masivos de comunicación, se procederá a analizarlo.

La comisión redactora hizo un análisis pormenorizado de la situación fáctica que se da en el país y concluyó con la entrega de un proyecto de código donde se preveía la gestación por sustitución.²⁴ Con esto se rompían los esquemas de la codificación actual, que tiene como madre jurídica a la persona que pare un niño, permitiendo la posibilidad de gestar para otro. Esta práctica, abría dos vertientes, en primer lugar, permitía que una mujer con problemas biológicos (por ejemplo, en los casos de transexuales) o médicos (tales como el síndrome de Rokitanski),²⁵ pudieran formar una familia. En segundo lugar, eliminaba la desigualdad, vista en dos facetas: por un lado, entre parejas heterosexuales que no pudieran concebir por las razones previamente planteadas; y por el otro, entre parejas homosexuales, puesto que una pareja de mujeres podía formar un proyecto de co-maternidad, y no así una pareja de hombres. Lo mismo aplicaba para proyectos de monoparentalidad, donde era posible tener un hijo siendo mujer (nuevamente, sin problemas biológicos o médicos) y no así siendo hombre.

El proyecto dejaba constancia que se trataba de un trámite que requería autorización judicial previa, sin la cual se determinaría la filiación por las reglas de filiación por naturaleza. Conjuntamente, establecía otros requisitos, dejando en claro que era un listado meramente enumerativo, previendo la posibilidad de ser ampliado por una ley especial. Con esto deja en claro que la intención no es permitir que

24. Artículo 562 del Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial de la Nación.

25. Se conoce por sus siglas en inglés como MRKHS y también se llama agenesia mulleriana o agenesia vaginal. Es un trastorno congénito en mujeres en las que los conductos de Müller embrionarios no se desarrollan y como consecuencia se presenta una amenorrea primaria con ausencia de vagina y útero pero con ovarios funcionales.

se acuda a la técnica por motivos estéticos, sino más bien, por la imposibilidad de concebir o llevar un embarazo a término.²⁶

Otro de los argumentos esgrimidos para la eliminación de esta práctica, fue la creencia que la mujer que gestara, sería considerada un “objeto”. Sin embargo, entrevistas realizadas a psicólogas especialistas en estos temas, dan a conocer que dentro de los datos conocidos, muchas mujeres gestan con fines altruistas por el gran vínculo que tienen con la persona que desea ser madre o padre.

IV. C.1. Cuando la realidad supera la ficción

Es preciso destacar que si bien fue eliminado del proyecto de reforma, como fue mencionado anteriormente, existe jurisprudencia que ha aceptado la práctica en nuestro país. Para dar algunos ejemplos, nos encontramos, en primer término, con el caso de dos hombres que plantean un amparo con el fin de inscribir a su futuro hijo o hija (desconocido hasta ese momento el sexo, que resultó ser Tobías), como hijo de ambos, por una gestación realizada en la India (donde la práctica es legal), lo que es aceptado por la Dra. Elena Liberatori, quién se ampara en el derecho superior del niño, el derecho de la identidad, la no discriminación por la orientación sexual, y la protección de las relaciones familiares.²⁷ El 18/06/2013,²⁸ en un fallo histórico, la Jueza del Juzgado Nacional Civil número 86, Dra. María Bacigalupo de Girard, hace lugar a la demanda iniciada por los padres de una niña nacida por maternidad subrogada. Pone especial acento en la voluntad procreacional de los padres, y tiene por demostrado el vínculo afectivo que une a la madre gestante con el matrimonio reclamante. En tercer lugar, nos encontramos con el fallo B. M. A. c/F. C. C. R. s/ordinario del 19/11/2013,²⁹ de Gualaguay, donde se deja sin efecto lo expresado por el artículo 242 del Código Civil actual y reconoce como madre a la mujer que aporta los óvulos para la formación del embrión. Se funda la decisión en la voluntad procreacional, teniendo en cuenta que existía conformidad de todos los involucrados. El juez del caso, Gustavo Piquet, deja constancia, asimismo, que la gestación por sustitución debe ser regulada para poder lograr seguridad jurídica. A su vez, aduce que no se viola el interés superior del niño, ya que la familia lo deseó, y no hubiese sido posible su nacimiento sin acudir a esta figura.

26. Inciso d del Artículo 562 del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

27. Juz. Cont. Adm., CABA 22/03/2012.

28. NN O D. G. M. B. M. S/ INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO, 18/06/2013, Juzgado Nacional Civil N° 86.

29. MJ-JU-M-83567-AR, MJJ83567.

V. LA OPINIÓN DE LOS PROFESIONALES DE LA MEDICINA

Existe en Argentina una sociedad científica dedicada exclusivamente a tratar temas relativos a la fertilidad: La Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMeR). La misma fue creadora de un Código de Ética donde plasma, entre otras cosas, qué hacer cuando se procede a la donación de gametos y embriones.³⁰ Si bien tienen en cuenta la pugna de derechos involucrados, recomiendan en ambos casos el anonimato. En un inciso posterior reconocen que no existirá vínculo entre donantes y receptores. Finalmente, prevén la posibilidad de tener conocimiento acerca de la información clínica no identificatoria del donante, para un correcto cuidado de la persona nacida.

VI. ¿UNA CUESTIÓN HISTÓRICA?

Es necesario analizar por qué existió semejante crítica al acuerdo logrado por la comisión redactora. No hay que olvidar que los hechos suscitados durante la última dictadura militar que vivió el país se caracterizaron, entre otras cosas, por la sustracción ilegal de niños a quienes se incluía arbitrariamente en otra familia y donde la mayoría fue imposibilitada de conocer la verdadera historia de su vida. Esto remarca el peso que tiene el derecho a la identidad en un país como el nuestro, donde conocer el origen es algo imprescindible para todos. Sin embargo, no sería asimilable, puesto que los niños y niñas que vivieron en la dictadura, fueron sustraídos ilegalmente de parejas que habían querido ser padres y madres de los mismos. Caso que no tiene que ver en absoluto con la donación de gametos, donde los donantes proporcionan una célula para que otra persona pueda cumplir su deseo de tener un hijo.

VII. ARGUMENTOS EN CONTRA DEL ANONIMATO

Es preciso destacar que existe doctrina que considera que sería discriminatorio no permitir el conocimiento del donante a los niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida. El fundamento se encuentra en que, quienes han sido concebidos de manera natural, tienen la posibilidad de tener acceso a la genética de sus progenitores, mientras que no podrían los nacidos con gametos donados.

Seguidamente, exponen como otra forma de discriminación, la diferencia que existe entre niños y niñas nacidas por técnicas de reproducción asistida, y los que

30. Artículos 6 y 7 del Código de Ética en Reproducción Asistida, SAMeR, 27/08/2012.

han pasado por un proceso de adopción. Como expresan las Dras. Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm, es un argumento absurdo, puesto que la plataforma fáctica es distinta. En el caso de niños y niñas adoptados, han tenido una familia biológica, que por algún motivo, no pudo hacerse cargo, o bien, no era idónea para su cuidado, mientras que en el caso de niños y niñas nacidas por donación en técnicas de reproducción humana asistida, no tienen el “peso de la historia” que lo anterior conlleva.³¹

VIII. TEMORES EN EL PROCESO DE DONACIÓN - MITOS Y VERDADES

Como bien dice la Dra. Kemelmajer de Carlucci, la falta de información hace que se generen temores. Esto trae como lógica consecuencia que las opiniones, en lugar de ser fundadas en argumentos de peso, se lleven adelante con prejuicios.

Las personas que han de tramitar el proceso de donación de gametos, tienen particular miedo de que la genética traiga como consecuencia la herencia de determinadas conductas, o gustos, que no sean compatibles con ellos, que desean tener un hijo. Hay que tener en cuenta que el carácter, los gustos musicales, entre otros ejemplos, no tienen que ver con un legado genético, sino que son características que se construyen en el vínculo que se desarrolla en el contexto socio cultural que vive el niño o la niña. Tiene que ver con la identidad dinámica, comentada previamente. La herencia genética, sin embargo, puede versar sobre otros temas, en algunos casos, como ser enfermedades.

Lamentablemente, para seguir sumando desconfianza en estas prácticas, en 2012 se emitió en una famosa empresa de televisión, una novela que tuvo como protagonista a un hombre de 45 años de edad, viudo, sin hijos, que en su juventud había reunido dinero con la donación de espermas. El trasfondo del mismo explica que 144 jóvenes, frutos de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, con semen donado, se realizan prácticas de histocompatibilidad, las que traen como consecuencia la asunción de la paternidad de cada uno de ellos.

El programa solo marcó un juicio erróneo sobre la donación de gametos en técnicas de reproducción humana asistida, dado que nunca se dejó en claro que la idea del protagonista nunca fue ser padre, por lo cual no habría oportunidad alguna para reclamar cualquier tipo de filiación con él.

Se extrae, entonces, que es imperiosamente necesario desmitificar las prácticas, educando para generar el consentimiento libre e informado de las mismas.

31. Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LAMM, E., “Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”, en *La Ley*, Buenos Aires, Octubre de 2012.

VIII. A. Concepto sociológico de la maternidad

Hay que tener en cuenta que a nivel social, la maternidad está vista como punto determinante de la femineidad. Y una vez que se es madre, la construcción social importa que sea ella quien se encarga del aseo, cuidado, educación del niño. Al ser una sociedad construida desde el patriarcado, el rol materno, la intención de ser madre, es algo muy ligado, con lo que muchas veces, al chocar esto con el desarrollo profesional, genera un sentimiento de culpa, angustia, depresión frente a los hijos.

Asimismo no hay que perder de vista que gestar a un niño, y dar a luz, es un proceso que conlleva un inmenso agregado de emociones. Son sentimientos encontrados. Entonces, si eso sucede cuando la experiencia es propia, imaginen lo difícil de gestar para otra persona³². Sumado a este proceso, de por sí complejo, hay que sumar la construcción social que conlleva alrededor y el “qué dirán” colectivo, en tanto que esa mujer, embarazada, finalmente no tiene al niño que gestó en brazos.

VIII. B. Jurisprudencia

El pasado abril, se dictó sentencia de cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V.³³ En la misma se plantea una acción de amparo de una pareja por derecho propio, y en representación de sus dos hijas, quienes piden que se cree un registro con la información de donantes, con el fin que sus hijas, y todas las personas nacidas por donación de gametos conozcan su identidad biológica a partir de la autorización judicial. Se amparan en derechos como el de la salud, la procreación, la protección familiar y la identidad.

Fundamentan las pretensiones, principalmente, en el derecho a la identidad, y comparan permanentemente la figura de los nacidos por donación de gametos, con los niños adoptados.

En primera instancia se rechazó puesto que el juez no encontró fundamentos suficientes para interponer un amparo. Razón por la cual la parte actora apela, y se toma como resolución admitir en parte el recurso, y hacer lugar, en parte, a la demanda. Ordenan al Estado Nacional, que por intermedio del Ministerio de Salud lleve a cabo la protección de datos de los donantes de gametos, hasta tanto el Congreso Nacional dicte la regulación acorde a la materia. A su vez, el juez Pablo Gallegos Fedriani agrega que no hacer lugar a la demanda, tomándolo como un

32. MONTSE, J., “Crear el Nacimiento: La medicalización de los conflictos en la reproducción”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, N° 53, Barcelona, Junio 1991, pp. 29-51.

33. Cámara en lo Contencioso Administrativo, Sala V; 04/2014, “C., E.M. c/EN-M Salud s/amparo Ley 16.986”, Inédito.

amparo colectivo, influiría negativamente en los derechos fundamentales de personas nacidas con gametos donados.

Observamos que, nuevamente, se cuelan ideologías. En primer lugar, el de los progenitores de las niñas, en cuanto son ellos mismos –por lo que podemos inferir– quienes quieren conocer a los donantes, sin tener la preparación psicológica para asumir la renuncia a la genética, incorporando que los roles de padre y madre van más allá de la identidad estática que ello implica. En segundo lugar, la de los jueces, quienes no resuelven el tema de fondo, sin dejar en claro las distinciones entre la identidad estática y dinámica, y asemejan situaciones que no son tales: niños nacidos por donación de gametos comparados con niños que están en proceso de adopción, niños robados en la dictadura militar. Asimismo, la terminología utilizada da un peso fuerte en cuanto a las creencias propias, teniendo en cuenta que en varias situaciones, hablan de “preservar” datos, cuando manifiestamente se infiere que lo que desean es permitir el acceso ilimitado a los mismos.

IX. ¿POR QUÉ EL PROYECTO NO ELIGE UN RANGO ETÁREO PARA ACCEDER A LA INFORMACIÓN?

A la luz de los tratados de derechos humanos de los que la República Argentina es parte, el proyecto de reforma propone que se tenga en cuenta la autonomía progresiva. En este campo se adentra en conceptos más profundos que la normativa actual, haciendo un análisis armonioso de la persona, evaluando el discernimiento, la madurez, y el desarrollo cognitivo.³⁴ Hay que dejar en claro, nuevamente, que la decisión no es caprichosa: la jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido, en casos tales como “Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” del año 2003.³⁵ Sumado a esto, se reconoce al niño como sujeto de derecho, adhiriéndoles un plus de cuidado por considerarse un grupo

34. HERRERA, M. y DE LA TORRE, N., “Biopolítica y salud. El rol del Estado en la prevención del daño en adolescentes. Autonomía y paternalismo justificado”, en *RDD, Daños a la Salud*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2011.

35. TSJ, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14/10/2003, Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires, LL, 2004-B- 413. La Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y la Asociación Pro Familia, promovieron demanda contra la Ciudad de Buenos Aires a fin que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 5 y 7 de la Ley 418 y su modificatoria 439, de salud reproductiva y procreación responsable. El Gobierno de la Ciudad rechazó la acción. El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires rechazó la demanda de inconstitucionalidad.

vulnerable.³⁶ El código proyectado recepta esta idea de desarrollo, admitiendo que la edad cronológica no es suficiente. Otro argumento para esto, yace en la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,³⁷ cuando expresa: “Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de tres años no es igual a la de un adolescente de dieciséis años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”.

Finalmente, cabe destacar que se presume la madurez y el grado de desarrollo necesario cuando es el mismo niño, niña o adolescente quien quiere acceder a su legajo.

X. OPINIONES SOBRE EL PROYECTO

Es lógica la opción asumida por el código proyectado. En primer lugar, al referirse a técnicas heterólogas, puesto que la causa fuente de la concepción no sería un tema conducente a formar la personalidad de una persona nacida por técnicas de reproducción humana asistida.

En segundo lugar, los incisos incorporados en el artículo 564 van en armonía con el texto. En el caso de la obligatoriedad de los centros en brindar información sobre el donante por riesgos de salud, esto es importante para disminuir caer en mayores peligros que impliquen la fuga de presupuesto del Estado en pos de solucionar un problema que podría haberse previsto. En tercer lugar, da la posibilidad de exponer razones fundadas para poder conocer la identidad del donante. A pesar de ello, es necesario expresar que no es fácil de pensar que una persona nacida con ayuda de estas prácticas desee conocer a la persona que aportó sus gametos. Como se dijo anteriormente, la personalidad comprende un aspecto dinámico, que se va construyendo con el día a día, y no a través de los genes. Más claro aún está esta consideración al tener en cuenta que la filiación no depende pura y exclusivamente de la genética en estos casos. La comisión redactora deja en claro dos aspectos: en primer lugar, que la donación dentro del seno de una pareja, se materializa con un consentimiento informado, y la filiación se determina por la voluntad de haber optado por formar una familia, independientemente de la genética. En segundo lugar,

36. HERRERA, M. y DE LA TORRE, N., “Biopolítica... ob. cit.

37. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002.

expresa que en ningún caso existirá, ni podrá siquiera reclamarse, un vínculo filiatorio al donante. Esto también es relevante. El donante no tuvo intención de ser padre, o madre, sino que permitió que gracias a sus gametos otra u otras personas pudieran lograr su proyecto de familia. Ciertamente es, también, que el vínculo que debería unir a los hijos con sus progenitores debería ser suficiente para que el nacido con ayuda de la ciencia no necesite interactuar con otra persona para establecer un lazo.

XI. PALABRAS FINALES

A modo de conclusión, es necesario entender, primeramente, que la verdad y la sinceridad que reciban los niños será fundamental para el desarrollo de su identidad. Es necesario, para esto, informar y educar. Y esto es una herramienta que debe proporcionar el Estado, aunque es cierto que al fin y al cabo, es una decisión que se da en el seno de una familia. Sin embargo, cuántas más herramientas tengan los adultos, mejor será la transmisión que se les haga a niños y niñas acerca de su origen. Para esto también es necesaria la interdisciplina, ya que admitir una enfermedad que marque la renuncia a lo genético es una cuestión compleja de admitir. A su vez, hay que entender que cuando un niño o niña nace, debe ser acogido dentro del seno familiar, hablarle, mimarlo, contenerlo, y es ahí donde construirá su identidad: en los vínculos.

Ciertamente es que cuanto más internalizado esté el problema por el/la/los/las progenitor/a/es/as, más fácil será transmitirlo a los niños y niñas. Este es el caso de las parejas homosexuales, pues asumen que, infaliblemente, tienen una infertilidad estructural que no les permite ser madres o padres por sí. Por tanto, provocarían que niños nacidos de padres heterosexuales, concebidos de la misma forma, estén en desventaja, por no poder conocer la verdad, si los miembros de la pareja que recibió donación no lo expresa.

El proyecto asume una postura intermedia, donde si bien el principio es el anonimato, cede fácilmente frente a algún problema clínico. Por otro lado, los datos identificatorios son conocibles, en tanto y en cuanto medien razones fundadas. En este caso se acudiría a una discrecionalidad judicial, donde se evaluaría la proporcionalidad de los derechos, viendo qué es mejor para ambas partes.

Finalmente, como siempre pasa, esto es una construcción social, que será insertada de a poco en la cultura. Así como lo fueron los hijos de padres divorciados, los niños y niñas adoptados; los niños y niñas nacidos por donación de gametos; así como los nacidos de gestación por sustitución, son hoy, una realidad, que hay que proteger y educar para que no sufran discriminación alguna.

BIBLIOGRAFÍA

- HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia, “Biopolítica y salud. El rol del Estado en la prevención del daño en adolescentes. Autonomía y paternalismo justificado”, en *RDD, Daños a la salud*, Rubinzal-Culzoni, 20011-3-551.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”, en *La Ley*, Buenos Aires, Octubre de 2012.
- MONTSE, Juan, “Crear el Nacimiento: La medicalización de los conflictos en la reproducción”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, N° 53, Barcelona, Junio 1991, pp. 29-51.



COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO



FUERZA DE LA LEY*

GUIDO LEONARDO CROXATTO**

Resumen: Se presenta un análisis de un texto de Jacques Derrida, *Fuerza de la ley. El fundamento místico de la autoridad*, en el cual el autor analiza, como indica el título del ensayo, los fundamentos (narraciones, e ideas) en que se basa la autoridad del Derecho. Se busca cruzar el análisis que lleva adelante Derrida de las obras de autores como Pascal, Montaigne, Walter Benjamin, Kafka, con las preguntas actuales de la filosofía legal, como ser el basamento (meramente conjetural, hipotético, presupuesto) de la norma fundamental de Kelsen o la vinculación entre el Derecho y la Moral, el Derecho y la Justicia, el Derecho y la violencia. El punto central a que se dedica el autor es interrogar el concepto de violencia. Trata de precisar quién, por qué y cómo detenta el máximo poder: el poder de nombrar qué es lo que es violento. Y qué es lo que no. “¿Que diferencia hay entre la fuerza de la ley y la mera violencia que consideramos injusta?” Esta es la pregunta fundamental que inspira el texto de Derrida, pero también es la pregunta que ha inspirado desde siempre a los abogados.

Palabras clave: derecho – autoridad – fundamento – palabra.

Summary: An analysis of Jacques Derrida’s text, *The Force of Law, the Mystical Foundation of Authority*, is submitted. In said text, the author analyses, as indicated by the essay title, the foundation (stories and ideas) on which the Law’s authority is based. The purpose is to cross-check the analysis carried out by Derrida of works of authors like Pascal, Montaigne, Walter Benjamin, Kafka, against the current questions of legal philosophy, such as the (merely conjectural, hypothetical, presupposed) base for Kelsen’s basic norm (Grundnorm) or the relationship between Law and Morality, Law and Justice, and Law and violence. The key focus on which the author concentrates is questioning the concept of violence. He attempts to define who, and why and how, holds ultimate power: the power to proclaim what violent is and is not. “*What is the difference between force of law and the mere violence deemed unfair?*” This is the key question that inspires Derrida’s text, but it is also the question that has always inspired lawyers.

Key words: law – authority – foundation – word.

* Recepción del original: 26/02/2014. Aceptación: 14/05/2014.

** Abogado (UBA), Doctorando en Derecho Penal (UBA-CONICET).

“La fascinación admirativa que ejerce en el pueblo la figura del gran delincuente (*die Gestalt des grossen Verbrechers*) se explica así: no es alguien que ha cometido tal o cual crimen por quien se experimentaría una secreta admiración; es alguien que, al desafiar la ley, pone al desnudo la violencia del orden jurídico mismo”.¹ El objetivo último de Jacques Derrida en este breve ensayo que comentamos es, justamente, analizar (y poner al desnudo) esa violencia.² La violencia inherente (y, como veremos, la violencia inevitable) del orden jurídico. El monopolio estatal de la violencia que tiene el derecho para proteger tales o cuales fines justos y legales, no es para proteger en realidad tales fines justos y legales sino para protegerse a sí mismo, afirma Derrida. “Esto parece una trivialidad tautológica. Pero ¿no es la tautología la estructura fenomenológica de una cierta violencia del derecho que se establece a sí mismo decretando que es violento, esta vez en el sentido de fuera de la ley, todo aquello que no lo reconoce?”³ (Esta “mera trivialidad tautológica” nos sirve en Sudamérica, para entender críticamente el problema –Pavarini diría, el falso problema–⁴ de la inseguridad ciudadana; esta mera trivialidad tautológica está en la base de la represión política, de la persecución religiosa, de los genocidios,

1. DERRIDA, J. *Fuerza de la ley. El fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Ed. Tecnos, 1997, p. 87. Esa misma admiración ya había sido enunciada por Arthur Rimbaud (*Una temporada en el infierno*). También Sartre, en *Jean Genet, comediante y mártir*, (Buenos Aires, Ed. Losada, 2002), se ocupa de esa fascinación que producirían en las personas “normales”, los grandes criminales, que han atrevesado, con sus acciones, todas las barreras. Durkheim también se refiere a las personas encarceladas en esos términos (Los hombres encarcelados fascinan al tiempo que lavan las culpas de la sociedad. En este sentido, le son necesarios a la sociedad, que se define no en términos positivos, sino negativos, no por lo que es, sino por lo que no es: no es “como esos hombres”).

2. Lo que Eduardo Luis Duhalde, fallecido Secretario de Derechos Humanos de la Nación llamaba “violencia institucional ilegal”, de modo de enfatizar que el objetivo esencial de una política de derechos humanos es nombrar y visibilizar la violencia que ejerce siempre, de diversas maneras, el propio Estado. (Una violencia que muchas veces se ejerce en nombre del mismo Derecho). Duhalde creó el término de “terrorismo de Estado” en su exilio en Madrid para analizar la violencia ejercida por la última dictadura cívico-militar que vivió el país (1976-83). Del mismo modo, buscaba con este concepto (violencia institucional ilegal, ya que no alcanzaría, criticaba Duhalde, con decir “violencia institucional”, sino que debe agregarse “ilegal”, que la misma es “ilegal” aunque provenga del legítimo monopolio de la fuerza por parte del propio Estado, ya que hablar de violencia institucional no alcanza por sí mismo para cuestionar esa violencia, no alcanza para criminalizar la violencia institucional –ilegal– que ejerce institucionalmente el Estado) desnudar todas las violencias que aun no vemos. Que aun no nombramos.

3. DERRIDA, Jacques. *op. cit.*, p. 84.

4. PAVARINI, M., *Un arte abyecto. Ensayos sobre el gobierno de la penalidad*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006. Pavarini sostiene en este texto un análisis del fracaso de todas las teorías “re” –resocialización, reeducación, rehabilitación– en las diferentes versiones y construcciones de justificación de la pena. A pesar de este fracaso la pena se conserva como tal, como un hecho del poder desnudo. Es precisamente esto lo que cuestiona la llamada teoría agnóstica de la pena. La pena, incluso sin argumento, sin justificación, sin objeto, sin utilidad, se conserva incólume como un hecho del poder (Véase ZAFFARONI, E. R., *Crímenes de Masa*, Buenos Aires, Ed. Madres de Plaza de Mayo, 2010).

de los crímenes de masa, de la violencia policial, de la “Guerra” contra el delito, en defensa de la “ley”).

Fuerza de la ley. El fundamento místico de la autoridad es, en realidad, sólo el título con que se ha editado en español la conferencia brindada por Jacques Derrida en la apertura de un coloquio famoso en el Cardozo Law School (coloquio organizado por Drucilla Cornell) en octubre de 1989, bajo el título *Deconstrucción and the Possibility of Justice*;⁵ este congreso reunió a distintos filósofos, teóricos de la literatura, y juristas (sobre todo teóricos y abogados del movimiento *Critical Legal Studies*⁶ un movimiento filosófico crítico legal que, según Owen Fiss, ha entrado hace varios años en crisis en la educación norteamericana⁷ siendo reemplazando en el ejercicio de esa crítica social y legal –a las jerarquías sociales–⁸ en las facultades de derecho por el feminismo con todos sus matices. *Critical Legal Studies* fue un movimiento elogiado en ese momento por Jacques Derrida, cuando observa que “la deconstrucción (de la justicia) quería, para ser consecuente con ella misma, no quedarse encerrada en discursos puramente especulativos, teóricos y académicos sino, contrariamente a lo que sugiere Stanley Fish,⁹ tener consecuencias, cambiar las cosas”)¹⁰ para pensar el derecho y su relación con la justicia. Ser pragmáticos.¹¹

5. En la primavera del año siguiente, en el 2000, la segunda parte de esta misma conferencia fue leída por Derrida en otro congreso organizado por la UCLA, en Los Angeles, congreso organizado por Saul Friedlander; la conferencia fue leída en un congreso denominado “*Nazism and the Final Solution: Prohibiting the Limits of Representation*”.

6. Para Owen Fiss es justamente el lugar vacante en las facultades (de derecho) que han dejado libre los CLS en EE.UU. en los últimos quince años, el que ha sido ocupado por el feminismo. Para Owen Fiss, con la marginación o ausencia de los CLS, el rol crítico del Derecho ha sido asumido, en forma destacada, por el feminismo. Los planteos críticos más interesantes al Derecho provienen, según Fiss, del feminismo, con todos sus matices y posturas, el feminismo obligaría hoy más críticamente que otros enfoques, a pensar el Derecho.

7. Según Fiss, como dije, es el feminismo el único cuerpo o enfoque que, con sus múltiples matices, plantea hoy serios debates y desafíos teóricos al derecho. Fiss, O., “Qué es el feminismo”, en *Revista Doxa*, Alicante, 14, 1993, p. 335. “Redefinido en estos términos, el feminismo, aún en sus versiones más radicales, puede ser visto como dando expresión a la misma hermenéutica de la sospecha que le dio a la escuela crítica del derecho tanto de su atractivo de los años setenta y ochenta...” afirma Fiss.

8. KENNEDY, D., “Legal Education and the Reproduction of Hierarchy”, en *Journal of Legal Education*. 321, 1982, pp. 591-615.

9. El autor del ensayo *¿Hay un texto en esta clase?*, ensayo paradigmático del giro lingüístico (linguistic turn), que muestra que hay tantos textos como lectores o modos de leer. Tengamos en cuenta, por otro lado, que el problema del relativismo (moral) va a acosar permanente al giro lingüístico.

10. DERRIDA, *op. cit.*, p. 22. Esta conferencia debe enmarcarse en cierto sentido ya en una superación crítica del horizonte de los CLS.

11. Como Rorty, quien vinculó el auge del pragmatismo con la enseñanza de obras de literatura. Rorty defendía, como Nussbaum, y como Derrida, la relación entre Literatura y Derecho. La literatura podría servir como fuente de inspiración para cambiar el Derecho. Para cuestionarlo.

En la primera conferencia (*Del Derecho a la Justicia*) Derrida analiza tres aporías esenciales, todas vinculadas al discurso moral (en cierto sentido tautológico, en tanto autolegitimante) del derecho. La primer aporía es la *epokhé* de la regla, la segunda aporía: la obsesión de lo indecible, y la tercera y última aporía: la urgencia que obstruye el horizonte del saber. Ese horizonte, como veremos, es el horizonte de la justicia. Ese horizonte es lo indecible. Derrida se pregunta, partiendo de una frase famosa de Montaigne: “nuestro derecho mismo tiene, se dice, ficciones legítimas sobre las que funda la verdad de la justicia” y se pregunta “¿Qué es una ficción legítima? ¿Qué quiere decir fundar la verdad de la justicia? He aquí ciertas cuestiones que nos aguardan”.¹²

En la segunda conferencia, *Nombre de Pila de Benjamin* (sobre el filósofo alemán Walter Benjamin, célebre por sus conferencias sobre Historia), Derrida hace una crítica extensa del texto –“un texto corto pero desconocertante”– de Benjamin (*Zur Kritik der Gewalt*, Para la crítica de la violencia). No es casual que apele a él, a Walter Benjamin, en una conferencia sobre “el nazismo y la solución final, los límites de la representación”, recordemos que el mismo Walter Benjamin, temiendo ser atrapado por las tropas Nazis, tomó una pastilla de cianuro, quitándose la vida. “Este texto inquieto –afirma Derrida– enigmático, terriblemente equívoco, creo que está, como por anticipado (pero ¿puede decirse aquí por anticipado?) obsesionado por el tema de la destrucción radical, de la exterminación, de la aniquilación total, y en primer término de la aniquilación del derecho, si no de la justicia, y entre estos derechos, los derechos del hombre (Aufklärung, La Ilustración con sus ideas igualitarias es o representa el eje contra el que se dirige el nazismo, con su filosofía romántica, reivindicadora de la diferencia y no de la igualdad, de la confrontación y de la lucha en lugar de la paz universal)”. En consecuencia, dirá Derrida, “*Zur Kritik der Gewalt* no es sólo una crítica de la representación como perversión y caída del lenguaje, sino la representación como sistema político de la democracia formal” (una corriente crítica del Aufklärung en la cual se amparó casualmente el nazismo antiparlamentario, de hecho, Derrida ironiza diciendo que Carl Schmitt, de quien Walter Benjamin era amigo, lo felicitó por este ensayo).¹³ El tema de este ensayo de Benjamin, que Derrida cuestiona a la vez que comenta, es la violencia, la violencia fundadora y la violencia conservadora de todo orden, sobre todo del orden jurídico. Del orden del Derecho. Esa violencia es ante todo violencia simbólica.¹⁴ El desafío

12. DERRIDA, *op. cit.*, p. 30.

13. El mismo Carl Schmitt que se mofaba del liberalismo jurídico de autores trascendentales como el penalista alemán Anselm von Feuerbach, padre del filósofo Ludwig, quien fuera creador del principio de legalidad en el derecho penal moderno. El código de Baviera de 1813 de Feuerbach fue tomado como fuente de inspiración por nuestros primeros codificadores (Carlos Tejedor).

14. Véase BLUMENBERG, H, *La inquietud que atraviesa el río: un ensayo sobre la metáfora*, Barcelona, Ed. Península, 1992.

aquí, como reconoce Robert Cover, es asumir que a la vez que el derecho se funda sobre la violencia, avanza históricamente combatiendo y deconstruyendo esa violencia sobre la que se funda. Esta es la primera paradoja.¹⁵

Lo más interesante de este segundo ensayo es que allí Derrida se interna en una crítica del lenguaje. “La lógica profunda de este ensayo lleva a cabo una interpretación del lenguaje –del origen y de la experiencia del lenguaje– nos dice Derrida, según la cual el mal, es decir, la potencia letal, le viene al lenguaje por la vía, precisamente, de la representación, es decir, por medio de la dimensión re-presentativa, mediadora y en consecuencia, técnica, utilitaria, semiótica, informativa”¹⁶ del lenguaje. Este es el lenguaje técnico-informativo que lleva, paradójicamente, a la aniquilación del derecho. Es esta visión del lenguaje la que nos lleva al mal. La del lenguaje como mero recurso utilitario. (Heidegger dirá que hubo un olvido del ser, un descuido de esa morada esencial que es la palabra, una deshumanización en un mundo en el que impera la técnica, en el que la técnica disuelve y vacía los vínculos humanos).¹⁷ En su lugar, Benjamin propone (es inevitable escuchar aquí el eco de *la Carta del humanismo* de Heidegger) “el retorno o el advenimiento todavía prometido de una lengua de los nombres, de una lengua o de una poética de la apelación, en oposición a una lengua de los signos, de la representación informativa o comunicativa”.¹⁸ Esta segunda lengua es la lengua del derecho. El derecho tendría así, pues, una contradicción interna en su propio lenguaje. La paradoja que mencionábamos antes sobre la violencia está en la palabra. Es por eso que debe ser deconstruido para alcanzar la justicia. Es lo que hace la hermenéutica en el Derecho. Analiza lo que se dice, pero también o sobretodo, lo que no queda dicho. Lo que el Derecho se esfuerza en no decir.

Walter Benjamin propone un cambio de lenguaje, pasar de un lenguaje técnico informativo, por medio de cuyos tecnicismos oscuros se cuele la muerte, el mal,

15. COVER, R., *Derecho, Narración y violencia*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2000. Cover pone varios ejemplos. Tomemos uno: la esclavitud. Hace un par de siglos era normal (era derecho, era “justo”) tener esclavos. La esclavitud no era anti-jurídica, estaba legitimada y reglamentada. Pero en determinado momento eso que era concebido como algo “normal” (de acuerdo a la norma), eso que era concebido como “derecho”, deja de serlo y empieza a ser visto de otra manera: empieza a ser visto como violencia. Esta es la de-construcción. La violencia de la que emerge el derecho y el derecho que cambia actuando contra esa violencia, reconociendo derechos (donde antes había o veía esclavos).

16. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 74 y ss.

17. Una morada que según Heidegger resguardan principalmente los poetas. Los poetas son los custodios del saber. Para Heidegger la palabra, el lenguaje, es la casa del ser. Por eso insiste con la importancia de los poetas, que son los guardianes de esa morada. Heidegger entiende que la “decadencia del lenguaje” y su visión meramente instrumental es una amenaza para el destino de Occidente. Heidegger entiende que la decadencia se anuncia en la “conmoción de todos los entes”. Véase también BAUMAN, Z., *Modernidad y Holocausto*, Madrid, Alianza, 1998.

18. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 74.

(la instrumentalidad vacía de la palabra derecho aniquila, precisamente, su valor moral, la posibilidad de comunicación entre las personas) pasando a un lenguaje de las apelaciones, de los nombres propios. A la poesía.¹⁹ Como Nussbaum en su libro *Justicia Poética*,²⁰ Benjamin cree que la poesía puede aportar mucho al Derecho. La palabra poética puede iluminar el camino de la Justicia.²¹ Eso es lo que lleva a Benjamin a oponerse al formalismo. A la palabra como mero medio. La palabra no es solo medio, también puede ser fin. La palabra defiende la identidad. Preserva a las personas del vaciamiento de lo que son.

También debe decirse que en este texto Derrida no innova demasiado, sino que retoma muchos de los temas analizando ya en el trabajo pormenorizado que hace (cinco años antes) del cuento corto de Kafka, *Ante la ley*.²² Con ocasión del análisis del cuento de Kafka, de la situación de un pobre campesino que se detiene ante la Ley (y pide ser admitido por ella) es que Derrida se sumerge en el análisis del Derecho y de su violencia simbólica. La violencia de la ley. La violencia es la ley y por eso el Derecho necesita tener sus “guardianes”, como en el cuento de Kafka: el campesino tiene miedo, se tiene atemorizado porque la Ley está custodiada por un guardian, detrás del cual hay otros enormes guardianes: esos guardianes son los abogados. Los que hacen del Derecho su ejercicio profesional, privado. Inaccesible al común de la gente, a un pobre campesino. Es a partir de entonces, de esta crítica, que se propone Derrida fundar lo que él llama “otra hermenéutica”. Y desnudar así

19. Es fundamental, para que el derecho sea más claro y más accesible, superar la oscuridad del lenguaje de los juristas. Esa oscuridad no es meramente una oscuridad de “estilo”. La oscuridad del lenguaje de los manuales de Derecho, la oscuridad también del lenguaje de la Justicia, no es casual. Responde a época oscuras donde el derecho no solo escribía de modo “oscuro”, sino que actuaba también “oscuramente”, no viendo lo que pasaba, por ejemplo, en la Argentina del Proceso, con los cuerpos secuestrados, desaparecidos, también en las facultades de Derecho. Eso es lo que está detrás de la “oscuridad” de estilo. Cuerpos negados. Véase GARGARELLA, R., *El Derecho a la Protesta, el Primer Derecho*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2006. El Prof. Gargarella ha sido de los primeros constitucionalistas argentinos en cuestionar la oscuridad del lenguaje de los juristas y profesores como parte de una estrategia de encierro “profesional” del Derecho, donde el Derecho termina (ba) siendo solo una cosa de “abogados”. Pero con un lenguaje incomprensible para quien no es abogado. Esta dificultad de acceso es una forma de entorpecer el diálogo del ciudadano con sus propias leyes. Es decir, una forma de entorpecer y mediatizar su acceso a la Justicia. Una forma de mediatizar sus derechos. De imponerle condiciones. Limitaciones. Obstáculos. Mediadores.

20. NUSSBAUM, M., *Justicia Poética, La Imaginación literaria y la vida pública*, Barcelona, Ed. Andrés Bello, 1997.

21. Por ejemplo, venciendo el automatismo. Generando conciencia y crítica.

22. DERRIDA, J., “Devant la loi. Prejugés”, en *Critique de la faculté de juger*, París, Ed. Minuit, 1985. También DERRIDA, J., “Kafka: ante la ley”, en *La filosofía como institución*, Barcelona, Editor Juan Granica, 1984.

las antinomias constitutivas de todo poder soberano.²³ “Dado que en definitiva el origen de la autoridad, la fundación o el fundamento, la posición de la ley, sólo pueden, por definición, apoyarse en ellos mismos, éstos constituyen en sí mismos una violencia sin fundamento”.²⁴ Esa falta de fundamento (esa regresión sin límites) de validación del derecho, (el mismo Kelsen no encontró ese punto donde el Derecho hallaría finalmente su validez, no olvidemos que la norma fundamental no es una norma positiva, y en rigor no es una norma a secas, es apenas un “presupuesto”, una “hipótesis de trabajo”)²⁵ es la misma paradoja que puede encontrarse (después del giro lingüístico, del giro a la retórica de la escuela de Cambridge, Skinner entre otros, también Austin)²⁶ en el plano del lenguaje, un plano (el lingüístico) donde los planteos de Derrida son más firmes. Es desde allí que Derrida interpela al Derecho. Desde una particular visión del lenguaje. Donde la palabra sirve de un lado para comunicar, (y para aspirar a la justicia, ya que descubre la realidad y vence el automatismo, la inconciencia de las acciones) y del otro, para sostener la violencia.²⁷

Respecto del problema de la validez del Derecho, Derrida entiende que para evitar la “caída en el infinito” (*el vértigo de la hipérbola*) en el plano de las representaciones del lenguaje, hace falta lo que él llama “un gesto metafísico” trascendental. Un corte definitivo. Un punto. Hace falta hacer también un corte, una ruptura, en el plano del derecho, ese “gesto metafísico trascendental” (validante) es la norma básica (presupuesta) de Kelsen, que no es, como se sabe, una norma positiva, sino, antes bien (como el gesto metafísico trascendental de Derrida) un mero “presupuesto metodológico”, una mera hipótesis de trabajo (legal-formal) en que se apoya, sin embargo, (y acaso sin saberlo, Kelsen se escuda en que los abogados “actúan así”) todo el sistema jurídico, es decir, todo el Derecho. Esto no deja de ser problemático. Lo que Kelsen hizo no fue sino evidenciar, con su presupuesto, una de las aporías esenciales de la política moderna, (que se hizo visible con las crisis políticas del absolutismo), aporía que menciona Pierre Rossanvallon en *Por una Historia conceptual de lo político*.²⁸ Se sigue discutiendo, aún hoy, la esencia misma

23. Las antinomias de la soberanía son analizadas en ROSANVALLON, P., *Por una historia conceptual de lo político*, Buenos Aires, FCE, 2003.

24. DERRIDA, J., *op. cit.*, 1997.

25. KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2005.

26. AUSTIN, J., *How to Do Things With Words*, Harvard University Press, 1995.

27. FOUCAULT, M., *El Orden del discurso*, Madrid, Tusquets, 2009.

28. Uno de los problemas clásicos de la modernidad es justamente el problema de la soberanía. Cuando la soberanía (el soberano) era el rey, que la recibía por mandato divino, no había aporías. El problema surge cuando aparece (con la caída de Dios, y del poder soberano) la idea de “pacto” o contrato social: el pueblo pasa a ser soberano y súbdito al mismo tiempo, el pueblo detenta la soberanía que en rigor no detenta, delega, pierde, y padece por eso. Es de esta contradicción moderna que emergen todas las aporías políticas y legales. Las contradicciones emergentes de la legalidad.

del poder soberano. La sede de esa soberanía. Cuál es el sujeto de esa soberanía. Cómo la ejerce y cómo la dice. Cómo la actualiza. El vértigo de la hipérbole, para usar el término de Derrida, es el vértigo del mismo Derecho que no se atreve a pensar su fundamento.²⁹ Que no inquiera por qué es válido.

Para Derrida, (que se sumerge en las aporías y que llega a decir que “una voluntad, un deseo, una exigencia de justicia cuya estructura no fuera una experiencia de la aporía, no tendría ninguna posibilidad de ser lo que es, a saber una justa apelación a la justicia”)³⁰ el punto es que “la inteligibilidad o la interpretabilidad de esta ley sólo podrá producirlas el porvenir”.³¹ Con lo cual en el momento presente toda violencia está siempre legitimada. Justificada. Esta es la aporía legal fundamental: el Derecho, en esta definición, no tiene presente. Su presente, el presente del derecho, es siempre una violencia pura y simbólica: el poder –siempre revolucionario– de instaurar definiciones. Nombres. Mitos. Etiquetas. Hechos históricos.³² Validaciones. Fundamentos. En este sentido, el Derecho es inseparable de la literatura. Comparten una misma historia.

“De golpe, nos advierte Derrida, ya no hay fundación pura o posición pura del derecho, y en consecuencia, pura violencia fundadora”.³³ Más adelante agrega: “Los ejemplos de este círculo, de este otro círculo hermenéutico, este otro círculo de la violencia, no faltan...”. Esos círculos son muy comunes en el Derecho. Esta es la violencia simbólica, la violencia institucional que no encuentra justificación en el presente, sino siempre en un potencial: en el futuro (cuando estas “penas” surtan su efecto, aunque el mismo, como afirma Pavarini, parece haber fracasado). Derrida afirma que “esta ilegibilidad de la violencia depende de la legibilidad misma de una violencia que forma parte de lo que otros llamarían el orden simbólico del derecho”

29. DERRIDA, J., *op. cit.*, 1997.

30. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 39.

31. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 63. El que inaugura un derecho lo hace siempre con violencia (p. 91) Es cuando Derrida habla de un tiempo verbal concreto: el futuro anterior. La categoría gramatical del futuro anterior (del francés) es fundamental para entender el planteo de Derrida.

32. LEVI STRAUSS, C., *El pensamiento salvaje*, Buenos Aires, FCE, 1998. Allí Levi Strauss discute con Sartre, y concluye que la Revolución Francesa como la cuentan es –no puede no ser– un mito (del que parten los historiadores), y que no existe nada como un “hecho histórico” visto desde el presente al pasado, no existe un hecho histórico puro que exista por fuera de un relato historiográfico que lo constituya como tal: lo represente. Eso no debiera significar una lectura negativa del término “relato”, el cual en la Escuela de Frankfurt denotaba precisamente la aspiración de justicia, frente a las meras “descripciones” de la literatura realista. La narración sería siempre más que la mera descripción, creía Benjamin, también Lucaks, en sus discusiones con Teodoro Adorno. De allí que reivindicaran el término “relato”. No en vano puede decirse que la apelación negativa del término en Argentina es simultánea con el avance de los juicios de derechos humanos y las políticas de la memoria, tildadas precisamente (como aspiración de justicia) como un “relato”. Pero eso no es, como vemos, un demérito. Al contrario.

33. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 95.

(...) “Significa en suma una violencia jurídica-simbólica”.³⁴ En consecuencia, (de esta otra hermenéutica”, de esta otra lectura que hace y propone Derrida) es que “hay una posibilidad de huelga general, un derecho análogo al de la huelga general en toda lectura interpretativa, el derecho a discutir el derecho establecido en su más fuerte autoridad, la del Estado. Se tiene el derecho a suspender la autoridad legitimadora y todas sus normas de lectura, y esto en las lecturas más lectoras, las más eficaces, las más pertinentes, que evidentemente se explican con lo ilegible, a veces para fundar otro orden de lectura, otro Estado, a veces sin hacerlo o para no hacerlo”.³⁵ Lo que desaparece, con Derrida, de este modo, es el “sentido común” (de la ética normativa), que se torna, de repente, un sinsentido malicioso. Tramposo. Y ficticio. Validante de un orden violento. (Ficciones legítimas que harían de la ley “un poder enmascarado”)³⁶ Como vimos, Derrida se vale, en estas afirmaciones, de un ensayo de Walter Benjamin, *Por una crítica de la violencia* (1921). El texto de Benjamín refleja la crisis del modelo europeo de la democracia liberal y parlamentaria, y en consecuencia del concepto de derecho que es inseparable de aquella. La crisis del liberalismo ilustrado, la crisis del liberalismo político, con todas sus marcas en el Derecho, del cual el principio de legalidad, con Feuerbach en Alemania, es la primera y más fundamental. La crisis de la legalidad (con conceptos como estado de excepción, derecho penal del enemigo, derecho penal de autor, etc) es esta crisis de la soberanía que menciona Derrida. La crisis –pero también el surgimiento– del principio de legalidad es el vértice a través del cual se piensan presente, pasado y futuro del orden social. Ese principio encierra las ambiciones y aspiraciones pero también las realidades y falencias. Controla (por ejemplo, la pena, la reglamenta, le pone “límites”), a la vez que la legitima. Y en tanto que la legitima, le abre el camino. Le saca esos mismos límites que le puso. Aquí reaparece la paradoja que mencionábamos antes. La paradoja está encerrada en la legalidad. En la forma en que la legalidad se ejerce. Se define. Se establece. La forma en que la legalidad funciona.

Derrida analiza los momentos fundacionales de todo derecho (esos momentos que siempre quedan curiosamente ocultos, disimulados por la Historia del derecho, idealizados, despojados de su violencia fundante, revolucionaria, de este modo se evita promover el ejemplo, se busca apropiarse la violencia del origen para establecer un orden fijo). La violencia que les es inmanente. (Y que de algún modo, el presupuesto de la “norma básica” oculta, así como lo ocultan las abstracciones vacías de todo “contrato social” como hipótesis fantasmiosa y ficticia del orden, como ahistoricidad).³⁷ Y la forma en que se definen los tiempos presentes, y sobre todo,

34. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 98.

35. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 98.

36. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 31.

37. Derrida cuestiona, así, los presupuestos básicos de todo contractualismo. ¿Cuándo, en efecto, existieron

futuros, del derecho. La legitimidad se sitúa, así, siempre en una esfera ambigua, inasible, futura y lejana.³⁸ Toda revolución es válida, Toda violencia, en este esquema, está legitimada retroactivamente. Todo depende de que logre imponerse.³⁹ Esto depende del Mito. El renovado interés por el Mito se debe al cambio conceptual del giro lingüístico y a la imposibilidad de justificar el cambio (histórico) a partir de un sujeto trascendente. Por eso se construyen mitologías y el derecho no es ajeno a ellas. El Derecho no es ajeno a los relatos.

Derrida se pregunta *¿Que diferencia hay entre la fuerza de la ley y la mera violencia que consideramos injusta?* Muy pocas. Este es el interrogante esencial que deja abierto Derrida. Un interrogante esencial, moderno, de cuya respuesta depende hoy buena parte de lo que entendemos o consideramos por justicia, ley y Derecho.

Derrida está haciendo, como él mismo lo afirma, una “*deconstrucción de la justicia*” (es curioso como Derrida, tan famoso en otros ámbitos intelectuales, no haya sido más leído en aquellos ámbitos a que estaban orientados muchos de sus últimos trabajos: el Derecho).⁴⁰ La compleja lectura que hace Derrida de los cuentos de Kafka, sobre todo del cuento corto “Ante la ley” no deja de ser, en definitiva, una ironía sobre esos falsos “guardianes” del derecho: los abogados, los profesionales que “guardan” su tesoro, su profesión. Esos infinitos guardianes “poderosos” que resguardan o protegen la ley⁴¹ y sus sentidos oscuros, ocultos. Secretos. Pero ¿De qué la protegen? ¿Por qué la resguardan? ¿Por qué la ley los necesita? Estas son las preguntas que se hace Derrida, que también se hace Kafka. ¿Por qué la Ley necesita guardianes? ¿Por qué los necesita el Derecho?

La respuesta no está en el plano jurídico. La respuesta está en el plano del lenguaje, y en el plano de la filosofía. Ya en *Devant la loi. Prejugués*, Derrida decía que la historia de la literatura y la historia del derecho tenían mucho más puntos en

esos contratos? ¿En qué momento? Hobbes también admite que son hipotéticos. Incontrastables. Ficciones para sostener un orden social.

38. La “*indecidibilidad*” de la justicia de Derrida se acerca bastante a la metaforología de Hans Blumenberg, al concepto de catacreción –que viene a llenar, en última instancia, una laguna del lenguaje. Es la aporía que se instala en el concepto de concepto que Hegel salva mediante un preclaro juicio disyuntivo. Pero los textos legales no tienen jamás esa forma disyuntiva– por eso cierran el horizonte. Y por eso son –o deben ser– de-construidos.

39. Thomas Carlyle llega a mezclar, en un mismo sentido, justicia e historia: los vencedores son los justos. El vencedor hace al Derecho. Es el Derecho.

40. El mismo dice en este trabajo que toda su famosa empresa deconstruccionista tiene por objeto el problema de la justicia. “...mostrar por qué y cómo, lo que se llama corrientemente la deconstrucción, no ha hecho otra cosa que abordar el problema de la justicia” (DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 25)

41. Para no evidenciar, acaso, que su interior, el interior de la ley, tan protegido por los guardias, es un interior vacío.

común que lo que comunmente suele pensarse,⁴² o admitirse (punto que comparte con autores como Posner o Nussbaum, aunque Derrida es mucho más radical y ambicioso). Pero es en otro libro donde parece dar, finalmente, un indicio certero (no tenemos que aclarar que en Derrida, como en tantos otros pensadores, son más esenciales las preguntas que las respuestas)⁴³ para entender su análisis del derecho, y sobre todo, de la Ley como construcción simbólica.⁴⁴ Para Derrida, como para Nussbaum, “la literatura y la imaginación literarias son subversivas”. Y esto porque “subvierten” un orden –como el Derecho– que en muchos aspectos, no quiere ser pensado. Prefiere que no se lo interroge. Que no se lo critique.

“Una de nuestras preguntas podría entonces anunciarse así, dentro de un discurso clásico de seminario, es decir, de un discurso teórico, filosófico, constataivo, de un discurso docto, incluso de una reflexión de filosofía política: ¿qué pasaría si, por ejemplo, el discurso político, incluso la acción política que va unida a él y que es indisociable de él, estuviesen constituidos, incluso instaurados por lo fabuloso, por esa especie de simulacro narrativo, por la convención de algún *como si* histórico, por esa modalidad ficticia del “contar historias” que se llama fabulosa o fabulística, que implica dar a saber allí donde no se sabe, que afecta u ostenta fraudulentamente el ‘hacer saber’ y que administra, en la obra misma o en el fuera-de-obra de algún relato, una lección de moral, una ‘moralaja’? Hipótesis según la cual la lógica y la retórica política, incluso politiqueras, serían siempre, de arriba abajo, la puesta en escena de una fábula, a una fabulación –por consiguiente, a una historia indisociable de una moralaja que pone en escena seres vivos, animales o humanos, una historia supuestamente instructiva, informativa, pedagógica, edificante, una historia ficticia, montada, artificial, incluso inventada pieza por pieza, pero destinada a enseñar, a aprender, a hacer saber, a dar parte de un saber, a llevar al conocimiento–”.⁴⁵

Podemos preguntarnos, pues, como se pregunta, en efecto, Derrida, ¿qué pasaría? ¿Qué pasaría si, por ejemplo, el discurso político, incluso la acción política que va unida a él y que es indisociable de él, estuviesen constituidos, incluso instaurados por lo fabuloso, por esa especie de simulacro narrativo? (y no es algo distinto lo que afirma Nietzsche en *El Nacimiento de la Tragedia*) ¿Qué pasaría? ¿Qué pasaría con

42. “Es necesario pensar juntamente, sin duda, cierta historicidad de la ley y cierta historicidad de la literatura. Si yo digo «literatura» en vez de poesía o bellas-lettas, es para remarcar la hipótesis según la cual la especificidad relativamente moderna de la literatura como tal guarda una relación esencial y estrecha con un momento de la historia del derecho”, afirma Derrida y más adelante señala: “Quizás la literatura ha venido a ocupar, en unas condiciones históricas que no son simplemente lingüísticas, un lugar siempre abierto a una suerte de juridicidad [juridicité] subversiva”. DERRIDA, J., “Kafka: ante la ley”, en *La filosofía como institución*, Barcelona, Editor Juan Granica, 1984, pp. 44 y ss.

43. En todo autor lo que sobrevive, más que las respuestas, son los interrogantes.

44. Del Derecho como mera tautología.

45. DERRIDA, J., *La bestia y el soberano*, Buenos Aires, Ed. Manantial, 2010, p. 58.

el derecho en ese caso? ¿Asumiríamos finalmente que recurrimos a “lo fabuloso” porque la norma fundamental de Kelsen tiene problemas lógicos insolubles? ¿Qué pasaría si pensáramos eso (que todo es una fábula, una mera construcción simbólica-literaria, siempre en tensión) con el derecho o con los derechos, qué pasaría con las personas? ¿Qué pasaría con los Sujetos? ¿Qué pasaría con el humanismo? (Derrida anuncia así una crisis más fundamental, la crisis de la modernidad, la crisis del discurso ilustrado, la crisis del humanismo occidental, tradicional, cristiano, un discurso del que es deudor eminente el Derecho). Estas son las preguntas o interrogantes esenciales que afronta Derrida y a los que deben responder y hacer frente conjuntamente la literatura y el derecho. La respuesta no pasa por pensar al Derecho en forma aislada, sino de la mano de otras disciplinas sociales, como la sociología, la ciencia política, la economía, la literatura.⁴⁶

También podemos decir que cuando Derrida habla de “deconstrucción” y de horizonte de la justicia como un horizonte infinito (y sin reglas) está llevando al derecho la misma crítica moral (a la moral) que hace Sartre en *El existencialismo es un humanismo*, (también a la metaforología/catacreis de Hans Blumenberg) cuando dice (repasando el caso del joven estudiante que no sabe si ir a la Guerra o cuidar de su mamá) que no hay reglas fijas en el mundo (para orientar la acción y mucho menos para descifrarla), y que en consecuencia, yo llevo en mí la entera responsabilidad del desciframiento⁴⁷ (no hay signos en el mundo), en una palabra: cuando actuó moralmente, invento. Estoy solo. Soy plenamente libre (Todo actuar es así, como dice Nietzsche, un actuar poético, que redime, con la palabra, la soledad, la orfanidad de significado de nuestras acciones, las inscribe en el mundo, el derecho le daría así un valor semántico a lo que hacemos, lo nombra, incluso cuando nos castiga, nos otorga, al menos, un significado, una identidad, un sentido).⁴⁸ El juez, cuando aplica la ley, también está solo. Por eso la justicia es indecible.⁴⁹ Y

46. No es casual que en las últimas décadas se haya puesto de moda el análisis del derecho junto a disciplinas como la literatura, la economía o la sociología. Se habla de “Law and economics”, “Law and literature”, “Law and sociology”, “Law and development”, etc., como si ya no se pudiera hablar del Derecho a secas; todo esto demuestra que el Derecho ya no se puede pensar solo. Por eso tiende estos puentes. Son puentes prácticos, ya que tanto la economía, como la literatura, como la sociología, como el desarrollo, apuntan a saldar deudas concretas, no problemas tradicionales de la filosofía con sus especulaciones metafísicas. En algún punto, todos estos enfoques parecen haber venido a ocupar el lugar que ocupaba en los programas de estudio la Filosofía del Derecho. La Teoría General del Derecho.

47. SARTRE, J-P., *El Existencialismo es un humanismo*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1998.

48. Sólo así puede entenderse que Kafka sostenga que deberíamos “agradecer” el hecho de tener monarquías, reyes que nos ordenen y signifiquen la vida. Que nos indiquen cómo y por qué debemos comportarnos.

49. Para Levinas el rostro del otro es imposible de representar. Precisamente por eso no hay olvido.

su actuación es moral.⁵⁰ En este punto Derrida y Sartre parecen cruzarse. Este es el mundo de la “justicia” de Derrida. Hay invento. No hay una moral general. Toda regla es invención pura. Toda sentencia es poética. Toda sentencia es poesía. No puedo guiarme por una moral ajena. El juez está solo (“Para ser justa, la decisión de un juez por ejemplo, no debe sólo seguir una regla de derecho o una ley general, sino que debe asumirla, aprobarla, confirmar su valor, por un acto de interpretación reinstaurador, como si la ley no existiera con anterioridad, como si el juez la inventara él mismo en cada caso”).⁵¹ No es muy diferente lo que sostiene Nino sobre la relación entre moral y Derecho. El juez no puede basarse solo en el Derecho para aplicar el Derecho. Necesita más.

Derrida dirá que el discurso encuentra ahí su límite, en sí mismo, en su poder realizativo mismo. “Es lo que aquí propongo denominar *lo místico*⁵² y escuchemos estas palabras seguidas: Hay un silencio encerrado en la estructura violenta del acto fundador...”.⁵³ Fundador del derecho. Derrida procura desnudar e interrogar ese silencio. Un silencio que está presente en toda ética normativa. Y en todo poder autónomo. El silencio está detrás de lo que se dice. El silencio es lo que no queda dicho.

Tratemos de entender ese silencio. Pierre Rosanvallon afirma, en el libro que mencionábamos antes, que la democracia se inscribe doblemente en el régimen de la ficción. “En principio sociológicamente, nos dice Rosanvallon, al reformar de manera simbólica el cuerpo artificial del pueblo. Pero también técnicamente, pues el desarrollo de un Estado de derecho presupone generalizar lo social, volverlo abstracto si se prefiere, para hacerlo gobernable por medio de leyes universales”.⁵⁴ Estas son las leyes que analiza Derrida. Las leyes que se convierten en reglas para determinar lo que es justo. El tema es que la regla misma es producto del problema

50. Y no neutral, como pretende el positivismo, al menos el positivismo que Bobbio denomina “ideológico”. BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1988. Según Bobbio, todas las escuelas tradiciones del pensamiento jurídico cometen “errores de reducción”. El error de reducción del positivismo sería reducir todo el Derecho a una sola de sus caras: la validez, precindiendo de la eficacia y de la Justicia. (Valores que serían estandartes del realismo y del iusnaturalismo, respectivamente).

51. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 52. Nino comparte esta idea de que no existen jueces amoraes, que actúen mecánicamente, que el juez, cuando aplica el Derecho, decide y debe decidir aplicarlo, le reconoce, de ese modo, un valor moral. Derrida irá más allá y dirá que “debido a que no considera ninguna regla como una regla dada más allá de su interpretación, el juez suspende su decisión, se detiene en lo indecible o incluso improvisa fuera de toda regla y de todo principio” (p. 54). Es decir, inventa. Crea el Derecho. Pero también crea lenguaje, creía vínculos, caminos, interpretaciones.

52. Derrida toma la palabra *místico* en un sentido wittgensteiniano (p. 34).

53. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 33.

54. ROSANVALLON, P., *op. cit.*, p. 37 y ss.

que viene a resolver: se termina dando por supuesto el centro mismo de la facultad; toda política, todo derecho “moderno” es, así, una petición de principio. Da por sentado lo que debe demostrarse: su legitimidad de origen. Por eso decimos que el derecho no tiene presente, o que toda formulación de justicia es una aporía. Porque todos los intentos (legales, modernos: elecciones, estadísticas, etc) son intentos vanos por dar una respuesta adecuada a este “déficit originario de figuración” política.⁵⁵ Derida coincidiría con Rosanvallón cuando este afirma que “Si esta formalidad es un principio de construcción social en la democracia, al mismo tiempo se vuelve más incierta la constitución de un pueblo concreto. Aparece aquí mismo una contradicción que se instala entre el principio político de la democracia y su principio sociológico: el principio político consagra el poder de un sujeto colectivo cuyo principio sociológico tiende a disolver su consistencia y a reducir su visibilidad”. Es en estas hendiduras –que disuelven la visibilidad del pueblo– que se instala el concepto (como horizonte) de justicia de Derrida. Este es un concepto siempre renovado. No especulativo. No mezquino, no calculador. Es en esta contradicción de un pueblo que jamás podrá ser definido como tal, sin aislar a alguna parte de sí mismo. El derecho es visto, pues, como un ideal irrealizable.⁵⁶ Pero en el camino de su realización, paradójicamente, el principal enemigo de sí mismo. El derecho se justifica en la justicia, pero la justicia, para su plena realización, necesita, paradójicamente, como afirma Derrida, de la deconstrucción del derecho. Ser más que el Derecho. No quedar reducida a él.

Para entender mejor estas observaciones de Derrida –y sus críticas al lenguaje de la ley– debe verse la crítica al estructuralismo en su texto *La escritura y la diferencia*. El estructuralismo (de Saussure, de que todo se define por referencia a un significante previo) tiene implícito el peligro de lo que Baudelaire llamaba –y cita Derrida– *el vertigo de la hipérbole*: el deslizamiento infinito en la cadena de significantes sin encontrar nunca un punto real de apoyo. Para Derrida es necesario quebrar ese deslizamiento permanente, infinito, por eso es necesario postular la existencia remota (aunque absurda) de un significado universal. Este es el gesto metafísico característico a partir del cual se enhebra todo lenguaje,⁵⁷ todo derecho, toda cultura, y toda filosofía. Este origen es, como se ve, un gesto arbitrario. Deliberado. Injustificado. Sin fundamento. Pero a su vez autoritario y peligroso: el significado

55. ROSANVALLÓN, P., *op. cit.*, p. 39.

56. No hay ideas absolutas. No habría ni valores ni lenguajes absolutos.

57. Lo que muestra Derrida es cómo fenomenología y estructuralismo se reenvían uno a otro permanentemente. El estructuralismo no puede nunca dar cuenta de cómo se articula un orden de discurso sin remitir siempre, en última instancia, a un sujeto trascendental, a la existencia de una instancia por fuera de los discursos. (Para Kelsen esa instancia, dirá presupuesta, es la norma básica) Esa norma básica es la instancia que el posestructuralismo de-construye o revela como arbitraria. Lo que valida no puede ser validado: solo puede ser presupuesto.

universal va de la mano de una identidad que pretende imponerse del mismo modo: universal. A todos. En todo espacio y en todo tiempo.

El punto fundamental es que esta operación de establecer un elemento particular dentro de esa cadena como aquél que ocupa el lugar del significado universal privilegiado, aquella premisa a partir de la cual se levanta todo este sistema, no puede ocultar nunca la naturaleza contingente, arbitraria, de sus propios modos de institución (esta es la aporía del poder soberano, aporía que nace como dije, con la crisis del poder del absolutismo). Siempre ese significado que ocupa aquel lugar en que la totalidad se vuelve pensable, inteligible, sigue siendo un elemento particular dentro de ese orden (aunque Kelsen nos diga que no). Ese, en el fondo, es el objeto de la empresa deconstruccionista: confrontar todo orden instituido ante la contingencia de su propio modo de institución, que es justamente aquello que ningún sistema puede aceptar sin destruirse: todo derecho tiene, pues, una ilegitimidad oculta en su origen. Una particularidad que no se presenta. Una universalidad que es falsa. Una legitimidad mitológica (falsa) que merece ser des-construida. Para desnudar su esencia arbitraria. O injusta. Su particularismo. Su comienzo. Su origen. Donde, podríamos agregar, la violencia comenzó. Donde el orden surge y luego se impone.

Respecto del poder de las leyes, Derrida cita una frase de Pascal, para quien (analizando el fundamento de la ley) dice “la costumbre realiza la equidad por el mero hecho de ser recibida; es el fundamento místico de su autoridad. Quien la devuelve a su principio, la aniquila”.⁵⁸ Aniquila la ley. Hans Kelsen, cuando devuelve el fundamento último de la ley al presupuesto de la norma básica, como hipótesis de trabajo, hace, de algún modo, ese aniquilamiento. Y esto tiene que ver, como vimos, con la crisis de la subjetividad y con la incapacidad que tiene la filosofía, y sobre todo la historia intelectual de las ideas, para explicar la idea de cambio. Es la misma operación que hace el pobre y humilde y temeroso campesino de Kafka en el cuento *Ante la ley*: devuelve la ley a su origen. Cuestiona, de este modo, el poder soberano. Le muestra su violencia. Su encierro. Su autoritarismo. Su falsedad. Su no universalidad. La expulsión de los ciudadanos. De los campesinos, en cuyo nombre muchas veces la Ley se ha hecho. Se ha elevado.

La autoridad de las leyes sólo reposa sobre el crédito que se les da. Se cree en ellas, ése es su único fundamento. Derrida descarta todo fundamento ontológico o racional. Las leyes descasan sobre ese acto de fe. Por eso el cuento de Kafka (*Ante la Ley*) le interesa tanto a Derrida: por qué allí un humilde campesino crédulo, se detiene ante la ley, y escucha crédulamente lo que le dicen los guardias que la resguardan. Pero el no conoce la ley por sí mismo. Simplemete cree en ella. Y esa creencia ciega no es sino una cosa: temor. Miedo. Soledad. Abandono. Un “afuera” donde el campesino termina muriendo.

58. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 32.

Derrida toma de Pascal “las premias de una filosofía crítica moderna, es decir, de una crítica de la ideología jurídica, una desedimentación de las superestructuras del derecho que esconden y reflejan a la vez los intereses económicos y políticos de las fuerzas dominantes de la sociedad”.⁵⁹ Este es el objeto de la empresa *deconstruccionista*. Desnudar las ficciones legitimantes de la justicia, revelar y desnudar los intereses y sentidos ocultos del Derecho. Sus intereses jamás explicitados. No ver tanto lo que el derecho dice de sí mismo, sino más bien lo que el derecho hace y no dice, lo que omite decir en su propio relato, lo que el Derecho calla. A esto le llama Derrida “deconstrucción”.⁶⁰ De esto se trata esta “otra hermenéutica”. “El derecho es esencialmente desconstruible, ya sea porque está fundado, construido, sobre capas textuales interpretables y transformables (y esto es la historia del derecho) ya sea porque su último fundamento por definición no está fundado”.⁶¹ De todos modos, esto no debe desilusionarnos, como advierte Derrida, “que el derecho sea desconstruible no es una desgracia. Podemos incluso ver ahí la oportunidad política de todo progreso histórico”.⁶² Esta tarea de deconstrucción y progreso sin embargo tiene una nota característica: la angustia. La angustia del cambio. La desolación de que ese edificio –en el cual venían a consolidarse supuestas conquistas– se desmorona. No era lo que nos decían que era. “Por ello, ese momento se desborda a sí mismo. Y se hace todavía más angustiante. Pero ¿Quién pretende ser justo ahorrándose la angustia?”,⁶³ se pregunta Derrida (esos serían los “falsos guardianes” del derecho,⁶⁴ los abogados). Los que pretenden ahorrarse la angustia.⁶⁵

El autor, dijimos, se vale de la distinción entre derecho y justicia. Traza una frontera. Ya Montaigne distingue las leyes (es decir, el Derecho positivo) de la justicia. “La justicia del derecho, la justicia como derecho, no es justicia. Las leyes no son justas en tanto que leyes. No se obedecen porque sean justas sino porque tienen autoridad” (nos hace recordar al juez norteamericano realista W. Holmes, cuando dice que debemos ver al derecho con los ojos de un *hombre malo*). Derrida se refiere

59. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 34.

60. Derrida nos dice repetidamente “... a lo que me quería dedicar aquí: mostrar por qué y cómo, lo que se llama corrientemente la desconstrucción no ha hecho ora cosa que abordar el problema de la justicia” (p. 25) y más adelante “Ya que, en definitiva, ¿dónde podría encontrar la desconstrucción su fuerza, su movimiento o su motivación sino en esa apelación siempre insatisfecha, más allá de las determinaciones dadas y de lo que llamamos en determinados contextos la justicia, la posibilidad de la justicia?” (p. 48). El cambio pasa por moverse siempre “más allá de las determinaciones dadas” por el Derecho.

61. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 35.

62. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 35.

63. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 47.

64. En la metáfora del cuento de Kafka, *Ante la Ley*.

65. Derrida distingue el porvenir del futuro. El futuro pierde la apertura, la venida del otro (que viene) sin la cual no hay justicia (p. 63) El otro es un espacio de espera. Que el derecho no debería nominar.

con esta frase al fundamento místico de la autoridad de las leyes de Montaigne. La justicia es la que se sitúa en ese plano siempre abierto, siempre indecible,⁶⁶ que es la aporía. La justicia es lo siempre excedente, no presentable, Nuevo. Esto se vincula, como dijimos, a la crítica a la moral de Sartre. La libertad es tal que ni el Derecho puede con ella. El hombre siempre está solo. “Una voluntad, un deseo, una exigencia de justicia cuya estructura no fuera una experiencia de la aporía, no tendría ninguna posibilidad de ser lo que es, a saber, una justa apelación a la justicia”.⁶⁷ Es ese tiempo abierto (del presente) el que no puede abarcar (ni cerrar) el Derecho, sin aniquilar al mismo tiempo la posibilidad que le da vida: la posibilidad misma de afirmar un nuevo Derecho, una nueva lectura del Derecho, una nueva interpretación, el derecho es entonces una contradicción eterna, la contradicción eterna del poder soberano. La contradicción de la legalidad con sus promesas en la modernidad. El derecho no ha sabido o no ha podido salir, todavía, de la crisis del absolutismo (Una crisis con la que nace, como dije antes, la teoría política moderna).

“Todo sería todavía más simple si esta distinción entre justicia y derecho fuera una verdadera distinción, (para Derrida no lo es) una oposición cuyo funcionamiento esté lógicamente regulado y sea dominante. Pero sucede que el derecho pretende ejercerse en nombre de la justicia”⁶⁸ (y Derrida afirma enfáticamente: el derecho no es la justicia. El derecho es el elemento del cálculo, el derecho no opera nunca en nombre de lo que es justo).⁶⁹ Hay autores que entienden incluso que los abogados son hoy profesionales ambicioso y mezquinos que han postergado esa aspiración de justicia, que ocupa un lugar muy menor frente a intereses profesionales como la carrera, el interés, el éxito, el dinero, el ascenso, el poder. Por eso sostienen otros autores como Marc Galanter que hoy la justicia como ambición no responde ya al mundo profesional del Derecho, (que sería entonces una profesión como cualquier otra) sino a otros mundos, donde los activistas de la justicia son los poetas, los artistas, los ecologistas o las feministas; pero no ya los abogados.⁷⁰

Para Derrida, queda abierta, así, la cuestión crítica, “la cuestión de una evaluación y de una justificación de la violencia en sí misma, aunque ésta sea un simple medio, y cualquiera que sea su fin. Esa dimensión crítica habría sido excluida (*for-close*) por la tradición iusnaturalista”⁷¹ (Walter Benjamin da algunos ejemplos de esa naturalización de la violencia por parte del iusnaturalismo). La violencia se

66. Pero recordemos que una decisión que no pasara la prueba de lo indecible no sería una decisión libre.

67. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 39.

68. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 51

69. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 52

70. GALANTER, M, *Lowering the Bar. Lawyer Jokes and Legal Culture*, Winsconsin, University of Wisconsin Press, 2006.

71. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 84

disimula en los debates de la fuerza de la ley. Se termina naturalizando esa violencia en los debates de la justicia y su relación con el derecho. En los debates de medios y fines políticos. Esa violencia naturalizada (esa represión naturalizada) Freud la encuentra en la cultura, Derrida, en el Derecho.⁷²

Para Derrida la distinción entre la justicia y el derecho es una distinción “difícil e inestable”. El tema, detrás de estas distinciones, es el tema del “otro”. El tema de la justicia es siempre el tema del otro, un otro siempre escurridizo, de un otro siempre confuso que sale a nuestro encuentro, que exhibe su rostro, sus marcas, sus llagas, sus heridas.⁷³ Derrida recurre a Levinas,⁷⁴ autor paradigmático en sus concepciones radicales sobre la otredad, del alcance moral que Levinas le asigna a ese otro (que me toma por rehén con su mirada, que sale a mi encuentro). Para Levinas, que hace pie en el humanismo y en el pensamiento hebrero, justicia es esencialmente la relación con el otro, Para Levinas, la modernidad ilustrada estaba mal fundada (en el cogito cartesiano, auto-referencial, “pienso, luego existo”). Levinas reemplaza la idea de hombre por la idea de otro.⁷⁵ Para pensar, para existir, necesito de los otros. No puedo existir solo. La razón no basta.

Digamos también que cuando Derrida dice que *el derecho no es la justicia*, esta frase no debe entenderse en el sentido moral (familiar de los filósofos del derecho), Derrida lo dice en sentido lingüístico, conceptual y político: la justicia está siempre para ser la instancia de desconstrucción del derecho, apertura y revolución del derecho establecido, más allá de la desconstrucción del orden, la justicia

72. Derrida analiza al derecho a partir de la idea de amenaza. Véase en ese sentido, MARCUSE, H., *Eros y Civilización*, Buenos Aires, Losada, 1992. Digamos también que la desconstrucción de la justicia y del derecho se inscribe, sobre todo en el análisis que hace Derrida de la obra de Benjamin, en la pérdida de lo sagrado, insuperable de la pérdida de lo absoluto, de la pérdida de lo universal, de la muerte de Dios, que vendría a ser la pérdida del fundamento. Estamos conmovidos, y por eso pensamos. Hay en todo esto una especie de desencantamiento del mundo. Este proceso de desencanto es el que permite ver al derecho y a la justicia con nuevos ojos. Este cambio es previo a toda desconstrucción de relatos. (Lyotard) Este cambio es la antesala de la teoría de las ficciones del derecho (Montaigne, Enrique Marí, Horacio Spector). Empezar a ver a sus instituciones más sagradas o tradicionales como “ficciones” implica un cambio conceptual (y político) profundo que se vincula, como dije, a la crisis de la soberanía. El Derecho no es ajeno a estos cambios y discusiones.

73. Eduardo Luis Duhalde proponía redefinir en la Argentina la categorización de los derechos humanos como “los derechos del otro”, porque, creía, todo dirigente por autoritario que sea, puede hablar en nombre de los derechos “humanos” de aquellos a los que considera humanos (no inmigrantes ilegales, etc), pero no puede, en cambio, hablar tan fácilmente de “los derechos del otro”, porque los proyectos totalitarios anulan, precisamente, toda otredad. Todo otro. Por eso el concepto de “otro” es un concepto superior incluso al concepto de Derecho y de derechos humanos.

74. LEVINAS, E., “Un droit infini”, en *Du Sacré au Saint. Cinq nouvelles lectures talmudiques*, París, Ed. Miniut, 1977. (Citado por DERRIDA, J., en *Fuerza de Ley. El fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 51).

75. Levinas rescata el “antiplatonismo” de la filosofía contemporánea.

es un horizonte abierto que nos permite ver a los otros, a esos otros que el derecho muchas veces niega y oculta y asesina y deshumaniza y desaparece (esos otros inmigrantes, indios, mujeres, homosexuales, judíos, gitanos, menores, como advierte Nussbaum).⁷⁶ La desconstrucción se ocupa de esos otros del derecho tantas veces negados. Esos otros que están por fuera de la ley y de la Justicia. Y que eventualmente piden, como el pobre campesino de Kafka, ser admitos en ella. Ser admitidos en la Ley. Entrar al derecho. Ser reconocidos. Dejar de vivir “por fuera” de la ley y de la sociedad que los excluye, que los deja morir afuera de la Ley. Que los conquista y luego los margina. Empezar a ser vistos o percibidos por los demás como seres humanos (de ahí las ironías de Derrida respecto del valor de la “animalidad” en el Derecho).⁷⁷ Seres que buscan dejar de ser marginados, dejar de ser parias en el Derecho. Derrida propone algunos ejemplos: las leyes de extranjerización del Tercer Reich alemán, nosotros podemos pensar en la Conquista del Desierto en Argentina, en la forma en que un desierto necesita ser “conquistado”. Estas son las violencias que están en el fundamento de un orden.⁷⁸

Decíamos que hay en el derecho una aporía con el presente. El Derecho no se puede salir nunca de su propio relato. No se puede legitimar sin contradecirse.⁷⁹ Esta aporía (del presente) nos conduce a otra idea (que el derecho ha sido reacio a pensar): la idea de lo infinito.⁸⁰ Levinas habla de un “derecho infinito: en eso que él denomina el humanismo judío, cuya base no es el concepto de hombre, sino, el otro,

76. NUSSBAUM, M., *El Ocultamiento de lo humano. Vergüenza, Repugnancia y Ley*, Buenos Aires, Ed. Katz, 2006, cap. III.

77. Derrida nos remite, además, a los debates fundamentales de la antropología filosófica, el auge de esta disciplina es parte de la crisis de la modernidad, crisis que borra, modernamente, los límites de lo humano. Entre lo animal y lo humano no habría ya una frontera infranqueable. Es en este marco que se desdibuja la noción de sujeto, de persona. Derrida va más allá incluso cuando dice que existe “una afinidad existente entre el sacrificio carnívoro, que está en la base de nuestra cultura y de nuestro derecho y todos los canibalismos, simbólicos o no, que estructuran la intersubjetividad” (p. 44) Podemos pensar como “canibalismo” la instalación artística de Marta Minujín en 1978, pleno Proceso militar en Argentina, llamada “obelisco de Pan Dulce”. Y la pregunta entonces es qué comían los argentinos cuando comían plácidamente en plena dictadura ese “obelisco de pan dulce”, en plena represión, desaparición y tortura de personas. Esos son los canibalismos “simbólicos o no” que denuncia Derrida. La historia argentina, por desgracia, no es pobre en ejemplos de este tipo.

78. DERRIDA, J., *El monolingüismo del otro. O la prótesis del origen*, Buenos Aires, Manantial, 1997.

79. Leopoldo Zea (*El positivismo en México*) habla de las dobleces del positivismo como ideología del orden. Como momento conservador del orden que nace para “emancipar” el saber. Esta sería la contradicción de todo proyecto que se insalta, una vez que derrumba un orden, como nuevo “orden”. Todo orden se basa en exclusiones. En particularidades universalizadas. En falsos universales. En lenguajes que se universalizan. Que anulan la otredad. Que imponen, por abiertos que sean, unos parámetros. Que obligan en consecuencia a la tarea de “adaptarse”.

80. Levi Strauss cuestiona la noción del “hecho histórico”, disuelto el cual desaparece todo pacto.

la extensión del derecho del otro es la de un derecho prácticamente infinito”,⁸¹ entiende Derrida. El presente es infinito y es justamente con violencia que se hace un recorte de lo “justo” que excluye, en algún punto, a los demás. A los otros. Para esos otros del derecho, todo derecho es injusto, toda ley es incompleta, toda memoria es falsa,⁸² parcial, embustera e hipócrita (esto Platón lo sabía bien, por eso situó a la justicia en el mundo incorruptible de las ideas y no de las meras imitaciones mundanas). Siempre hay algún “otro” que queda por fuera del Derecho. Sus patrones no alcanzan la universalidad incluso cuando lo pretendan (cosa que la modernidad, según Juan Capella, no ha hecho, sus patrones no son universales)⁸³ deliberadamente: la palabra es corte. Es de esos otros que se ocupan Levinas y Derrida.⁸⁴ Más aún, muchos otros quedan fuera también de la pura reivindicación de los grupos marginados. Son los otros de los otros: las críticas del feminismo de las mujeres negras al feminismo liberal de las mujeres blancas de la Universidad, por citar sólo un ejemplo, nos muestra que el derecho siempre requerirá de deconstrucciones, más ampliaciones, más reelaboraciones, más derechos, más invenciones puras. Menos violencia. Porque el derecho no es autoevidente a la razón,⁸⁵ como pretendía la moral kantiana. No hay morales autosuficientes. Ni se sostiene —el derecho— sobre “construcciones” (de imperativos)⁸⁶ sino sobre de-construcciones de los relatos. Este es el cambio que opera Derrida. El derecho avanza sobre la violencia construyendo derechos. Pero esa violencia sobre la que avanza y contra la que se dirige

81. DERRIDA, J., *Fuerza de la ley. El fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Ed. Tecnos, 1997, p. 51.

82. Véase TODOROV, T., *La Conquista de América. El problema del otro*, Madrid, Siglo XXI, 1997, Introducción.

83. CAPPELLA, J., *Fruta Prohibida. La construcción jurídica de la modernidad*, Madrid, Ed. Trotta, 2008. Había que llegar a ser “uno” para llegar a tener derechos. Había que renunciar a ser “otro”. Había que caer en la asimilación. En la negación de uno mismo. Llegar a ser “hombre blanco”. Para tener derechos también la mujer debía llegar a ser “hombre”. También el indio debía dejar de ser lo que es para llegar a ser “uno”: hombre blanco. Lo que el parámetro índice o permite no es, por universal que se pretenda, universal. Los derechos universales del hombre incluyen, desde su comienzo, y todavía hoy, a muy pocas personas. Está repleto de ejemplos que impugnan y desdicen esta pretendida universalidad en los derechos.

84. Rosanvallón podría decir que es justamente el recurso de la abstracción en el derecho moderno el que permite la integración de los demás. La legalidad no podría no ser formal. Derrida habla de la “politización” y de cómo cada nuevo avance de la “politización” influye sobre el Derecho. El problema en todo caso es que cada “ampliación” de derechos, por amplia que sea, esconde parámetros, es decir, siempre excluye. Queda un otro negado.

85. Podemos preguntarnos, en efecto, por qué la razón pura de Kant se queda en dialéctica.

86. Pensemos por ejemplo en las críticas de Hegel al imperativo categórico de Kant, a su excesivo formalismo. Anselm von Feuerbach, no casualmente uno de los gestores de la legalidad en el derecho penal alemán moderno, discute con Kant su visión de la Razón.

el Derecho –esta es su paradoja– es su propio fundamento, la violencia con que el Derecho mismo fue instaurado, validado y reconocido.

Esta segunda aporía que menciona Derrida se reduce a afirmar que “si hay deconstrucción de toda presunción –con una certeza determinante– de una justicia presente, la misma deconstrucción opera desde una idea de la justicia infinita, infinita porque irreductible, irreductible porque debida al otro; debida al otro antes de todo contrato”.⁸⁷ La idea fundamental es que siempre puede haber un nuevo otro que no esté comprendido en nuestra idea del Derecho y nos obligue, por ende, a modificarlo, a revolucionarlo, a de-construirlo. A reelaborarlo (el puntapié pudo haber sido la abolición de la esclavitud, pero aun hay otros “esclavos”, inmigrantes que son “ilegales”, no personas, personas discapacitadas, que no son vistas como “personas normales”, es decir, “personas de acuerdo a la norma”,⁸⁸ etc.) Se puede reconocer y apreciar aquí una “locura” afirma Derrida. “Y quizás una especie de mística. Y la deconstrucción está loca por esa justicia, loca por ese deseo de justicia. Esa justicia, que no es el derecho, es el movimiento mismo de la deconstrucción presente en el derecho y en la historia del derecho, en la historia política y en la historia misma, incluso antes de presentarse como el discurso titulado –en la academia o en la cultura de nuestro tiempo– de deconstruccionismo”.⁸⁹ Autores argentinos, escritores argentinos, como Cortazar, estarían de acuerdo con esta afirmación de Derrida. De hecho Cortazar asociaba la locura a una aspiración concreta de justicia. “Sigamos siendo locos madres y abuelitas de Plaza de Mayo, sigamos siendo locos...”.⁹⁰ La locura como aspiración de justicia significa que estar “loco” es pedir algo –un reconocimiento– que no contempla el derecho establecido. Y para el orden establecido todas las críticas al orden son automáticamente descalificadas como “locura”, como “subversión”, como un comportamiento “desviado”. Como algo que se debe “disciplinar” con el saber. Con la disciplina, en la radical ambigüedad de la palabra.

El riesgo (una vez que asumimos que el derecho es violencia simbólica, que el derecho no tiene presente, que toda legitimación viene del futuro, no del pasado, que el otro, a su vez, nos obliga a un derecho infinito, siempre renovado, y revolucionado, (a un cambio) es, como afirma el autor, quedarse al margen, “Que a partir de ese momento siempre corremos el riesgo de quedarnos al margen”.⁹¹ Pero esto no nos habilita a abandonar la lucha por el Derecho. O por la Justicia. Quedarse al

87. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 52.

88. En el Derecho civil argentino –y no solo argentino– sobreviven aun criterios de la eugenesia. De tratamientos de “discapacitados”.

89. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 58-59.

90. CORTAZAR, J., *Años de Alambradas Culturales*, Buenos Aires, Puchink Editores, 1994.

91. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 59.

margen parece o parecía el riesgo de la vida académica, del formalismo contra el cual reaccionó el realismo en el siglo XX. Quedarse al margen es separar la práctica de la teoría. Separar “law in books” de “law in action”. Pero el derecho ya no admite esa frontera. El Derecho, como quiere el pragmatismo, no admitirá ya que se diga una cosa y se haga otra. El derecho debería entonces decir lo que hace, y hacer lo que dice. No callarlo.

Lo que pretende Derrida, en última instancia, es crear un lenguaje, pretende “reelaborar el concepto de emancipación”. El llamamiento de Derrida en el final de la primera conferencia es claro: “Pero más allá de estos territorios identificados de la jurídica-politización a gran escala geopolítica, más allá de todos los secuestros y requisiciones interesados, más allá de todas las reapropiaciones determinadas y particulares del derecho internacional, otras zonas tienen que abrirse constantemente, zonas que en un primer momento pueden aparecer secundarias o marginales (Pienso, por ejemplo, en el enfoque de Literatura y Derecho, sin duda concebido todavía como un enfoque marginal, secundario, incluso en las secciones de revistas de Derecho este cruce es presentado como una curiosidad, como algo complementario, pero no decisivo, como pretenden Nussbaum o Derrida). Esta marginalidad significa que una violencia, por no decir un terrorismo (de Estado) y otras formas de toma de rehenes, están siempre presentes. Los ejemplos más próximos habría que buscarlos del lado de las leyes sobre la enseñanza y la práctica de las lenguas, la legitimación de los cánones, la utilización militar de la investigación científica, el aborto, la eutanasia, los problemas del trasplante de órganos, del nacimiento extrauterino, la bioingeniería, la experimentación médica, el tratamiento social del sida, las macropolíticas de la droga, de los sinteco, sin olvidar por supuesto el tratamiento de lo que se llama vida animal, la enorme cuestión de la animalidad”,⁹² afirma Derrida. Ésta es acaso la mayor cuestión que hoy afronta el Derecho: la disolución de las fronteras (modernas) entre los hombres y los animales. Entre los cuerpos animales y los cuerpos humanos. Esto es lo que justifica el auge de la disciplina antropología filosófica. El borramiento de esta frontera entre el cuerpo humano y el cuerpo animal impone una reestructuración de la relación del hombre con todo Poder.⁹³ El Derecho se derrumba porque está disuelto, como advertía Nietzsche, su noción más esencial y decisiva: la noción de sujeto. El derecho (y sobretudo la filosofía del derecho, una disciplina a que se dedicaban la mayoría de las personas que asistieron a estos congresos y debates con Derrida) pierde norte, porque han perdido su principal estandarte: el significado de la razón, el significado mismo de la persona, la pérdida de aquello que nos separaba y nos garantizaba la separación de este otro mundo

92. DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 66.

93. SLOTERDIJK, P., *Regeln für den Menschenpark. Ein Antwortschreiben zu Heideggers Brief über den Humanismus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999.

bajo, animal, indigno. La noción central de la modernidad ilustrada, la noción de sujeto, la noción de Hombre, está en crisis. La crisis del derecho es, pues, la crisis de la modernidad. Y ésta, en última instancia, como diría Levi Strauss, es la crisis del Hombre mismo. Es allí donde entra la literatura, la poesía: la posibilidad de renovar y crear un lenguaje, de abrir el Derecho a nuevas subjetividades, a nuevos vínculos entre los súbditos y el Poder, donde ya no existan ni súbditos ni poderes. Donde no existan, como en el cuento de Kafka, campesinos desolados.⁹⁴ Marginados por guardianes en el Derecho. Un Derecho justo o con aspiraciones de Justicia debería poder prescindir de eso: de guardianes y murallas que lo defiendan de aquellos y de aquello que dice, paradójicamente, estar defendiendo. Aquello en cuyo nombre se hace, no puede representar para el Derecho una amenaza. Si lo es, el Derecho no es honesto ni transparente en sus objetivos. Sería un Derecho falso en sus promesas. Un orden ilegítimo, un orden basado en la violencia. No en la Justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- AUSTIN, John L., *How to Do Things With Words*, Harvard University Press, 1995.
- AXAT, Julián y CROXATTO, Guido L., “Ante la Ley”, en *Diario Página 12*, Buenos Aires, 14 de Mayo de 2013.
- BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad y Holocausto*, Madrid, Alianza, 1998.
- BLUMENBERG, Hans, *La inquietud que atraviesa el río: un ensayo sobre la metáfora*, Barcelona, Ed. Península, 1992.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1988.
- CAPPELLA, Juan, *Fruta Prohibida. La construcción jurídica de la modernidad*, Madrid, Ed. Trotta, 2008.
- CORTAZAR, Julio, *Años de Alambradas Culturales*, Buenos Aires, Puchink Editores, 1994.
- COVER, Robert, *Derecho, Narración y violencia*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2000.
- DERRIDA, Jacques, *La bestia y el soberano*, Buenos Aires, Ed. Manantial, 2010.
- , “Devant la loi. Prejugués”, en *Critique de la faculté de juger*, París, Ed. Minuit, 1985.

94. Véase AXAT, J. y CROXATTO, G. L., “Ante la Ley”, en *Diario Página 12*, Buenos Aires, 14 de Mayo de 2013. Como dijimos, en este cuento de Kafka, el campesino busca ser aceptado por el Derecho y sus “guardianes” profesionales (que lo dejan afuera). Esos guardianes de la ley, esos guardianes intimidantes del Derecho, esos “profesionales” que critica Kafka bajo la figura del Guardián (“detrás de mí hay otros guardianes aún más grandes y poderosos...”), son los abogados. El campesino no puede entrar a la ley, muere delante de ella, pero afuera, no pertenece a la jerarquía que menciona en su ensayo (citado más arriba) Dunkan Kennedy. Un Derecho que no reproduce jerarquías, sería por fin un derecho igualitario donde todos –no solo algunos, no solo pocos– pudieran entrar. Tengan acceso a la Justicia.

- , “Kafka: ante la ley”, en *La filosofía como institución*, Barcelona, Editor Juan Granica, 1984.
- , *El monolingüismo del otro. O la prótesis del origen*, Buenos Aires, Manantial, 1997.
- , *Fuerza de la ley. El fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Ed. Tecnos, 1997.
- FISS, Owen, “Qué es el feminismo”, en *Revista Doxa*, Alicante, 14, 1993.
- FOUCAULT, Michel, *El Orden del discurso*, Madrid, Tusquets, 2009.
- GALANTER, Marc, *Lowering the Bar: Lawyer Jokes and Legal Culture*, Winsconsin, University of Wisconsin Press, 2006.
- GARGARELLA, Roberto, *El Derecho a la Protesta, el Primer Derecho*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2006.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2005.
- KENNEDY, Dunkan, “Legal Education and the Reproduction of Hierarchy”, en *Journal of Legal Education*. 321, 1982.
- LEVI STRAUSS, Claude, *El pensamiento salvaje*, Buenos Aires, FCE, 1998.
- LEVINAS, Emmanuel, “Un droit infinit”, en *Du Sacré au Saint. Cinq nouvelles lectures talmudiques*, París, Ed. Miniut, 1977.
- MARCUSE, Herbert, *Eros y Civilización*, Buenos Aires, Losada, 1992.
- NUSSBAUM, Martha, *El Ocultamiento de lo humano. Vergüenza, Repugnancia y Ley*, Buenos Aires, Ed. Katz, 2006.
- , *Justicia Poética, La Imaginación literaria y la vida pública*, Barcelona, Ed. Andrés Bello, 1997.
- PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto. Ensayos sobre el gobierno de la penalidad*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.
- ROSANVALLON, Pierre, *Por una historia conceptual de lo político*, Buenos Aires, FCE, 2003.
- SARTRE, Jean-Paul, *Jean Genet, comediante y mártir*, Buenos Aires, Ed. Losada, 2002.
- , *El Existencialismo es un humanismo*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1998.
- SLOTERDIJK, Peter, *Regeln für den Menschenpark. Ein Antwortschreiben zu Heideggers Brief über den Humanismus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999.
- TODOROV, Tzvetan, *La Conquista de América. El problema del otro*, Madrid, Siglo XXI, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *Crímenes de Masa*, Buenos Aires, Ed. Madres de Plaza de Mayo, 2010.

TRADUCCIÓN Y AFINES



LA CONSAGRACIÓN JURÍDICA DE TESTIGOS OLVIDADOS. EL JUEZ ARGENTINO FRENTE AL GENOCIDIO ARMENIO*

AUTORA: SÉVANE GARIBIAN**

TRADUCCIÓN: XAVI ANTÓN***

Resumen: “El Estado turco ha cometido el delito de genocidio contra el Pueblo Armenio, en el periodo comprendido entre los años 1915 y 1923”. Esta declaración, realizada por un juez federal argentino el primero de abril de 2011 en Buenos Aires, se encuentra en el núcleo de una sentencia definitiva que constituye una primicia mundial y conlleva la consagración jurídica –el *(re)conocimiento*– de los testigos olvidados de un crimen negado por Turquía. La sentencia se inscribe en un marco singular y único en su género: la práctica judicial *sui generis* de los *juicios por la verdad*, auténtica especificidad nacional creada en Argentina en los años noventa para revertir la política del olvido de la época en lo relativo a los crímenes de la dictadura militar. Una práctica cuya existencia misma es el producto directo de una situación inicial de borrado e impunidad, que incita a la creación de mecanismos judiciales alternativos de certificación del hecho criminal y de consagración de sus víctimas/testigos.

Palabras clave: genocidio armenio – juicio por la verdad – derecho a la verdad – argentina – desaparición – negación – impunidad.

* Publicado en su versión original “La consécration juridique de témoins oubliés: le juge argentin face au génocide des Arméniens”, en FLEURY, Béatrice y WALTER, Jacques (dir.), *Carrières de témoins de conflits contemporains (2). Les témoins consacrés, les témoins oubliés*, Nancy, Editions universitaires de Lorraine, 2014, pp. 161-174.

Recepción del original: 06/11/2013. Aceptación: 15/03/2014.

** Doctora en Derecho, profesora-investigadora en las Universidades de Ginebra y de Neuchâtel (Suiza), miembro del programa europeo de investigación “Corpses of Mass Violence and Genocide” (ERC Starting Grant). Es autora de numerosas publicaciones en francés, inglés, español y portugués. En Argentina, publicó recientemente *Cadáveres impensables, cadáveres impensados. El tratamiento de los cuerpos en las violencias de masa y los genocidios* (codirigido con Elisabeth Anstett y Jean-Marc Dreyfus), Miño y Dávila, Buenos Aires, 2013. Así como, en México, *Normas, valores, poderes. Ensayos sobre Positivismo y Derecho internacional* (coautor Alberto Puppo), Fontamara, México, 2010. Página profesional y publicaciones: [www2.unine.ch/sevane.garibian].

*** Licenciado en Filología Clásica por la Universitat de Barcelona (UB). Traduce desde 1997. Entre las obras traducidas encuentran: *homme liminaire* de Claudia Girola, *Pobres ciudadanos* de Denis Merklen, entre otros.

Summary: “The Turkish state perpetrated the crime of genocide against the Armenian people between 1915 and 1923”. This statement, made in Buenos Aires on 1 April 2011 by an Argentinian Federal Judge, constitutes the core of a court decision that is the first of its kind in the world and that offers a legal consecration – (*re*)*cognition* – of the forgotten witnesses of a crime denied by Turkey. The sentence takes its place in an altogether singular framework: the *sui generis* judicial practice of *juicio por la verdad* (trial for the truth), a national procedure created in Argentina in the 1990s in response to the politics of forgetting then related to the crimes committed during the military dictatorship. This practice is the direct product of an initial situation of effacement and impunity which calls for the creation of alternative judicial mechanisms of validation of the criminal fact and consecration of its victims/witnesses.

Keyword: armenian genocide – trial for the truth – right to the truth – argentina – disappearance – denial – impunity.

«*Seule l’histoire n’a pas de fin*»¹
 Charles Baudelaire

I. INTRODUCCIÓN

«El Estado turco ha cometido el delito de genocidio contra el Pueblo Armenio, en el periodo comprendido entre los años 1915 y 1923». Esta declaración, realizada por un juez federal argentino el primero de abril de 2011 en Buenos Aires, se encuentra en el núcleo de una sentencia definitiva que constituye una primicia mundial² y que es fruto de un proceso iniciado el 29 de diciembre del 2000 por el querellante Gregorio Hairabedian (descendiente de víctimas del genocidio), al cual se unen cinco años después las instancias representativas de la comunidad armenia de Argentina. Este juicio excepcional –el genocidio armenio, impune y negado por la Turquía heredera del Imperio Otomano, nunca había sido objeto como tal de una decisión judicial–,³ se inscribe en un contexto y un marco totalmente singulares y únicos en su género.

1. «Solo la Historia no tiene fin».

2. La decisión completa (Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5, caso N° 2.610/2001: en adelante «la sentencia Hairabedian»), una síntesis exhaustiva del conjunto del proceso en el marco de este caso (comprendidos los diversos requerimientos), así como una revista de prensa se encuentran en el sitio de internet [www.genocidios.org].

3. El genocidio armenio, en efecto, fue objeto de una serie de juicios organizados en el Imperio Otomano a partir de 1918 bajo propuesta aliada (con cortes marciales especialmente constituidas a tal efecto y en

Antiguo destino de numerosos criminales nazis, y desgarrada por un pasado dictatorial propio que dejó al menos treinta mil desaparecidos (1976-1983), Argentina tiene como particularidad el haber experimentado –desde el amanecer inmediatamente posterior a la dictadura militar– la práctica totalidad de las herramientas jurídicas conocidas en el tratamiento de violaciones masivas de Derechos Humanos: autoamnistía seguida de comisión de investigación (1983), juicio penal (1985) seguido de nuevas amnistías (1986-87), perdón presidencial (1990), derogación de las amnistías por ser consideradas inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia y reapertura de procedimientos penales (2005).⁴ En especial, entre la adopción de las leyes de amnistía de 1986-87 y su reciente anulación, Argentina ve surgir e instaurarse el *derecho a la verdad*, un nuevo derecho subjetivo asociado a una acción judicial alternativa y única en el mundo: los *juicios por la verdad*, auténtica práctica *sui generis* creada como reacción al bloqueo de procedimientos penales hasta 2003 y a la política de olvido de los años noventa. Esta práctica híbrida tiene como función original la de deshacer el cerrojo del acceso al juez por las amnistías aún en vigor, permitiendo así a las familias de desaparecidos exigir del Estado la investigación del destino de las víctimas. Entre comisión para la verdad y proceso penal clásico, entre reparación simbólica y retribución, los juicios por la verdad ofrecen un nuevo enfoque de la misión del juez, ya no punitiva sino

aplicación del derecho penal otomano de la época). Empero, por una parte, los cargos evidentemente no comprendían el crimen de genocidio (concepto aún inexistente a principios del s. XX) y, por otra parte (aunque de indiscutible importancia desde un punto de vista histórico), esos juicios traducían la inquietud de evitar al mismo tiempo el exponer demasiado a la luz pública los asesinatos en masa, el mencionar explícitamente al grupo víctima y el situar los debates en un terreno preparado de antemano por los verdugos para justificar sus actos (KEVORKIAN, R., “La Turquie face à ses responsabilités. Le procès des criminels Jeunes-Turcs (1918-1920)”, en *Revue d'histoire de la Shoah*, N° 177-178, Paris, Les Editions du Mémorial, 2003, p. 170). Como consecuencia de los juicios, los principales responsables fueron condenados a muerte *in absentia*, aquellos de rango inferior a quince años de trabajos forzados y algunos ex ministros fueron absueltos. Poco después, el régimen kemalista de nuevo en el poder abolió toda corte marcial; mientras tanto la mayoría de los criminales habían huido o habían sido liberados. Para un estudio detallado de los archivos de estos juicios: DADRAN, V., *Autopsie du génocide arménien* (trad. Marc y Mikael Nicheanian), Bruselas, Complexe, 1995; así como DADRAN, V. y AKCAM, T., *Judgment at Istanbul, The Armenian Genocide Trials*, New York, Oxford, Berghahn Books, 2011. A notar que el Tratado de Sèvres del 10 de agosto de 1920 entre Turquía y los Aliados preveía entre otras cosas el juicio de los responsables por parte de una jurisdicción penal internacional especial que nunca vio la luz, puesto que ese tratado fue anulado por el Tratado de Lausana del 24 de julio de 1923 (para una mayor profundidad: GARIBIAN, S., *Le concept de crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne. Naissance et consécration d'un concept*, Genève, Paris, Bruxelles, Schulthess, LGDJ, Bruylant, 2009, pp. 95 y ss).

4. Ver para una síntesis: LEFRANC, S., “L'Argentine contre ses généraux: un charivari judiciaire?”, en *Critique internationale*, n° 26, Paris, Presses de Science Po, janvier 2005, pp. 23-34 así como (para una perspectiva diferente): PASTORIZA, L., “Hablar de memorias en Argentina”, en VINYES, R. (ed.), *El Estado y la Memoria*, Barcelona, RBA, 2009, pp. 291-329.

meramente declaratoria: lo que se reclama en ese marco no es ya el juicio y condena penal de personas acusadas de graves violaciones de los Derechos Humanos, sino el conocimiento del destino de las víctimas mediante el establecimiento y el esclarecimiento de los hechos, aparejados al reconocimiento judicial de su verdad.

Precisamente ese contexto y marco particulares hicieron posible la atípica decisión del primero de abril de 2011 que conlleva la consagración jurídica –el *(re)conocimiento*– de testigos olvidados. Ésta ofrece la ocasión de subrayar el extraordinario aporte de una práctica (desconocida o subestimada en Europa), en la cual se inscribe directamente, como es la de los juicios por la verdad entablados en nombre del denominado derecho a la verdad surgido de una creación pretoriana en el campo de los Derechos Humanos: un derecho que ante todo resulta una suerte de «revelador del crimen» ya que permite el paso de un derecho que borra el crimen (ley de amnistía) a un derecho que lo hace volver a existir (juicio por la verdad). Su protección garantiza en definitiva un nuevo espacio reconocido para las familias de las víctimas, en el seno del cual el derecho a la verdad toma a cada paso funciones varias, asociadas a tres elementos que componen la lucha contra la impunidad (la investigación, la sanción y la reparación/prevención).⁵ Una de esas funciones más esenciales sale a la luz de manera prominente a través del caso Hairabedian que nos compete acá:⁶ la de afirmar, autenticar, validar el hecho criminal en respuesta a una situación de impunidad irremediamente causada a ciudadanos argentinos por otro Estado. El remedio por defecto (la reparación simbólica por la consagración jurídica) se halla entonces en la calificación del crimen y en el reconocimiento judicial de las víctimas/testigos ocultados del genocidio de 1915, cuyo carácter imprescriptible, «sancionable por siempre», se doblega ante la política negadora del Estado responsable.⁷

5. Acerca de esos tres elementos de lucha contra la impunidad: JOINET, L. (dir.), *Lutter contre l'impunité*, Paris, La Découverte, 2002.

6. Para un estudio detallado de los *juicios por la verdad* y de las diversas funciones del derecho a la verdad: GARIBIAN, S., “Derecho a la verdad. El caso argentino”, en RIPOL CARULLA, S. y VILLAN DURAN, C. (dir.), *Justicia de transición. El caso de España*, Barcelona, Institut Català Internacional per la Pau (ICIP), col. Resultats de Recerca, 2012, pp. 51-63 (accessible en formato digital en [www.icip.cat]), así como “Ghosts Also Die. Resisting Disappearance Through the ‘Right to the Truth’ and the *Juicios por la verdad* in Argentina”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, N° 3, 2014, pp. 515- 538. Para una síntesis referente, por cierto, al uso del derecho a la verdad en los casos de recuperación forzada de identidad de niños robados por la dictadura militar: GARIBIAN, S., “Buscar a los muertos entre los vivos: dar cuerpo a los desaparecidos de la dictadura argentina por el Derecho”, en ANSTETT, E., DREYFUS, J. y GARIBIAN, S. (dir.), *Cadáveres impensables, cadáveres impensados. El tratamiento de los cuerpos en las violencias de masa y los genocidios*, Buenos Aires, Miño y Davila, 2013, pp. 29-39.

7. Para una interesante reflexión acerca de la imprescriptibilidad de los «crímenes de la Historia»: GAREAU, J., “Insoutenable imprescriptibilité à la lettre: note sur l’interaction du temps, du droit et du symbole dans la problématique de la réparation des crimes de l’Histoire”, en BOISSON DE CHAZOURNES, L.,

II. LA VALIDACIÓN DEL HECHO CRIMINAL A TRAVÉS DEL RELATO JUDICIAL

El hecho de que el genocidio armenio sea amparado por el Derecho, en Argentina, en el marco de una práctica judicial singular llevada a cabo en ese único país, en reacción a la política de olvido de su propio pasado criminal ¿resulta sorprendente? Bajo ciertos punto de vista no, dado lo que tienen también en común ambos acontecimientos (genocidio en el Imperio Otomano/desapariciones forzadas en Argentina), dispares en sus especificidades. En el fondo, política genocida y política estatal de desapariciones forzadas se construyen sustancialmente sobre un doble borrado. En el núcleo del proceso criminal, primeramente, el borrado tiene por objeto toda huella como prueba potencial de la política exterminadora en curso –la prueba escrita, visual, verbal, la prueba corporal–. Se trata de hacer callar a aquel que pudiere dar testimonio, contar, hacer existir, mostrar, dar a entender. Hacer desaparecer toda posibilidad de conocimiento –ergo de tratamiento–, de lo que sucedió. «El colmo de la desaparición es su propia desaparición» escribió el filósofo Jean-Louis Déotte.⁸ Esto es porque existe una puesta en abismo *de* y *en* la desaparición; es ahí que las políticas estatales en cuestión, al programar su propio borrado, producen fantasmas.⁹ Aún más, al hacer pasar por espectros a las víctimas, hacen desaparecer a los culpables por ese mismo acto:¹⁰ sin cuerpo no hay crimen; sin crimen no hay víctima; sin víctima no hay culpable.

Avanzando con el proceso criminal, el borrado se continúa bajo múltiples formas, entre las cuales se encuentran la negación y la amnistía. Desaparición y negación van de la mano, se apoyan y se alimentan intrínsecamente: haciendo desaparecer se niega (la desaparición forzada es necesariamente seguida «de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley»);¹¹ negando se hace desaparecer el *hecho* mismo, se lo destruye, *se mata a la muerte*.¹² A esto

QUEGUINER, J. F. y VILLALPANDO, S. (dir.), *Crimes de l'Histoire et réparations: les réponses du droit et de la justice*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 25-38.

8. DEOTTE, J. L., “Les paradoxes de l'événement d'une disparition”, en COQUIO, C. (dir.), *L'Histoire trouée. Négation et témoignage*, Nantes, L'Atalante, 2003, p. 557 (« *Le comble de la disparition, c'est sa propre disparition* »).

9. Sobre el concepto de *fantasma*: TOROK, M. y ABRAHAM, N., *L'Ecorce et le Noyau*, Paris, Aubier-Montaigne, 1978.

10. A este respecto, lo dirigimos a TEVANIÁN, P., “Le génocide arménien et l'enjeu de sa qualification (réflexions sur l'affaire Veinstein)”, en BROSSAT, A. y DEOTTE, J. L. (dir.), *La mort dissoute. Disparition et spectralité*, Paris, L'Harmattan, 2002, pp. 42 y ss.

11. Artículo 2 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas del 20 de diciembre de 2006.

12. Acerca de este punto ver especialmente NICHANIAN, M., “Le droit et le fait: la campagne de 1994”, en *Lignes*, N° 26, Fécamp, Les Editions Lignes, octubre 1995, pp. 74-92, así como *La perversion*

se añade, en un segundo momento, la amnistía «que no puede sino responder a un esbozo de terapia social de urgencia, bajo el signo de la utilidad, no de la verdad».¹³ Se hace *tabula rasa* legal entonces mediante la creación de una ficción jurídica (hacer *como si* el crimen no hubiera existido afirmando paradójicamente que «algo» sucedió), en nombre de la reconciliación nacional y de la paz civil (en Argentina las leyes de 1986-87 anteriormente citadas; en el Imperio Otomano una amnistía general de todos los crímenes cometidos entre 1914 y 1922 la cual, al no haber sido jamás puesta en cuestión, resulta indisociable de la política negadora iniciada por la Turquía kemalista en 1920, y cuyos sucesivos gobiernos se convierten en fieles herederos hasta el día de hoy).¹⁴

En todos los casos es pues un borrado que sitúa a las víctimas *fuera de la ley*, preservando así la impunidad de los responsables. Desde ese punto de vista, la desaparición es un desafío al Derecho.¹⁵ Y es precisamente la impunidad –ese «inacabamiento indefinido y sin consuelo de una historia sucia que termina mal»–¹⁶ la que da origen al juicio Hairabedian.¹⁷ Con respecto a la forma, la sentencia del primero de abril de 2011 relativa al genocidio armenio se incluye en el marco circunscrito de los juicios por la verdad, llamados a responder al borrado/impunidad. Esos juicios garantizan y protegen el derecho a la verdad principalmente como *resistencia* a la desaparición («no hay resistencia posible sin designación de aquello contra lo cual se resiste»):¹⁸ de alguna manera la hacen cesar al reaparecer las víctimas, testigos y criminales en su justo lugar a través de una validación del hecho por el relato. «La condición necesaria para la toma de conciencia individual y colectiva de un crimen

historiographique. Une réflexion arménienne, Paris, Lignes, 2006 ; PIRALIAN, H., *Génocide et Transmission*, Paris, L'Harmattan, 1994.

13. RICOEUR, P., *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Editions du Seuil, 2000, p. 589 («(...) *qui ne peut répondre qu'à un dessein de thérapie sociale d'urgence, sous le signe de l'utilité, non de la vérité*»).

14. La amnistía general de la que se habla está prevista en un anexo del Tratado de Lausana del 24 de julio de 1923 firmado entre la Turquía kemalista y los Aliados (cf. *supra*, nota 3).

15. Cf. también NICHANIAN, M., *op. cit.*, p. 88, así como GARIBIAN, S., “Buscar a los muertos entre los vivos...”, *op. cit.*

16. NAHOUM-GRAPPE, V., “Vertige de l'impunité ou l'impasse du rêve de justice”, en BOISSON DE CHAZOURNES, L., QUEGUINER, J. F. y VILLALPANDO, S. (dir.), *op. cit.*, p. 14 («(...) *inachèvement indéfini et sans consolation d'une sale histoire qui se termine mal*»).

17. Cf. *supra*, nota 2. El querellante subraya este punto en su último requerimiento que data de noviembre de 2010: su acción se presenta como la última solución exenta de odio y venganza frente a «la impotencia de la comunidad internacional» y a la «persistente negación de los sucesivos gobiernos turcos», «impidiendo de este modo el ejercicio de derecho alguno que permitiera a las víctimas, a sus familiares y a su pueblo encontrar caminos hacia la verdad y la justicia».

18. NAHOUM-GRAPPE, V., *op. cit.*, p. 16 («*il n'y a pas de résistance possible sans désignation de ce contre quoi on résiste*»).

es bien la existencia de su relato, el cual permite percibirlo y calificarlo en su diferencia con los otros». ¹⁹ Al afirmar que «El Estado turco ha cometido el delito de genocidio contra el Pueblo Armenio, en el periodo comprendido entre los años 1915 y 1923» la autoridad judicial certifica el quién/qué/contra quién/cuándo. Al validar el hecho en su factualidad, el juez rompe, *con sus palabras*, lo no-dicho causado en este caso acumulativamente por la amnistía, el negacionismo del Estado y el tiempo (la muerte de los responsables). ²⁰

La misión estrictamente declarativa del juez penal en el seno del mecanismo de los juicios por la verdad, desprovistos de toda función punitiva, recae en efecto en el (*re*)conocimiento del hecho a través del relato judicial. ²¹ De igual manera que un historiador, el juez construye el «relato de acontecimientos verdaderos» ²² (*récit d'évènements vrais*) de donde se desprende el hecho, trabajando para ello las huellas ofrecidas por el testimonio, el archivo y la prueba documental, según las reglas/obligaciones propias de su oficio. ²³ El produce sentido. Con todo, al contrario que el historiador la interpretación del juez tiene por objeto la *calificación* ²⁴ —no la «descripción comprehensiva» ²⁵ (*description compréhensive*)— que transforma el hecho histórico en hecho jurídico cuya verdad (judicial) es desde ese momento presunta

19. *Ibid.*, p. 19.

20. Lo “no-dicho” recae sobre los responsables del crimen, ausentes del texto de la ley que, por otra parte, reconoce en Argentina el genocidio armenio (ley cuya existencia es recordada en el considerando 7.6 de la sentencia Hairabedian): *cf.* Ley Nacional 26.199 del 13 de diciembre de 2006, promulgada de hecho el 11 de enero del año 2007, que declara el día 24 de abril como «Día de acción por la tolerancia y el respeto entre los pueblos» en «conmemoración del genocidio de que fue víctima el pueblo armenio» (artículo 1 de la ley). El 24 de abril de 1915 marca efectivamente el inicio del genocidio propiamente dicho, y corresponde a la fecha conmemorativa anual para las comunidades armenias del mundo. Encontramos por ejemplo el mismo “no-dicho” en la ley francesa que reconoce el genocidio (Ley N° 2001-70 del 29 de enero de 2001, *Journal officiel*, 30 de enero de 2001: «*La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915*»).

21. Acerca del concepto de *relato judicial* como relato construido por el juez que dirige su narración al “archilector” (o «auditorio universal»), *cf.* MOOR, P., *Dynamique du système juridique. Une théorie générale du droit*, Genève, Paris, Bruxelles, Schulthess, LGDJ, Bruylant, 2010, pp. 83 y ss.

22. VEYNE, P., *Comment on écrit l'Histoire*, Paris Éditions du Seuil, 1971, pp. 23 y ss.

23. Nosotros referimos especialmente a RICOEUR, P., *op. cit.*, en particular pp. 201 y ss. y pp. 413 y ss.; GINZBURG, C., *Le juge et l'historien. Considérations en marge du procès Sofri*, Paris, Verdier, 1998; PROST, A., *Douze leçons sur l'histoire*, Paris, Seuil, 1996. Del mismo modo a los números especiales dedicados a la relación entre el trabajo del juez y el del historiador en las revistas francesas *Le Débat*, N° 102, Paris, Gallimard, 1998 (muy especialmente la contribución de THOMAS, Y., “La vérité, le temps, le juge et l'historien”) y *Droit et Société*, N° 38, Paris, Éditions juridiques associées, 1998 (en particular el texto de MARTIN, J. C., “La démarche historique face à la vérité judiciaire. Juges et historiens”).

24. CAYLA, O., “La qualification. Ouverture: la qualification ou la vérité du droit”, en *Droits*, n° 18, Paris, PUF, 1993, pp. 3-18.

25. VEYNE, P., *op. cit.* p. 123 y ss.

(es el beneficio de la autoridad de la cosa juzgada). Produce Derecho. Por su trabajo, el juez, si bien no dice la verdad histórica, cuyo establecimiento no le pertenece, puede sin embargo participar de su «esclarecimiento» lo que toma una dimensión particular en el marco de los juicios por la verdad exclusivamente destinados a sacar a la luz, a la autenticación y a la designación de lo que tuvo lugar fuera de la dialéctica binaria de culpable/no culpable.

Resulta interesante subrayar sobre este punto que el primer considerando de la sentencia Hairabedian, el cual conduce a un recordatorio de las diversas etapas del procedimiento iniciado en el año 2000, se refiere al proceso en los siguientes términos: «el juicio esclarecedor de la verdad histórica». Más adelante, el juez precisa:

Este Magistrado, no es el historiador ni el testigo de éstos hechos de tamaño significación histórica. Es tan solo, el órgano jurisdiccional que convalida y da fuerza de ley, a través de su pronunciamiento de veracidad, las results de una investigación llevada a cabo, en procura de obtener un esclarecimiento sobre los sometidos; con eje en los elementos probatorios indubitables obtenidos y acompañados, y los motivos y razonamientos del querellante, que he de hacer propios.²⁶

Tras ello añade que ese proceso tiene como único objeto «la obtención de una resolución judicial declarativa, de la veracidad de los hechos sometidos y cuyo rigor histórico, se encuentra documentado debidamente en los archivos de las potencias de la época».²⁷

No es ni puede ser ésta, una proposición de exhaustivo revisionismo histórico, sindicativa de todos y cada uno de los episodios representativos del genocidio armenio. Tampoco, es una pieza científica ni antropológica sobre los exactos alcances de la masacre extendida a lo largo de ocho años en suelo turco. Pero sí, es la resultante de un novedoso segmento procesal inaugurado en la República Argentina, con entidad de proceso esclarecedor de sucesos que indudablemente, adquieren inserción dentro de los denominados delitos de lesa humanidad, y en ese contexto, el puntual tipo del genocidio (...).²⁸

26. Considerando 7.5 de la sentencia Hairabedian.

27. *Idem*.

28. *Idem*.

III. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE UN CRIMEN NEGADO Y EL RECONOCIMIENTO DE SUS VÍCTIMAS OCULTADAS

En realidad, la demanda inicial del querellante comprendía múltiples reclamaciones: primero, un esclarecimiento de los hechos en vista del conocimiento de la suerte de las víctimas así como del/de los lugares en los que se encontrarían sus restos, permitiendo entonces un acceso al duelo; seguidamente, la solicitud ante Turquía de todas las informaciones útiles a la persecución de este objetivo, incluido un acceso a los archivos nacionales y una autorización de investigación en suelo turco con miras a la localización de restos humanos; finalmente, el envío por parte de Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania y el Vaticano de sus archivos diplomáticos relativos a la cuestión armenia, así como una copia certificada por la ONU del Informe Whitaker de 1985 sobre la prevención y la represión del crimen de genocidio.²⁹

Tras una primera decisión de inadmisibilidad por defecto de competencia (28 de febrero de 2001), seguida de una desestimación conformemente al requerimiento del ministerio público para la reevaluación del dossier (22 de junio de 2001),³⁰ Gregorio Hairabedian pide un recurso de apelación (3 de julio de 2001) que da lugar a un pronunciamiento en revocatoria de la inadmisibilidad (10 de octubre de 2002).³¹ Los jueces de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires estiman que existe efectivamente una discordancia entre la inadmisibilidad y la pretensión del querellante: se recuerda que éste no intenta acción penal alguna, sino que reclama simplemente medios de investigación y de esclarecimiento de los hechos, lo cual corresponde a su derecho –y al de la sociedad– a la verdad, fuera del marco de cualquier cuestión de competencia territorial en materia penal. Llegado a este punto el ministerio público considera no tener papel que jugar en este caso y se retira.

El juicio por la verdad propiamente dicho se inicia entonces el 23 de octubre de 2002, fecha en la cual el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5 acepta dar curso a cada una de las reclamaciones del querellante.³² Para ello, esta jurisdicción comienza por recordar la decisión del Tribunal Permanente de los

29. *Revised and updated report on the question of the prevention and punishment of the crime of genocide*, Informe preparado por B. Whitaker, Comisión del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de la Discriminación y la Protección de la Minorías, Trigésimo octava sesión, ítem 4 de la agenda provisional, E/CN.4/Sub.2/1985/6 (2 de julio de 1985).

30. *Cf.* considerando 2.1 de la sentencia Hairabedian.

31. *Ibid.* considerando 2.2.

32. La decisión completa del 23 de octubre de 2002 se encuentra disponible en la siguiente dirección: [http://www.genocidios.org/resoluciones_fundacion-luisa-hairabedian_area-juridica-631372852507.htm].

Pueblos (abril 1984) sobre el genocidio armenio, precisando que la función de éste último es consultiva y que su «sentencia» es una «expresión ética» (sin por supuesto desprestigiar el valor de sus conclusiones).³³ Ella reafirma seguidamente el hecho de que se trate acá de un juicio por la verdad (y no de un juicio penal *strictu sensu*, para la realización del cual Argentina no dispondría de la competencia territorial en el sentido del artículo 1 de su Código Penal), el fundamento del cual reposa especialmente en los artículos 75, inc. 22, 14, 33 y 43 de la Constitución Argentina, así como en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (en particular su artículo 19, inc. 2 sobre la libertad de expresión). Y ella misma constata finalmente que:

(...) la pretensión intentada debería llevarse a cabo dentro de la estructura jurídica del estado de Turquía, o bien –atendiendo a la sistemática negativa de ese estado de los hechos denunciados– ante organismos internacionales competentes, con jurisdicción y cuyas decisiones u observaciones sean obligatorias para el estado turco y aún para la comunidad internacional. No obstante lo dicho, a fin de dar adecuada respuesta –dentro de los límites señalados– a la justa pretensión del querellante, y para que el denominado ‘derecho a la verdad’ no quede plasmado como una mera fórmula ritual vacía de contenido, estimo que corresponde –al menos– intentar lograr aquello que el peticionante pretende, razón por la cual se hará lugar a las medidas solicitadas.

En consecuencia, el Juzgado N° 5 ordena a la Cancillería proceder a la transmisión de exhortos internacionales ante un cierto número de Estados.³⁴ La mayoría de los que respondieron a esos requerimientos rechazó enviar a la Cancillería documento alguno, bajo el argumento de la ausencia de obligación de cooperación

33. “(...) es conveniente aclarar que la función de un Tribunal como el citado, no se identifica con la de un Tribunal jurisdiccional instituido por los Estados por el derecho internacional, sino que constituye un organismo de consulta y que su conclusión en forma de ‘sentencia’ es más bien una ‘expresión ética’ – como la misma publicación aportada califica. Lo dicho no desmerece en modo alguno sus conclusiones pero es conveniente recordarlo a fin de poner en su justa medida el valor del documento”. El Tribunal Permanente de los Pueblos (TPP) es un tribunal de opinión fundado el 24 de junio de 1979 en Bolonia. Su sentencia relativa al genocidio armenio (reproducida en la decisión argentina del 23 de octubre de 2002) se produjo en ocasión de su undécima sesión, que tuvo lugar en La Sorbona (París) entre el 13 y el 16 de abril de 1984.

34. Esto es (aparte de Turquía, Gran Bretaña, Estados Unidos, Alemania, el Vaticano y la ONU): Francia, Bélgica, Armenia, Grecia, Siria, el Líbano, Egipto, Jordania, Irán y Palestina. Otros requerimientos fueron igualmente enviados al Comité de la Cruz Roja y a la Iglesia Apostólica Armenia. La relación completa de los exhortos internacionales, su contenido y las respuestas recibida en este caso se encuentran en el considerando 3.1 de la sentencia Hairabedian (o acá mismo: [http://www.genocidios.org/exhortos_fundacion-luisa-hairabedian_area-juridica-631371852507.htm]).

en la materia, dado el carácter no estrictamente penal del procedimiento en curso.³⁵ Alemania, Bélgica y el Vaticano subrayaron no obstante que sus archivos eran públicos y que serían puestos a disposición del querellante *in situ*. En cuanto a Armenia, quiso precisar que la documentación que poseía no contenía información alguna relativa a la familia del demandante, y envió un CD-ROM conteniendo doce mil documentos sobre el genocidio de 1915. La ONU, finalmente, envió la copia certificada conforme del Informe Whitaker que se le había requerido.

En definitiva se trata de un grupo de trabajo, puesto en marcha por el querellante y constituido por historiadores y juristas, el que se encargará de la minuciosa colección de documentos no transmitidos por los diversos gobiernos solicitados, sin amparo en el marco legal ofrecido por la cooperación interestatal en materia penal. Entre 2004 y 2010, se llevaron a cabo investigaciones en Estados Unidos, en Francia, en Alemania,³⁶ en Inglaterra, en el Vaticano, en Bélgica, en Armenia y en Jerusalén para la constitución de lo que será el «corpus de las pruebas»: la recopilación de pruebas documentales (documentos originales), junto a su traducción jurada legalizada, todo presentado en tiempo y forma ante el Juzgado N° 5 como complemento de los documentos enviados por Francia, Armenia, la ONU y las Iglesias Armenias Apostólica, Evangélica y Católica de Argentina,³⁷ tanto como de testimonios escritos y orales.³⁸ Así el relato judicial será elaborado en derredor de tres ejes principales (a saber: la prueba documental, el archivo y el testimonio), examinados a la luz de las obligaciones probatorias habituales.³⁹ No resulta baladí que ese cor-

35. En particular Turquía, Gran Bretaña, Estados Unidos, Alemania y Francia (la cual envía sin embargo una copia certificada conforme de la sentencia del Tribunal Permanente de los Pueblos antes citado).

36. Merece la pena notar que los archivos alemanes son particularmente ricos e interesantes dado que Alemania era la aliada del Imperio Otomano. Sobre este tema: DADRIAN, V., *German Responsibility in the Armenian Genocide. A Review of the Historical Evidence of German Complicity*, Cambridge, Blue Crane Books, 1996, así como el documental *Aghet* del director alemán Eric Friedler (2010).

37. Cada Iglesia envió al querellante informes detallados acerca de los religiosos asesinados durante el genocidio armenio. Por otra parte, la Iglesia Apostólica acreditó su imposibilidad de informar al querellante sobre el destino de su familia, por la ausencia de documentos de esa suerte.

38. Se encuentran efectivamente representados en el Tribunal: por una parte el trabajo historiográfico elaborado por el Programa de Historia Oral de la Universidad de Buenos Aires (en particular por el equipo de historiadores que trabajan sobre la temática del exilio político, bajo la dirección de Alejandro Schneider y de Juan Pablo Artinian: cf. SCHNEIDER, A. y ARTINIAN, J. P. (dir.), *Las voces de los Sobrevivientes. Testimonios sobre el Genocidio Armenio*, Buenos Aires, Editorial El Colectivo, 2008); por otra parte, siete testimonios (sobrevivientes directos del genocidio o hijos de sobrevivientes) que prestaron declaración ante el Tribunal entre 2009 y 2010: los señores. Garabed Topalian, Antranik Arslanian, Bautista Kuyumdjian, Haig Lomlomdjan, y las señoras Margarita Margosian, Makrui Eulmezekian y Siran Badanian de Zoryan.

39. Para una lista completa y detallada, ver los considerando 3 (pruebas documentales, archivos) y considerando 4 (testimonios) de la sentencia Hairabedian.

pus se encuentre compuesto de documentos y de testimonios recogidos, recopilados y examinados *fuera de* Turquía –primeras huellas borradas por el Estado-verdugo en cada contexto de crímenes de masa–. Recordemos con respecto a esto que los dos últimos informes del Alto Comisariado de Naciones Unidas de Derechos Humanos sobre el derecho a la verdad se encuentran exclusivamente enfocados en la importancia de la protección de los archivos, de los documentos y de los testigos en materia de investigación y/o de diligencias de violaciones graves o flagrantes contra los Derechos Humanos.⁴⁰

En su decisión del primero de abril de 2011, el Juzgado N° 5 efectúa una contextualización histórica de los hechos que se tratan en el caso⁴¹ antes de proceder a desarrollos jurídicos sobre el concepto de genocidio.⁴² Seguidamente certifica la autenticidad del *corpus* de pruebas, las cuales permiten, según admite el propio tribunal, concluir en la veracidad de los hechos y en la realización del dolo especial constitutivo del crimen de genocidio.⁴³ La sentencia final comprende: la calificación de “genocidio”,⁴⁴ el reconocimiento del estatus de “víctima” para la familia de Gregorio Hairabedian⁴⁵ y la puesta a disposición de esta «resolución declarativa» con un objetivo de «comunicación, publicación, utilización con fines educativos, y/o presentación ante organismos nacionales, supranacionales y/o toda otra gestión

40. A/HRC/12/19 (21 de agosto de 2009) y A/HRC/15/33 (28 de julio de 2010). Ver también la resolución del Consejo de los Derechos Humanos sobre el derecho a la verdad: Res. 21/7, 10 de octubre de 2012, § 11.

41. En el considerando 6 de la sentencia Hairabedian: «El territorio armenio» (considerando 6.1); «El primer genocidio (1894-1896)» (considerando 6.2); «El Panturquismo y la Revolución de los Jóvenes Turcos» (considerando 6.3); «Los “paramilitares” jóvenes turcos» (considerando 6.4).

42. En el considerando 7 de la sentencia Hairabedian: «La previsión legal» (considerando 7.1); «La gravedad de su significado» (considerando 7.2); «Su distinción ontológica. Los crímenes contra la humanidad» (considerando 7.3); «La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en materia de Genocidio» (considerando 7.4); «Los fundamentos de la Querrela. La asunción de los mismos por el propio Tribunal» (considerando 7.5); «La Ley 26.199. Su significación» (considerando 7.6). Acerca de la Ley 26.199, cf. *supra* nota 20.

43. “La indubitable condición, extrínseca e intrínseca, de los documentos conculcados, excluye de toda cuestión la veracidad de sus contenidos y, a la luz de los mismos, deja expuesto con claridad, el dolo especial existente en las matanzas corroboradas, que se traduce en el fin exterminador del Pueblo Armenio por parte de las autoridades del Estado Turco, y puntualmente el Gobierno de los denominados ‘Jóvenes Turcos’” (considerando 7.5).

44. “(...) que en las condiciones y con los propósitos señalados, el Estado Turco **HA COMETIDO DELITO DE GENOCIDIO** en perjuicio del Pueblo Armenio, en el período comprendido entre los años 1915 y 1923” (*sic*).

45. “(...) se ha comprobado con idéntico rigor probatorio, la preexistencia y el carácter de víctimas de las familias paterna y materna de Gregorio Hairabedián, integrantes de Pueblo Armenio residente en el territorio del Imperio Otomano, y luego Estado de Turquía” (*sic*).

nacional o internacional, inherente a la publicidad de los hechos comprobados y de los fines reivindicativos del pueblo armenio».

La garantía del derecho a la verdad, inicialmente creado para tapar una *carencia*, constituye un desafío, una resistencia a la desaparición. El aporte fuera de lo común de la práctica argentina de los juicios por la verdad nutre como mínimo la reflexión acerca de los modelos alternativos (no punitivos) del tratamiento de los crímenes de masa a menudo problemático, frente a ciertos límites (incluso aporías) de la justicia penal nacional y/o internacional en la materia. Esta práctica *sui generis* ofrece —como lo hacen en regla general los mecanismos de justicia denominada “restaurativa” o “reparadora”— un lugar privilegiado para las víctimas, las cuales retoman el timón del procedimiento cuestionando a la pasada el papel del juez, del Estado y (más globalmente) el de la justicia penal retributiva. En realidad, de la misma manera que los procedimientos de «reparación de crímenes de la Historia» de los que nos habla Robert Roth, los juicios por la verdad podrían ser vistos como «un retorno a las fuentes del Derecho Penal, el retorno hacia una identidad original en el seno de la cual se hallan la acusación pública y la preeminencia del castigo por sobre la reparación apareciendo como accidentes de la Historia».⁴⁶

Fin en sí mismo, etapa o último recurso, ese modelo alternativo de Justicia se encuentra construido alrededor de la misión clave de conocimiento/reconocimiento del hecho criminal y de sus víctimas/testigos: su particularidad es la de obtener a la vez las ventajas del proceso penal (investigación y calificación jurídica públicamente labrada por la autoridad judicial)⁴⁷ y de las Comisiones para la Verdad y la Reconciliación (CVR) («simbolismo positivo» centrado en la reconstrucción de un pasado criminal para la paz social),⁴⁸ dos instituciones de las que los juicios por la verdad resultan un raro cruce desprovisto del fin represivo de la una o del «costo moral»⁴⁹ de la otra. Además reaviva de manera aguda la compleja cuestión de la

46. ROTH, R., “Le juge et l’histoire”, en BOISSON DE CHAZOURNES, L., QUEGUINER, J. F. y VILLALPANDO, S. (dir.), *op. cit.*, p. 11 («(...) un retour aux sources d’un droit pénal, le retour vers une identité originelle au creux de laquelle ce sont l’accusation publique et la prééminence de la punition sur la réparation qui apparaissent comme des accidents de l’histoire »).

47. Acerca de la calificación por parte del juez penal (entendida como *reconocimiento*) del hecho criminal y de la figura de la víctima, cuya especificidad y alcance resultan únicas: PARADELLE, M., “L’émergence de la figure de la victime par la reconnaissance judiciaire du crime: le jugement pour déconstruire le *pseudo* de l’idéologie génocidaire”, en SAGARRA, C. y LEMAIRE, J. (dir.), *Génocide: les figures de la victime*, Bruxelles, La Pensée et les Hommes, 2012, pp. 15-31.

48. Ver el trabajo de Franck Haldemann acerca de la cuestión del « simbolismo positivo » en el modelo de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica, en particular: HALDEMANN, F., “Drawing the Line: Amnesty, Truth Commissions and Collective Denial”, en LETSCHERT, R., HAVEMAN, R., DE BROUWER, A. M. y PEMBERTON, A. (dir.), *Victimological Approaches to International Crimes: Africa*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2011, pp. 265-287.

49. *Ibid.*, p. 285 ss, en las que el autor designa así el efecto surgido de tres principales aspectos críticos

función memorial del Derecho, y permite por ello (re)pensar las estrechas relaciones (a veces conflictuales), que mantienen Derecho/Verdad/Historia/Memoria en el contexto de los ricos debates relativos al tratamiento jurídico de los crímenes de Estado. Deseamos subrayar con respecto a esto que el derecho a la verdad y los juicios por la verdad nacen precisamente en los años noventa, es decir, en una época profundamente marcada por otra parte por la abundancia de trabajos teóricos, así como de realizaciones concretas en materia de «lucha contra la impunidad»,⁵⁰ de justicia penal internacional y de justicia transicional,⁵¹ de «deber de memoria»⁵² (*devoir de mémoire*), o aún de combate contra el negacionismo⁵³ –tantos y tantos elementos que portan, todos, la problemática del Derecho como *otro* marco social de una memoria colectiva en su seno–.⁵⁴

En resumen, el “*tuvo lugar*” del juez en un juicio por la verdad (igual que también el de los tribunales de opinión o el de legisladores en adopción de leyes denominadas memoriales) responde al “*nunca ocurrió*” de un Estado que amnistía o que niega –remediando mal que bien al borrado que emplaza a la creación de mecanismos judiciales alternativos de certificación del hecho criminal y de consagración de sus víctimas/testigos olvidados–. Hallamos ahí un eco del enfoque de aquellos

del modelo de la comisión en cuestión: la ausencia de acciones civiles de reparación a las víctimas; la amnistía otorgada al criminal a cambio de su declaración y de su confesión pública; la conminación del perdón.

50. Ver *Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)*, Informe Louis Joinet para la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 octubre 1997, y el *Updated set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity*, Informe Diane Orentlicher para la Comisión de Derechos Humanos (actualización del Informe Joinet), UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1.

51. Cf. especialmente OSIEL, M., *Mass Atrocity, Collective Memory & the Law*, New Brunswick, New Jersey, Transaction Publishers, 1997.

52. Por ejemplo en Francia, sobre el surgimiento de esta fórmula y de sus función: LEDOUX, S., “Ecrire une histoire du ‘devoir de mémoire’”, en *Le Débat*, N° 170, Paris, Gallimard, mai-août 2012, pp. 175-185 y RIOUX, J. P., “Les avatars du ‘devoir de mémoire’”, *Ibid.*, pp. 186-192.

53. También ahí, ver por ejemplo en Francia la adopción en 1990 de la Ley Gayssot que penaliza la negación de la Shoah, seguida más recientemente de importantes debates acerca de la penalización del negacionismo a nivel europeo. Para saber más, ver especialmente GARIBIAN, S., “Pour une lecture juridique des quatre lois ‘mémoires’”, en *Esprit*, Paris, Editions Esprit, février 2006, pp. 158-173, y “Taking Denial Seriously: Genocide Denial and Freedom of Speech in the French Law”, en *The Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 9, N° 2, New York, Benjamin N. Cardozo School of Law, 2008, pp. 479-488, o también “La mémoire est-elle soluble dans le droit? Des incertitudes nées de la décision N° 2012-647 DC du Conseil constitutionnel français”, en *Droit et Cultures*, Vol. 66, N° 2, Paris, L’Harmattan, 2013, pp. 25-56 ; así como HENNEBEL, L. y HOCHMANN, T. (dir.), *Genocide Denials and the Law*, New York, Oxford University Press, 2011.

54. En el sentido de HALBWACHS, M., *Les cadres sociaux de la mémoire*, Paris, Albin Michel, 1994 (1925) y *La mémoire collective*, Paris, Albin Michel, 1997 (1950).

juristas, filósofos o historiadores que aprehenden el juicio como un acceso directo a un «reconocimiento» por la certificación y el testimonio;⁵⁵ o como un lugar de «experimentación historiográfica»⁵⁶ (*expérimentation historiographique*) que permite «acceder a la existencia de hombres y mujeres ignorados por una historiografía tradicional, para la cual durante largo tiempo no hubo sino individuos cuya historia se mezclaba con la gesta de los Estados».⁵⁷

BIBLIOGRAFÍA

Leyes

Ley francesa N° 90-615 del 13 de julio de 1990 (Ley *Gayssot*).

Ley francesa N° 2001-70 del 29 de enero de 2001.

Ley Nacional 26.199 del 13 de diciembre de 2006.

Jurisprudencia

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5, caso N° 2.610/2001, 1 de abril de 2011 (caso *Hairabedian*).

Tratados

Tratado de Sèvres del 10 de agosto de 1920.

Tratado de Lausana del 24 de julio de 1923.

Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas del 20 de diciembre de 2006.

55. Cf., por ejemplo, RICOEUR, P., *op. cit.*, o también GARAPON, A., “La justice comme reconnaissance”, en CASSIN, B., CAYLA, O. y SALAZAR, Ph. J. (dir.), *Vérité, réconciliation, réparation*, Paris, Seuil, 2004, pp. 181-203.

56. GINZBURG, C., *Le juge et l'historien...*, *op. cit.*, p. 24.

57. GINZBURG, C., *Un seul témoin*, Paris, Bayard, 2007, p. 7 (« (...) d'accéder à l'existence d'hommes et de femmes ignorés par une historiographie traditionnelle, pour laquelle il n'y eut longtemps d'individus que ceux dont l'histoire se confondait avec la geste des Etats »).

Informes

Revised and updated report on the question of the prevention and punishment of the crime of genocide, Informe preparado por B. Whitaker, Comisión del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de la Discriminación y la Protección de la Minorías, Trigésimo octava sesión, ítem 4 de la agenda provisional, E/CN.4/Sub.2/1985/6 (2 de julio de 1985).

Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political), Informe Louis Joinet para la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 octubre 1997.

Updated set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity, Informe Diane Orentlicher para la Comisión de Derechos Humanos (actualización del Informe Joinet), UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1.

Informes del Alto Comisariado de Naciones Unidas de Derechos Humanos sobre el derecho a la verdad: A/HRC/12/19 (21 de agosto de 2009) y A/HRC/15/33 (28 de julio de 2010).

Obras

CAYLA, Olivier, “La qualification. Ouverture: la qualification ou la vérité du droit”, en *Droits*, n° 18, Paris, PUF, 1993, pp. 3-18.

DADRIAN, Vahakn, *Autopsie du génocide arménien* (trad. Marc y Mikaël Nishanian), Bruselas, Complexe, 1995.

DADRIAN, Vahakn, *German Responsibility in the Armenian Genocide. A Review of the Historical Evidence of German Complicity*, Cambridge, Blue Crane Books, 1996.

DADRIAN, Vahakn y AKCAM, Taner, *Judgment at Istanbul, The Armenian Genocide Trials*, New York, Oxford, Berghahn Books, 2011.

DEOTTE, Jean-Louis, “Les paradoxes de l’événement d’une disparition”, en COQUIO, Catherine (dir.), *L’Histoire trouée. Négation et témoignage*, Nantes, L’Atalante, 2003, pp. 557-566.

GARAPON, Antoine, “La justice comme reconnaissance”, en CASSIN, Barbara, CAYLA, Olivier y SALAZAR, Philippe-Joseph (dir.), *Vérité, réconciliation, réparation*, Paris, Seuil, 2004, pp. 181-203.

GAREAU, Jean-François, “Insoutenable imprescriptibilité à la lettre: note sur l’interaction du temps, du droit et du symbole dans la problématique de la réparation des crimes de l’Histoire”, en BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, QUEGUINER, Jean-François y VILLALPANDO, Santiago (dir.), *Crimes de l’Histoire*

- et réparations: les réponses du droit et de la justice*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 25-38.
- GARIBIAN, Sévane, “Pour une lecture juridique des quatre lois ‘mémorielles’”, en *Esprit*, Paris, Editions Esprit, février 2006, pp. 158-173.
- , “Taking Denial Seriously: Genocide Denial and Freedom of Speech in the French Law”, en *The Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 9, N° 2, New York, Benjamin N. Cardozo School of Law, 2008, pp. 479-488.
- , *Le concept de crime contre l’humanité au regard des principes fondateurs de l’Etat moderne. Naissance et consécration d’un concept*, Genève, Paris, Bruxelles, Schulthess, LGDJ, Bruylant, 2009.
- , “Derecho a la verdad. El caso argentino”, en RIPOL CARULLA, Santiago y VILLAN DURAN, Carlos (dir.), *Justicia de transición. El caso de España*, Barcelona, Institut Català Internacional per la Pau (ICIP), col. Resultats de Recerca, 2012, pp. 51-63 (accessible en formato digital en [www.icip.cat]).
- , “La mémoire est-elle soluble dans le droit? Des incertitudes nées de la décision N° 2012-647 DC du Conseil constitutionnel français”, en *Droit et Cultures*, Vol. 66, N° 2, Paris, L’Harmattan, 2013, pp. 25-56.
- , “Buscar a los muertos entre los vivos: dar cuerpo a los desaparecidos de la dictadura argentina por el Derecho”, en ANSTETT, Elisabeth, DREYFUS, Jean-Marc y GARIBIAN, Sévane (dir.), *Cadáveres impensables, cadáveres impensados. El tratamiento de los cuerpos en las violencias de masa y los genocidios*, Buenos Aires, Miño y Davila, 2013, pp. 29-39.
- , “Ghosts Also Die. Resisting Disappearance Through the ‘Right to the Truth’ and the *Juicios por la verdad* in Argentina”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, N° 3, 2014, pp. 515- 538.
- GINZBURG, Carlo, *Le juge et l’historien. Considérations en marge du procès Sofri*, Paris, Verdier, 1998.
- , *Un seul témoin*, Paris, Bayard, 2007.
- HALBWACHS, Maurice, *Les cadres sociaux de la mémoire*, Paris, Albin Michel, 1994 (1925).
- HALBWACHS, Maurice, *La mémoire collective*, Paris, Albin Michel, 1997 (1950).
- HALDEMANN, Frank, “Drawing the Line: Amnesty, Truth Commissions and Collective Denial”, en LETSCHERT, Rianne, HAVEMAN, Roelof, DE BROUWER, Anne-Marie y PEMBERTON, Antony (dir.), *Victimological Approaches to International Crimes: Africa*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2011, pp. 265-287.
- HENNEBEL, Ludovic y HOCHMANN, Thomas (dir.), *Genocide Denials and the Law*, New York, Oxford University Press, 2011.
- JOINET, Louis (dir.), *Lutter contre l’impunité*, Paris, La Découverte, 2002.
- KEVORKIAN, Raymond, “La Turquie face à ses responsabilités. Le procès des criminels Jeunes-Turcs (1918-1920)”, en *Revue d’histoire de la Shoah*, N° 177-178, Paris, Les Editions du Mémorial, 2003, pp. 166-205.

- LEDoux, Sébastien, “Ecrire une histoire du ‘devoir de mémoire’”, en *Le Débat*, N° 170, Paris, Gallimard, mai-août 2012, pp. 175-185.
- LEFRANC, Sandrine, “L’Argentine contre ses généraux: un charivari judiciaire ?”, en *Critique internationale*, N° 26, Paris, Presses de Science Po, janvier 2005, pp. 23-34.
- MARTIN, Jean-Clément, “La démarche historique face à la vérité judiciaire. Juges et historiens”, en *Droit et Société*, n° 38, Paris, Editions juridiques associées, 1998, pp. 13-20.
- MOOR, Pierre, *Dynamique du système juridique. Une théorie générale du droit*, Genève, Paris, Bruxelles, Schulthess, LGDJ, Bruylant, 2010.
- NAHOUM-GRAPPE, Véronique, “Vertige de l’impunité ou l’impasse du rêve de justice”, en BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, QUEGUINER, Jean-François y VILLALPANDO, Santiago (dir.), *Crimes de l’Histoire et réparations: les réponses du droit et de la justice*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 13-23.
- NICHANIAN, Marc, “Le droit et le fait: la campagne de 1994”, en *Lignes*, N° 26, Fécamp, Les Editions Lignes, octobre 1995, pp. 74-92.
- , *La perversion historiographique. Une réflexion arménienne*, Paris, Lignes, 2006.
- OSIEL, Mark, *Mass Atrocity, Collective Memory & the Law*, New Brunswick, New Jersey, Transaction Publishers, 1997.
- PARADELLE, Murielle, “L’émergence de la figure de la victime par la reconnaissance judiciaire du crime: le jugement pour déconstruire le *pseudo* de l’idéologie génocidaire”, en SAGARRA, Catalina y LEMAIRE, Jacques (dir.), *Génocide: les figures de la victime*, Bruxelles, La Pensée et les Hommes, 2012, pp. 15-31.
- PASTORIZA, Lila, “Hablar de memorias en Argentina”, en VINEYES, Ricard (ed.), *El Estado y la Memoria*, Barcelona, RBA, 2009, pp. 291-329.
- PIRALIAN, Hélène, *Génocide et Transmission*, Paris, L’Harmattan, 1994.
- PROST, Antoine, *Douze leçons sur l’histoire*, Paris, Seuil, 1996.
- RICOEUR, Paul, *La mémoire, l’histoire, l’oubli*, Paris, Editions du Seuil, 2000.
- RIoux, Jean-Pierre, “Les avatars du ‘devoir de mémoire’”, en *Le Débat*, N° 170, Paris, Gallimard, mai-août 2012, pp. 186-192.
- ROTH, Robert, “Le juge et l’histoire”, en BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, QUEGUINER, Jean-François y VILLALPANDO, Santiago (dir.), *Crimes de l’Histoire et réparations: les réponses du droit et de la justice*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 3-11.
- SCHNEIDER, Alejandro y ARTINIAN, Juan P. (dir.), *Las voces de los Sobrevivientes. Testimonios sobre el Genocidio Armenio*, Buenos Aires, Editorial El Colectivo, 2008.
- TEVANIAN, Pierre, “Le génocide arménien et l’enjeu de sa qualification (réflexions sur l’affaire Veinstein)”, en BROSSAT, Alain y DEOTTE, Jean-Louis (dir.), *La mort dissoute. Disparition et spectralité*, Paris, L’Harmattan, 2002, pp. 29-56.

THOMAS, Yan, “La vérité, le temps, le juge et l’historien”, en *Le Débat*, N° 102, Paris, Gallimard, 1998, pp. 17-36.

TOROK, Maria y ABRAHAM, Nicolas, *L’Ecorce et le Noyau*, Paris, Aubier-Montaigne, 1978.

VEYNE, Paul, *Comment on écrit l’Histoire*, Paris, Editions du Seuil, 1971.



ENTREVISTAS



ENTREVISTA A ANTONY DUFF*

TRADUCCIÓN: ANTONELLA DI MARCO**

LyE: —*¿Cómo empezó a trabajar en el ámbito de la filosofía del castigo?*

Antony Duff: —En cierto modo, me fui dejando llevar poco a poco. Inicialmente, me formé en clásicos, en griego y latín y filosofía y pensé en hacer un posgrado en filosofía moral; así, el pensar en la responsabilidad me llevó un poco hacia el derecho penal. Además, fui a algunas clases que H. L. A Hart, quien luego se convirtió en el eminente filósofo del derecho, dio en Oxford. Él parecía interesante y más, no diría aburrido exactamente, pero sí menos comprometido, con la teoría moral puramente abstracta.

De esta manera, el derecho penal parecía un tipo de filosofía más seriamente aplicada para estudiar, así que de nuevo, volví a pensar en el derecho penal y en el castigo, especialmente. De modo que no hubo un arrebató de iluminación, me fui dejando llevar gradualmente hacia esa área y escribí un poco sobre el tema. Luego, descubrí que disfrutaba leer derecho, leer causas, disfrutaba leer derecho penal; era interesante. Así que al fin, hice más y más de eso, pero no hubo algo como una conversión inmediata hacia este tema.

LyE: —*¿Cuáles piensa que son sus principales aportes a la teoría del derecho penal?*

Antony Duff: —Con respecto al castigo penal, estuve desarrollando una teoría de la comunicación de acuerdo con la cual la finalidad principal del castigo es convertirse en un proceso bidireccional de comunicación entre la comunidad y el

* Antony Duff es experto en filosofía del derecho penal y especialista en fundamentos de la pena y de la responsabilidad penal. Es profesor de la Universidad de Minnesota (Estados Unidos) y profesor emérito de la Universidad de Stirling (Escocia), es fundador y co-editor de *Criminal Law and Philosophy*, co-director del Robina Institute for Criminal Law and Criminal Justice y miembro asociado del Scottish Consortium on Crime and Criminal Justice. Ha publicado, entre otros libros, *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and Criminal Law*; *Criminal Attempts*; *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*; y *The Trial on Trial*.

Entrevista realizada el 19 de junio de 2014 por los integrantes del Consejo de Redacción de la Revista *Lecciones y Ensayos*: Alejandro Fernández, Patricio Enrique Kenny, Francisco Sáez Zamora y María Julieta Sarmiento. Agradecemos la colaboración en la confección de las preguntas a Ezequiel Horacio Monti.

** Estudiante de Traductorado Público (UBA).

delincuente: una comunicación de censura y de entendimiento de la ilicitud del delito, de la comunidad hacia el delincuente; y, a cambio, una comunicación formal de disculpa y reparación, del delincuente hacia la comunidad. También trabajé mucho sobre los principios generales de la responsabilidad penal: por ejemplo, sobre la significación (y significado) de la intención e imprudencia en el derecho penal y sobre hasta qué punto la responsabilidad debería ser construida en términos “subjetivistas” u “objetivistas”.

Más recientemente, estuve desarrollando una explicación relacional más explícita de la responsabilidad penal, como una respuesta por la conducta de alguien hacia quienes tienen legitimación para llamarlo a responder: esto hace que el proceso penal, como proceso de rendición de cuentas, sea más importante de lo que es para muchos teóricos, y también nos hace pensar sobre los tipos de relaciones (relaciones políticas, ya que el derecho penal es una institución política) que deben establecerse para que el derecho penal sea legítimo. Actualmente, también estoy trabajando en el problema de la criminalización: ¿qué tipo de principios o reflexiones deberían guiar las decisiones sobre qué conductas penalizar? Parte de mi tesis, la cual pretendo desarrollar en mi próximo libro, es que las teorías del derecho penal y de la criminalización con frecuencia comienzan en el lugar equivocado. Se preguntan directamente qué principios deberían determinar el alcance del derecho penal (¿tenemos, por ejemplo, buenas razones para penalizar todas y sólo las conductas dañosas o todas y sólo las conductas ilícitas?): pero en cambio, deberíamos empezar por preguntarnos sobre la naturaleza de la comunidad política a la cual pertenecerá este derecho penal, sobre lo que hay que entender como su labor colectiva (su *res publica*). Una vez que tenemos una descripción de esa *res publica*, del ámbito público de la organización política, podemos comenzar por preguntar qué papel puede desempeñar adecuadamente el derecho penal dentro de ese ámbito como parte del aparato político de la comunidad.

LyE: —¿Cuál es la importancia de la teoría política en el derecho penal?

Antony Duff: —Es crucial. No sé lo suficiente sobre teoría jurídica latinoamericana pero, sin lugar a dudas, por mucho tiempo en Gran Bretaña y Estados Unidos, los filósofos dedicados a la teoría del castigo y del derecho penal se mantuvieron alejados de la teoría política como si ésta fuera innecesaria. De acuerdo con ellos, el castigo podía ser justificado como el ejercicio de la filosofía moral; por ejemplo, lo que es merecido al cometer un hecho ilícito. Pero si entendemos que el castigo, como parte del derecho penal, es una institución política, veremos que si vamos a justificar el derecho penal, necesitamos justificarlo como parte de un aparato político. Entonces, la teoría política nos da una punta sobre toda la empresa que representa el derecho penal como parte del Estado. Ese es el problema general: uno siempre necesita una teoría política que de una punta sobre la teoría penal. En

los últimos años, también he llegado a comprender más claramente la importancia de pensar al derecho penal y al castigo no como estructuras abstractas, sino como instituciones concretas, en las que las personas les hacen algo a otras personas, la gente castiga, imparten derecho y así sucesivamente. Pero siempre necesitamos preguntarnos quién está haciendo qué a quién. Si uno piensa en términos relacionales el derecho siempre es relacional. Los funcionarios, algunos empleados de ciertas instituciones deben hacer algo. ¿Quiénes son los agentes acá?, ¿tienen razón en actuar?, ¿tienen razón en castigar?, ¿tienen razón en procesar a alguien? Y de nuevo, esas preguntas deben ser respondidas en relación con la teoría política y no meramente con teoría moral, porque estamos trabajando sobre una práctica que es política. Tenemos que analizar el sistema político dentro del cual estos funcionarios tienen este poder legítimo de vigilar, procesar, de castigar.

LyE: —*¿Cuáles son los principales problemas del derecho penal hoy en día?*

Antony Duff: —De nuevo, desde mi punto de vista, en la práctica creo que hay tres problemas principales. Uno es simplemente el castigo excesivo. Castigamos muy severamente y de manera muy frecuente. Utilizamos demasiado la cárcel y para encarcelar a muchas personas. Entonces, el problema es cómo castigamos y la dureza del castigo, especialmente en el derecho estadounidense y en el británico también. Tenemos altas tasas de encarcelamiento en comparación con gran parte del resto del mundo. Por lo tanto, uno de los problemas es cómo hacemos para que el impacto del castigo sea más moderado.

El segundo problema se relaciona con el alcance del derecho penal y la tendencia en Gran Bretaña y Estados Unidos de expandirlo continuamente. Si se percibe un problema social, los gobiernos generalmente utilizan el derecho penal para resolverlo. El derecho penal parece ser una manera fácil de mostrar que las cosas se están haciendo de forma seria. Así, los gobiernos dicen: “Sí, usamos el derecho penal para demostrar que los problemas son tomados en serio”. Y pensamos que estamos trabajando con formas eficientes para resolver problemas como el terrorismo. Así, el terrorismo está generando nuevas leyes penales, que tipifican como delitos más y más tipos de conductas. Es decir, que el derecho penal se está expandiendo cada vez más. El problema radica en cómo lograr que su alcance sea más moderado.

El último problema está relacionado con la teoría política y la legitimidad del derecho penal: ¿cómo puede el derecho penal funcionar legítimamente en una sociedad injusta? Vivimos en sociedades que son en varias formas desiguales, en varias formas injustas, muchos de quienes comparecen en juicio como acusados también se han visto perjudicados por diversos tipos de injustas desventajas, ya que pertenecen al grupo de los menos acomodados, la parte menos aventajada de la sociedad. Les hemos negado sus derechos cívicos en relación con la educación, el bienestar, entre otros. Esto plantea una importante pregunta, de nuevo en relación

con la teoría política: ¿Qué podemos hacer con el derecho penal cuando éste requiere una legitimidad dada en un contexto razonablemente justo para poder funcionar? Pareciera como si no pudiéramos simplemente decir: “violaste tu propia ley” a un ciudadano que ha padecido varias injusticias, porque el derecho penal presupone una comunidad política auténtica, en la que las personas son tratadas como iguales. Entonces, el problema es cómo podemos hacer que el derecho penal sea legítimo y cómo podemos reconstruir su autoridad.

LyE: —¿Cuál es su opinión sobre el abolicionismo?

Antony Duff: —Creo que las ideas abolicionistas defendidas por teóricos como Nils Christie y Louk Hulsman son bastante erradas por una cuestión de principios. Parte del problema es que las personas como Christie describen de forma equivocada las sanciones penales y exageran la idea de infligir dolor. Si el castigo sólo se basara en esto, definitivamente me gustaría abolirlo: el mero hecho de causar dolor no tiene ningún papel que desempeñar en un sistema de derecho penal decente. Pero el castigo no debería ser visto en esos términos. El objetivo principal del derecho penal es tomarse en serio ciertos tipos de hechos ilícitos. Una de las preocupaciones de Christie es que no le gusta hablar de hechos ilícitos o de la intervención del Estado. Pero necesitamos tomarlos en serio.

Así que yo diría que, colectivamente, como comunidad, reconozcamos estos tipos de ilícitos como parte de nuestra labor colectiva y como hechos que requieren cierto tipo de respuesta. No son meros daños, no son meros problemas que necesitan ser resueltos, es hacerle un mal al otro. Y la manera de responder a estos hechos ilícitos es tratando de llamar a quien los comete a responder, y eso es lo que hace el derecho penal: llama a responder por lo que se le ha hecho a los ciudadanos lesionados. Y a eso debería referirse el proceso penal. El castigo tiene un papel que desempeñar, un modesto papel, como parte de este sistema. Pero el castigo no es simplemente cuestión de hacer sufrir a alguien, de infligir dolor: es cuestión de dejar en claro la naturaleza del ilícito y por qué es importante.

En cierta forma, el abolicionismo es fuertemente motivado por un adecuado tipo de preocupación, la indignación por la manera en la que en realidad tratamos a los delincuentes. Si uno visita alguna de las cárceles estadounidenses, verá cuanta falta de humanidad hay y te hace pensar “esa no es manera de tratar a un ser humano”. En tal grado el abolicionismo se centra en lo que sucede realmente en la práctica, que podemos estar de acuerdo en que eso es lo que debería ser abolido. Pero no deberíamos entonces decir que tenemos que abolir el derecho penal o el castigo, deberíamos decir que tenemos que reformar la pena para que el derecho penal se convierta en lo debería ser. Creo que deberíamos tomarnos en serio, de forma colectiva y desde el punto de vista de la estructura política, el reconocer e identificar a los hechos ilícitos como ciertos tipos de males que nos conciernen a todos. El derecho

penal tiene esa función. Por lo tanto, estoy totalmente a favor de una reforma radical y también de lograr que el derecho penal tenga un alcance e impacto más modesto, pero no de la abolición.

Y lo mismo sucede con respecto al encarcelamiento. De nuevo, estoy seguro de que encarcelamos a demasiadas personas por demasiado tiempo, y de nuevo, sin lugar a dudas ese es el caso de Gran Bretaña y Estados Unidos. Pero la cárcel debería ser un lugar para los delitos más serios y por un período limitado. Porque es una manera de dejar en claro, simbólicamente, que este tipo de delito es tan serio que socava la posibilidad de comunidad. Lo que sea que uno haya hecho, por ejemplo un asesinato, el delito que uno haya cometido, no se puede vivir con esa persona como si todo estuviera bien. Hay un tiempo para ser recluso, pero sólo por un tiempo y bajo ciertas condiciones. Entonces, de nuevo, diría que debemos limitar el uso de las cárceles, reformarlas, pero no abolirlas.

LyE: —*¿Cuál cree que es la relación actual entre la democracia y el sistema de justicia penal?*

Antony Duff: —Un punto de vista popular entre los teóricos es que la democracia es peligrosa para el derecho penal, porque creen que si uno apela al populismo, si uno fortalece demasiado la democracia, si la gente gana mucho poder, serán demasiado punitivos o, incluso, más duros.

Por lo tanto, muchas teorías desconfían de la democracia y reservan la política penal para grupos de especialistas que puedan hacer lo esencial y ser racionales. Creo que esa es una visión muy pesimista. Un hecho interesante, a partir de la evidencia que he visto en Gran Bretaña y Estados Unidos, es que si uno hace encuestas de opinión sobre el castigo y pregunta, por ejemplo: “¿Pensás que deberíamos volver a adoptar la pena de muerte?”, responderían “Sí, el castigo debe ser muy severo”. Generalmente, ésta es la respuesta a un delito particularmente horrible incentivada por la prensa popular. Así que la respuesta inmediata es, con frecuencia, muy punitiva...

Discutamos realmente esta situación. Sentémonos y hablemos realmente del asunto. Acá hay algo de información sobre el delito, el delincuente, el castigo, etcétera: cuanto uno más delibera, cuanto uno más habla, las personas serán más moderadas y modestas en sus puntos de vista sobre el castigo. Si uno ve a la democracia como algo más que sólo ir a votar cada un par de años o cuando hay un referéndum, si uno ve la democracia como un debate, un auténtico debate público sobre políticas públicas, podemos esperar ver surgir un tipo de política democrática auténtica que sea sensata, humana y racional. Así que espero que, al promover la democracia, ésta pueda generar un tipo apropiado de derecho penal. Es una esperanza más que una firme expectativa.

Creo que si nos tomamos en serio la democracia, entonces el derecho penal debe ser algo que podamos ver como nuestro derecho penal, normas hechas por nosotros y por medio de las cuales nos obligamos. Eso es lo que el derecho penal debe proponerse lograr, aunque con frecuencia no se logra. Pero ese tiene que ser el objetivo. Es cuestión de encontrar los tipos de procesos políticos que puedan hacerlo posible.

LyE: —*¿Hay nuevas formas de castigo que se correspondan más con su perspectiva del derecho penal?*

Antony Duff: —No muy recientes. Hay formas, que con certeza existen, pero no han sido lo suficientemente utilizadas. Estoy a favor de las alternativas que puedan ser más productivas, más plausibles.

En primer lugar, la libertad condicional, que en Gran Bretaña es formalmente un castigo más que otra cosa. La libertad condicional supone, como mínimo, que uno deba presentarse regularmente, quizás una vez por semana, ante el funcionario encargado de vigilar a las personas en libertad condicional, y una evaluación de su progreso. Se le puede llegar a exigir al delincuente que asista a algún programa, por ejemplo para enfrentar problemas con las drogas o con el alcohol. Es una forma constructiva de abordar la comisión de un hecho ilícito, pero es sólo una de las maneras. La libertad condicional puede ser una manera de abordar, y así reparar parcialmente, el mal ocasionado. Ese es uno de los modelos.

El otro tipo de castigo es el llamado “servicio comunitario”. El mismo es ordenado por el juez en su sentencia: se le exige al delincuente que cumpla con una determinada cantidad de horas de trabajo no remunerado en un proyecto específico. El proyecto debe ser diseñado para beneficiar a la comunidad dependiendo de las habilidades de uno, como juntar la basura o arreglar casas.

En ambos casos, la libertad condicional y el servicio comunitario, a diferencia del encarcelamiento, se mantiene al delincuente dentro de la comunidad, no se lo excluye, es uno de nosotros. Es una forma vívida de recompensar el ilícito cometido, es una reparación por lo hecho. Y, básicamente, puede ser un tipo de castigo mucho más constructivo. Las multas, en cambio, pueden fácilmente colaborar en que un delito sea visto como algo por lo que uno puede simplemente pagar en términos materiales. Y la cárcel es lo más cercano a la exclusión. Por lo que podemos considerar a la libertad condicional y al servicio comunitario como formas de castigo más constructivas y hacer más uso de ellas.

LyE: —*¿Cuál es su opinión sobre el derecho penal internacional? ¿Es una especie de amenaza a la auténtica respuesta democrática al delito?*

Antony Duff: —Estoy muy poco seguro del derecho penal internacional. Pienso que, en general, cuando un delito es cometido dentro de un país en específico, como los “delitos de lesa humanidad” o delitos contra los ciudadanos cometidos por o con la confabulación de los propios funcionarios, entonces, de forma ideal, el juicio por ese delito se deber llevar a cabo dentro de ese país: los autores del delito deberían responder ante sus ciudadanos sobre lo que hicieron; un país debería procesar a sus propios delinquentes. Desde este punto de vista, sólo se hace lugar a un tribunal penal internacional cuando esto es imposible o cuando el país le falla a sus propios ciudadanos. Es decir que el derecho penal internacional serían más un respaldo, un recurso (si prefieren), por si el país fracasa. Esto no equivale a decir que una parte extranjera entra al proceso y nos impone o nos quita el caso que estamos tratando. El derecho penal internacional podría ser una alternativa de apoyo o de resguardo más que una alternativa intrusiva.

De lo que no estoy seguro es de lo siguiente. Si uno lee el Preámbulo del Tratado del Corte Penal Internacional (CPI), se expresa como si la CPI debiera hablar en nombre de la humanidad y llamar a responder a quienes cometieron delitos que conciernen a toda la humanidad. Esta retórica de responder no sólo a ésta o aquella organización política local, sino a toda la humanidad. Y sí, eso suena maravilloso, la humanidad se compromete en forma conjunta en reparar los ilícitos cometidos. Pero, ¿cuál sería esa hipotética “humanidad” en este contexto? ¿Qué tipo de comunidad puede ser esta “humanidad”? Tengo muchas inquietudes al hablarse en esos términos. ¿Existe realmente una comunidad política de toda la humanidad? No está claro si existe o no. Y, por supuesto, la preocupación obvia es que la CPI sólo llama a cierto tipo de gente a responder, especialmente personas provenientes de África. Por lo tanto, no hay una auténtica comunidad política de la humanidad que llame a responder a los todos los que cometen ilícitos. Las acciones de la CPI son, hasta ahora, altamente defectuosas. No estoy seguro, sin embargo, de que toda esta iniciativa esté destinada a fallar o si, en cambio, está más bien dando sus primeros pasos hacia algo ambicioso.

Mientras tanto, debemos resolver en nombre de quién habla la CPI. Los tribunales nacionales hablan en nombre de una organización política en particular, hablan por Argentina o Inglaterra; sabemos en nombre de quien pretenden hablar. Pero, ¿en nombre de quién habla la CPI? Creo que no hay una respuesta clara a esa pregunta.

LyE: —*En su trabajo, usted ha dado razones en contra de uno de los mayores principios de la tradición liberal con respecto a los límites morales del derecho penal, a saber, el principio del daño. ¿Por qué piensa que deberíamos rechazarlo (al menos en su lectura liberal)? ¿Qué razones deberíamos aceptar como los fundamentos adecuados para la criminalización?*

Antony Duff: —No quiero rechazar el principio del daño, le daría un alcance limitado. El error radica en pensar que existe algún principio que sea *el* principio del derecho penal. Eso es simplemente incorrecto. Existen muchos tipos de ilícitos que deberían incumbirle al derecho penal. La comisión del hecho ilícito es crucial, ya que es tarea del derecho penal identificar y censurar estos hechos cuya comisión es, además, condición para la criminalización. Criminalizamos lo que es ilícito.

Entonces, debemos preguntarnos: ¿qué principios deberían guiarnos para decidir qué tipos de ilícitos penalizar? Y el daño tiene un papel que desempeñar. Una cuestión importante es el ilícito que causa un daño, de cierto tipo, y que por ese motivo es admisible para ser penado. Así que no quiero descartar el principio del daño como si no tuviera ningún papel que desempeñar, pero no es el único principio importante, y creo que es un error pensar que debería serlo porque si uno trata de convertirlo en el único principio, entonces lo extiende. Se extiende el significado de daño para abarcar más y más tipos de conductas que uno quiere tipificar como delitos, para describir una conducta como de alguna u otra forma dañina, y entonces, el principio del daño se termina convirtiendo en algo muy vago como para ser un verdadero principio.

La criminalización es un asunto muy complicado: no hay un único principio, no hay un conjunto de principios rectores. Diversos asuntos deben ser tenidos en cuenta con respecto a la criminalización. Y de hecho, necesitamos empezar no con el daño o con la noción de cometer un hecho ilícito, sino por definir, con relación al debate político, la esfera pública: ¿cuál es nuestra labor colectiva, como organización política, cuáles son nuestras tareas específicas? Éste es el ámbito en el que opera el Estado. Luego si estamos dentro de ese ámbito e identificamos la comisión de un hecho ilícito, ése es el momento en el que el derecho penal aparece señalando el ilícito. A veces porque se está causando un daño o una ofensa. Hay muchas y variadas razones que pueden entrar en juego como motivos de criminalización. Por lo tanto, el principio del daño tiene un papel que desempeñar, pero es limitado.

LyE: —*¿Estuvo leyendo últimamente algún autor interesante que esté actualmente tratando la filosofía del castigo?*

Antony Duff: —Hay muchísimos teóricos interesantes que actualmente están escribiendo sobre derecho penal y el castigo. Para nombrar a algunos de ellos en la tradición anglo-americana: Doug Husak, David Garland, Jonathan Simon, Mitch Berman, Michelle Dempsey, Kim Ferzan, Adil Haque, Alec Walen en Estados Unidos; Malcolm Thorburn y Vincent Chiao en Canadá; y en Gran Bretaña Nicola Lacey, Victor Tadros, Alan Norrie, Peter Ramsay, Ian Loader.

LyE: —*Siempre ha insistido en las condiciones previas para la responsabilidad penal, ¿cuál es su importancia en sociedades profundamente desiguales como Argentina? ¿Su teoría implica que el Estado no debería castigar a aquellas personas a quienes la sociedad ha fallado en integrarlos como ciudadanos iguales?*

Antony Duff: —No es tan simple, ese es el problema. Quiero decir, esa es la primera etapa que usted observa: castigar, tener el derecho de castigar. Déjenme retroceder una etapa. Una persona es llevada a juicio, es llamada a responder, es condenada y castigada como miembro del Estado. Miren, uno comete este ilícito y tenemos derecho a castigarlo y pedirle que responda. Pero sólo tenemos ese derecho si en el pasado lo hemos tratado como un ciudadano. Si lo hemos tratado injustamente, entonces, eso socava nuestra legitimación para pedirle que responda. Por eso es problemático castigar a quienes han padecido injusticias sociales. Pero si luego decimos que no podemos hacer nada, eso es todavía peor ya que eso sólo dejaría a las víctimas desasistidas. No podemos simplemente decir que nuestras manos están atadas, que no podemos hacer nada, tenemos que hacer algo.

Entonces, tenemos que encontrar una forma para combatir el delito y al mismo tiempo combatir e identificar la injusticia sufrida por el delincuente. Por lo tanto, nada de lo que hagamos será con las manos limpias. No hay una manera perfecta, pero tenemos que encontrar la forma de combatir la injusticia pasada y al mismo tiempo los delitos actuales. Es cuestión de encontrar un mecanismo a través del cual podamos hacerlo: debemos encontrar formas de combatir la injusticia por medio de una reforma política y, mientras tanto, encontrar formas en las que el proceso penal, ya sea durante o después del juicio, pueda por sí mismo reconocer, al menos, que quienes habían sido castigados, están siendo tratados injustamente por ese mismo castigo. Se trata de encontrar formas institucionales que puedan reconocer la injusticia y al mismo tiempo responder por la comisión del ilícito. Es un dilema, por un lado nos falta el derecho de castigar a las personas que han sido tratadas injustamente y, por el otro, no podemos simplemente no hacer nada, no podemos negarnos a castigar cuando hay un ilícito porque, después de todo, hay víctimas de ese hecho. Por lo tanto, hay un gran problema que enfrentar, un problema que no tiene mucho que ver con el derecho penal, sino con nuestras estructuras políticas y sociales las cuales involucran al derecho penal.

LyE: —*Muchas gracias por su tiempo.*

Antony Duff: —Encantado de conocerlos.



INTERVIEW TO ANTONY DUFF*

Lecciones y Ensayos: —*How did you start on philosophy of punishment?*

Antony Duff: —I kind of drifted into it. I was trained initially in classics, in Greek and Latin, and in philosophy, and I did postgraduate work in moral philosophy, thinking about responsibility, which brought me a bit into criminal law. And I went to some classes that H. L. A. Hart gave in Oxford. He was then the eminent legal philosopher. He seemed interesting, and I found that I was, I would not say exactly bored by, but less committed to the purely abstract kind of moral philosophy.

The criminal law seemed a more seriously applied kind of philosophy to do, so I began thinking about criminal law, and about punishment especially. So there was no flash of illumination; I drifted gradually into that kind of area and wrote a bit about it. And then I found I enjoyed reading cases, I enjoyed reading criminal law; it was interesting. So I did more and more of that. But there was not some sudden conversion into this area of research.

LyE: —*What do you think are your main contributions to criminal law theory?*

Antony Duff: —In relation to criminal punishment, I've been developing a communicative theory according to which the central purpose of punishment is to become a two-way process of communication between the community and the offender: a communication of censure, and of an understanding of the wrongness of the crime, from community to offender; and, in return, a formal communication of apology and reparation from offender to community. I've also done quite a lot of

* Antony Duff is an expert on philosophy of criminal law and specialist in the basis of punishment and criminal responsibility. He is professor at the University of Minnesota (United States of America) and professor emeritus at the University of Stirling (Scotland). He is founder and co-editor of *Criminal Law and Philosophy*, co-director of the Robina Institute for Criminal Law and Criminal Justice and associate member of the Scottish Consortium on Crime and Criminal Justice. He has published, among other books, *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and Criminal Law*; *Criminal Attempts*; *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*; and *The Trial on Trial*.

Interview made on June 19, 2014 by the members of the Editorial Council of *Lecciones y Ensayos* Review: Alejandro Fernández, Patricio Enrique Kenny, Francisco Sáez Zamora and María Julieta Sarmiento. We express thanks to Ezequiel Horacio Monti for his collaboration in the elaboration of the questions.

work on the general principles of criminal liability: for instance on the significance (and meaning) of intention and recklessness in criminal law, and on the extent to which liability should be constructed in ‘subjectivist’ or in ‘objectivist’ terms. More recently, I have been developing a more explicitly relational account of criminal responsibility, as a matter of answering for one’s conduct to those who have the standing to call one to account: this makes the criminal process, as a process of calling to account, more important than it is for many theorists, and also makes us think about the kinds of relationship (political relationships, since the criminal law is a political institution) that must be in place if criminal law is to be legitimate. I am also now working on the problem of criminalization: what kinds of principle or consideration should guide decisions about what kinds of conduct to criminalize? Part of my argument, which I aim to develop in my next book, is that theories of criminal law and criminalization too often start in the wrong place. They ask straight away what principles should determine the scope of the criminal law (do we, for instance, have good reason to criminalize all and only types of harmful conduct, or all and only types of wrongful conduct?): but we should start instead by asking about the nature of the political community whose criminal law this is to be, about what it is to understand as its collective business (its *res publica*). Once we have an account of that *res publica*, of the polity’s public realm, we can begin to ask what role the criminal law can properly play within that realm as part of the community’s political apparatus.

LyE: —*What is the relevance of political theory for criminal law?*

Antony Duff: —It is crucial. I do not know enough about Latin-American legal theory, but certainly in Britain and America for a long time philosophers doing punishment theory and criminal law theory kept away from political philosophy as if this was unnecessary. Punishment, they thought, could be justified as an exercise in moral philosophy—for instance as what is deserved for wrongdoing. But if we recognize that punishment, as part of the criminal law, is a political institution, we’ll see that if we are going to justify criminal law we need to justify it as part of a political apparatus. So political theory underpins the enterprise of criminal law as part of the state. That is the general problem: you always need a political theory to underpin your criminal theory. I’ve also come to realize more clearly in recent years how important it is to see criminal law and punishment not as abstract structures but as concrete institutions, in which people do things to other people, people punish, they administer law and so on. Always we need to ask ourselves who is doing what to whom. If you think in relational terms, law is always relational. Something must be done by officials, some employees of certain institutions. Who are the agents here? Do they have the right to act? Do they have the right to punish? Do they have the right to put this person on trial? And again, those questions must be answered in terms of political theory, not merely of moral theory, since we are dealing with a

political practice. We must discuss the political system within which these officials have this kind of legitimate power to police, to put on trial, to punish.

LyE: —*Which are the main problems of criminal law nowadays?*

Antony Duff: —Again, speaking from my own perspective, in practical terms there are, I think, three main problems. One problem is simply over-punishment. We punish too harshly, too often. We use prison far too much and to imprison too many people. So the problem is how we punish and the harshness of punishment, especially in American law and in Britain too. We have high rates of imprisonment compared too much of the rest of the world. So one problem is how we make punishment more moderate in its impact.

The second problem is about the scope of criminal law and the tendency, in Britain and the US, to always expand criminal law. If there is a perceived social problem, governments often reach for the criminal law as a way to address it? Criminal law seems to be an easy way to show that things are being done in some serious way. Governments can say: “yes, we use criminal law to show that we are taking the problem seriously”. And we think we are dealing with efficient ways to solve problems such as terrorism. Terrorism is producing new criminal laws, which criminalize more and more kinds of conduct. So criminal law spreads and spreads. The problem is how we can make criminal law more moderate in its scope.

The last problem is related to political theory and the legitimacy of criminal law: how can criminal law function legitimately in an unjust society? We live in societies that are in various ways unequal, in various ways unjust; many of those who appear in court as defendants have suffered various kinds of unjust disadvantage, as they are members of the less well-off, less advantaged parts of the society. We have denied them their civic rights in relation to education, welfare and so on, and then, But this raises an important question—again as a matter of political theory: what we can do with criminal law when criminal law requires legitimacy in a reasonably just context to operate? It seems as if we cannot just say: “you broke the law which is your law” to a citizen who has suffered from various injustices. Because criminal law presupposes a genuine political community, in which people are treated as equals. So the problem is how we can make criminal law legitimate and how we can rebuild its authority.

LyE: —*What is your opinion about abolitionism?*

Antony Duff: —I think that the abolitionist ideas advocated by theorists like Nils Christie and Louk Hulsman are deeply misguided as matter of principle. Part of the problem is that people like Christie misportray criminal punishment, and, exaggerate the idea of delivering pain. If punishment was just a matter of delivering pain, I’d certainly want to abolish it: the mere delivery of pain has no part to play in

a decent system of criminal law. But punishment shouldn't be seen in those terms. The main point of criminal law is to take seriously certain kind of wrongdoings. And one of Christie's worries is that he doesn't like to talk about wrongdoings, or allow the state to intervene on such issues. But we need to take wrongdoing seriously.

So I would say, collectively, as a community, we should recognize certain kinds of wrong as wrongs that are our collective business, and as wrongs that require certain kind of response. They aren't just harms, they aren't just "troubles" that need to be dealt with, they are wrongs that we do to each other. And the way to respond to wrongdoing is to try to call the wrongdoer to account, and that is what criminal law does: it calls you to answer for what you have done to the offended citizens. And that's what the criminal trial should be about. And punishment has a part to play, a modest part to play, as part of that system. But punishment should not be a matter simply of making someone suffer or imparting pain: it is a matter of making clear the nature of the wrong and why it matters.

Abolitionism, in a way, is deeply motivated by a proper kind of concern, it is disgusted by the way we in fact treat criminals. You visit one of the American prisons, you see how much inhumanity is there, and you think "well, that's not a way of treating a human being". Insofar as abolitionism focuses on what in practice goes on, we can agree that that's what should be abolished. But we shouldn't then say that we therefore have to abolish criminal law or punishment; we should say that we have to reform punishment so the criminal law becomes what it should be. And I think that we should be serious collectively —again as a matter of political structure— about recognizing and identifying wrongdoing for certain kind of wrongs that concerns us all. The criminal law has that function. So, I'm fully in favor of radical reform and of making a criminal law much more modest in its scope and its impact, but not of abolition.

And then the same goes for imprisonment in particular. Again, I'm sure we imprison far too many people, for far too long, certainly again in Britain and the US. Prison should be a place for the most serious kinds of crime and for limited term. Because is a way of making clear, symbolically, that this kind of crime is so serious, that it undermines the possibility of community. Given what you've done, given a murder, the crime you've committed, we can't just live with you as everything was fine. There's a time to be secluded, but only for a time and only under certain conditions. So, again, I would say we should limit prison, we have to reform our prisons but not to abolish them.

LyE: —*What do you think is the current relation between democracy and criminal justice system?*

Antony Duff: —One kind of popular view among theorists is that democracy is dangerous for criminal law, because they think that if you appeal to populism, that

if you strengthen democracy too much, if people take too much power, they will be over-punitive or they will be even harsher.

So, many theorists distrust democracy. They would reserve criminal policy for groups of specialists who can do the essential and be rational. I think that is too pessimistic. One interesting fact, on the evidence I've seen from Britain and the US, is that if you just take opinions polls about punishment, for instance "do you think we should bring back the death penalty?", people would often say "yes punishment should be very harsh" in response to the opinion poll. Often this is the response to a particularly horrible crime encouraged by the popular press. So the immediate response is often very punitive..

But let's actually have a discussion. Let's sit down and let's actually talk about this. And here there is some information about the crime and the offender and the punishment and so on. The more you deliberate, the more you talk, the more people will become more moderate and modest in their views of punishment. If you see democracy not just as a matter of voting every few years or whenever there is a referendum, but as a matter of deliberation, genuine public deliberation about public policy, we can hope that we will see emerging a genuinely democratic kind of penal policy which is sensible, humane and rational. So, I will hope that by promoting democracy, democracy could generate an appropriate kind of criminal law. That's hope rather than a firm expectation.

I think that if we are serious about democracy, then the criminal law must be something we can see as our criminal law, the norms that we have made, the norms by which we bind ourselves. That is what criminal law must aim to achieve. It often doesn't achieve it. But that has to be the aim. It is a matter of finding the kinds of political process which could make that possible.

LyE: —*Are there other new ways of punishment that are more consistent with your perspective of criminal law?*

Antony Duff: —Not brand new ways. There are ways, which certainly exist, but have not been enough used. I am in favor of alternatives which could be more productive, more plausible.

First of all, probation, which in Britain is formally a punishment rather than something other than punishment. Probation involves, minimally, that you must report regularly, perhaps once a week, to your probation officer, and an evaluation of your progress. You might also be required to attend a program, for instance to address problems with drugs, or with alcohol. So it's a constructive way of addressing the wrongdoing. That is one way. Probation can be a way of addressing, and thus partly restoring, the wrong that has been. That is one model.

The other kind of punishment is the so called "community service". This is ordered by the court as a sentence: the offender is required to undertake a specified

number of hours of unpaid work on a specified kind of project. The project should be one designed to benefit the community, depending on your skills, like clearing litter or fixing houses.

In both kind of cases, probation and community service, unlike imprisonment, you are kept within the community, you are not excluded, so you are one of us. You are, in a vivid way, repaying your wrongdoing, it is a reparation for what you did. And basically, it can be a much more constructive kind of punishment. Fines, by contrast, can serve too easily to make the crime seem like something you can simply pay for, in material terms. And prison is the nearest thing to exclusion. So we can see probation and community service as more constructive modes of punishment, and make more use of those.

LyE: —*Which is your opinion about international criminal law? Is it a sort of threat to genuine democratic response to crime?*

Antony Duff: —I am very unsure about international criminal law. I do think that, in general, where a crime is committed within a particular country, as with “crimes against humanity” committed against citizens by or with the connivance of their own officials, then ideally the crime will be tried within that country: the perpetrators should answer to their own citizens for what they have done; a country should judge its own criminals. On this view there is room for an international criminal court only when this is impossible or the country fails its own citizens. So international criminal law would be more a backup, a fallback—if you like—, if the country fails. International criminal tribunals would not then amount to alien parties coming in, and imposing on us, or taking away from us cases that we are dealing with. International criminal law could then be supportive rather than intrusive.

What I am not sure about is the following. If you read the Preamble to the Treaty of the International Criminal Court (ICC) it talks as if the ICC is supposed to speak for humanity, and to call to account those who committed crimes that concern all humanity. The rhetoric is of answering not just to this or that local polity, but to humanity as a whole. And yes, that sounds wonderful, humanity as collectively engaged in repairing the wrongdoing. But what is the hypothetical “humanity” in this context? What kind of community could “humanity” be? And I have many worries about talking in those terms. Is there actually a political community of humanity? It is not clear that there is. And, of course, the obvious worry is that you find out that the ICC is only calling certain people to account—in particular people from Africa. So there is no genuine political community of humanity calling all the appropriate wrongdoers to account. The ICC’s operations are, so far, deeply flawed. I am not sure, however, whether this whole enterprise is doomed to failure, or whether we can rather see it as the first steps towards something ambitious.

In the meantime, we must ask for whom the ICC speaks. Domestic courts speak for a particular polity, they speak for Argentina or for England. We know for

whom they aim to speak. But for whom does the ICC speak? I think there is no clear answer for that question.

LyE: —*In your work, you have argued against one of the main principles of the liberal tradition concerning the moral limits of criminal law, namely, the Harm Principle. Why do you think we should reject it (at least in its liberal reading)? What reasons should we accept as the proper grounds for criminalization?*

Antony Duff: —I don't want to reject the Harm Principle; I would keep it in its limited place. And the mistake is to think there is someone principle which will be the principle for criminal law. That is just wrong. There are many kinds of wrongdoing which should concern the criminal law. Wrongdoing is crucial, because criminal law is a matter of marking and censuring wrongdoings, and wrongdoing is a condition of criminalization. We criminalize what is wrongful.

Then we must ask: what principles should guide us to deciding what kinds of wrong to criminalize? And harm has a part to play. One concern is wrongdoing which causes harm, of certain kinds, and is for that reason eligible for criminalization. So I don't want to reject the Harm Principle as having any role to play. But it is not the only principle which matters here, and I think it is a mistake to think it should be, because if you try to make that the only principle, then you stretch it. You stretch the meaning of harm to cover more and more kinds of conduct which you want to criminalize, to portray the conduct as somehow or other harmful, and then the Harm Principle becomes so vague as to be no real principle at all.

Criminalization is rather very messy: there's no one principle, no one set of master principles. There are different kinds of considerations that need to be taken into account on the way to criminalization. And in fact we need to start off not with either harm or the notion of wrongdoing, but by defining, as a matter of political deliberation, the public sphere: what should count as our business collectively, as a polity, what are our specific concerns? This is the realm in which the state operates. And then if we are within that realm and we recognize wrongdoing, there's when criminal law comes in, as marking wrongdoing. Sometimes it is because it's causing harm, or it's causing offense. There is a whole range of different reasons that can come into play, as reasons for criminalizing. So the Harm Principle has a part to play, but a limited part.

LyE: —*Have you been reading recently some interesting authors that are currently dealing with philosophy of punishment?*

Antony Duff: —There are lots of interesting theorists now writing on criminal law and punishment. To name just a few of those in the Anglo-American tradition —Doug Husak, David Garland, Jonathan Simon, Mitch Berman, Michelle Dempsey, Kim Ferzan, Adil Haque, Alec Walen in the US; Malcolm Thorburn and

Vincent Chiao in Canada; in Britain, Nicola Lacey, Victor Tadros, Alan Norrie, Peter Ramsay, Ian Loader—.

LyE: —*You have insisted in these preconditions of criminal liabilities, what is their relevance in deeply inegalitarian societies like Argentina? Does your theory imply that the state should not punish those who the community has failed to integrate as equal citizens?*

Antony Duff: —It's not that simple, that's the trouble. I mean that's stage one you see: to punish, to have the right to punish. Let me go back a stage. A person is called to trial, called to account, convicted and punished as a member of the polity. You see, you have done this wrong and we have a right to punish you, to call you to account. But we have that right only if we have treated you in the past as a citizen. If we have treated you unjustly, then that undermines our standing to call you to account. That's why it's problematic to punish those who have suffered social injustice. But if we then say that we can do nothing, that's even worse because that only leaves victims abandoned. We can't just say our hands are tied, we can do nothing, we have to do something.

So, we have to find a way of both addressing the crime and also at the same time addressing and recognizing the injustice that the offender has suffered. So, nothing we'll do will be with clean hands. There's no perfect way, but we have to find the way of addressing past injustice and at the same time also addressing the present crime. It is a matter of finding a mechanism through which we can do that: we must find ways of addressing the injustice by political reform but meanwhile find ways in which the criminal process, within court or afterwards, can itself recognize, at least, that those who had been punished are themselves being treated unjustly by the punishment. It's about finding institutional forms which can recognize the injustice and at the same time respond to the wrongdoing. It's a dilemma, on the one hand we lack the right to punish people whom we have treated unjustly, and on the other hand we can't simply do nothing, we can't refuse to punish when there is a wrong because there are victims of that wrong after all. So, there is a deep problem to face, a problem that is not so much within the criminal law, but within our social and political structures, which implicate the criminal law.

LyE: —*Thank you very much for your time.*

Antony Duff: —Nice to meet you all.

CÓMO PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*

PAUTAS FORMALES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

1. Deberán ser originales e inéditos, redactados en procesador de texto –preferentemente Microsoft Word 2003 o posterior– en fuente Times New Roman tamaño 12 pts., interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (21 x 29,7 cm.) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm.; izquierdo y derecho 3 cm.). La extensión del trabajo, incluyendo las referencias bibliográficas, deberá ser de veinte (20) a treinta (30) páginas. Por carácter inédito se entiende que el texto no debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye aunque no se limita a: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.
2. Deberá seguirse el siguiente orden en la presentación:
 - a. Título del trabajo en español;
 - b. Pseudónimo escogido por el autor, que no deberá dar lugar a la inducción de su identidad;
 - c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas);
 - d. Palabras clave en español;
 - e. *Abstract* del trabajo en inglés (de ser posible);
 - f. *Key words* en inglés (de ser posible);
 - g. Cuerpo del trabajo;
 - h. Referencias bibliográficas.
3. Las notas a pie de página se consignarán sucesivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento. Deberán utilizarse tanto para los comentarios que el autor considere ilustrativos o secundarios como para las citas bibliográficas (sin perjuicio de consignar las referencias bibliográficas al final del trabajo).
4. Se deberá seguir el siguiente sistema para citar:
 - a. **Libros.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor, título del libro (en *itálicas*), ciudad de edición, editorial, año, tomo –de haberlo–, número/s de página.

De haber cuatro autores o más, deberá consignarse el que primero aparezca en la publicación seguido de la fórmula “*et al.*”.

De tratarse de una compilación, deberá indicarse el nombre del compilador, seguido de la fórmula “(comp.)”. Lo mismo en el caso del director y/o coordinador, con las fórmulas “(dir.)” y “(coord.)”.

Ejemplo: PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 1, pp. 49-50.

b. Capítulos de libros. Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del capítulo, título del capítulo (entre comillas), “en”, apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del libro, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial, año, tomo –de haberlo–, número/s de página.

Se aplican las pautas del punto (a), segundo y tercer párrafo.

Ejemplo: JELONCHE, Edgar I., “Gobierno societario y mercado de capitales”, en ETCHEVERRY, Raúl A., CHOMER, Héctor O. y GENOVESI, Luis M., *Derecho Comercial y de los Negocios*, Buenos Aires, Eudeba, 2007, t. 1, p. 81.

c. Artículos publicados en revistas. Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del artículo, título del artículo (entre comillas), “en”, apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del/de los director/es de la revista –de corresponder–, nombre de la revista (en itálicas), número de la revista, ciudad de edición, editorial, año de publicación, número/s de página.

Ejemplo: IRIBARNE, Santiago P. y BRAVO D’ANDRÉ, Ignacio M., “De los problemas que presenta la incorporación del daño punitivo”, en ALTERINI, Atilio A. (dir.), *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n° 5, Buenos Aires, La Ley, mayo de 2009, p. 32.

Ejemplo: BENENTE, Mauro, “Fuera de la Corte Suprema’. Breves notas sobre las protestas frente al máximo tribunal”, en *Lecciones y Ensayos*, n° 88, Buenos Aires, Eudeba, 2010, p. 235.

Para revistas ampliamente conocidas, podrá utilizarse el sistema simplificado tradicional (LL 1990-A-324, JA 1999-II-230, etcétera).

d. Artículos publicados en Internet. Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del artículo, título del artículo (en itálicas), “consultado en”, dirección completa del vínculo entre corchetes, “en fecha”, fecha de consulta.

Ejemplo: BEADE, Gustavo A., *El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino*, consultado en [http://www.isonomia.itam/docs/isonomia35/Isono_356.pdf] el 11/12/2012.

5. Para consignar las referencias bibliográficas al final del trabajo, deberán seguirse las pautas para citar, salvo los siguientes puntos:
 - a. En el caso de libros, no deberá consignarse número de página alguno.
 - b. En el caso de capítulos de libros, deberá consignarse de qué página a qué página del libro abarca el capítulo (no la/s página/s citada/s).
 - c. En el caso de artículos publicados en revistas, deberá consignarse de qué página a qué página del libro abarca el artículo (no la/s página/s citada/s).
 - d. El listado de las referencias deberá hacerse en orden alfabético según apellido del autor.
6. Junto con el trabajo, deberá enviarse un documento por separado donde se asocie el pseudónimo escogido por el autor con su nombre y apellido, y en el cual se consignen además los siguientes datos: tipo y número de documento, domicilio, número de teléfono, dirección de correo electrónico actual, condición de estudiante o graduado. También podrá incluirse cualquier breve reseña curricular, dedicatoria y/o agradecimientos que el autor deseara formular para el caso de que el trabajo sea publicado, con tal que no superen los 350 caracteres con espacios en total.
7. El trabajo deberá enviarse exclusivamente por correo electrónico, a la dirección lye@derecho.uba.ar. Dentro de las 24 hs. se contestará con un acuse de recibo.

8. El envío de trabajos para su publicación en Lecciones y Ensayos implica la autorización para su publicación en la Revista y en cualquier soporte físico o digital que determine la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Los autores asumen exclusiva responsabilidad por los reclamos de cualquier naturaleza que pudieran efectuar terceros respecto de la originalidad del ensayo o por cualquier otra causa sobre el texto presentado.
9. **Réplica:** Lecciones y Ensayos invita a escribir respuestas o reacciones a los artículos publicados en la Revista. Para su publicación, dichas respuestas deberán ser enviadas, junto con los datos completos del autor, a lye@derecho.uba.ar.

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Los trabajos están sujetos a un sistema de referato. En consecuencia, los ensayos y las lecciones son asignadas por la Secretaría de Redacción a un número determinado de miembros del Consejo de Redacción –tres (3) en la presente edición– bajo seudónimo, para preservar el anonimato y evitar la distorsión de las condiciones de evaluación. Estos miembros se expiden a través un dictamen escrito que contiene sus consideraciones e indica el voto a favor o en contra de la publicación.

De formarse el voto unánime de los dictaminantes a favor de la publicación de la asignación, ésta queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si todos los dictaminantes se expiden en contra, la obra es desestimada. Si hubiera disidencias en el sentido de sus votos, el escrito es elevado a la consideración del cuerpo editorial en pleno (plenario). En los tres supuestos, el autor recibe los votos fundamentados de los dictaminantes.

El plenario es la instancia donde la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de los miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple, sin manifestación al autor de los fundamentos.

A diferencia de los ensayos y las lecciones, las obras presentadas para otras secciones de la Revista –reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, etc.– son directamente sometidas a la evaluación del plenario, sin la instancia previa en la que se elaboran dictámenes individuales.

Todos los escritos que el Consejo de Redacción haya determinado como publicables quedan preseleccionados para su reconsideración al momento del cierre editorial. Así, en la etapa de conformación definitiva del número, los trabajos preseleccionados son nuevamente clasificados por el pleno para decidir cuáles son incluidos en la publicación física y digital. Todo escrito restante –es decir, no incluidos– es tenido por preseleccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor así lo desea.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la revista Lecciones y Ensayos, tanto en su versión en papel como en su versión digital. Respecto al supuesto de evaluación externa consulte en nuestra página web el digesto de normas internas (4.3. Procedimiento de evaluación).



CÓMO PARTICIPAR

Lecciones y Ensayos es una revista jurídica semestral dirigida por estudiantes dependiente del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue fundada en el año 1956 y desde entonces ha cumplido el papel de foro editorial de profesores y alumnos, sin más requisito que la excelencia académica.

Si querés participar de Lecciones y Ensayos, podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20 hs.

Las reuniones tienen lugar en nuestra oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho.

También podés comunicarte con nosotros por teléfono (+54 11) 4809-5668 o enviándonos un e-mail a direccionlye@derecho.uba.ar.

El único requisito para formar parte de Lecciones y Ensayos es ser alumno regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

