

2021 107

ARGENTINA



UBA
Universidad de Buenos Aires



Lecciones y Ensayos

Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO

Decano

Dr. Alberto J. Bueres

Vicedecano

Dr. Marcelo Gebhardt

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora

Mary Beloff

Subdirector

Luis R. J. Sáenz

Secretario

Jonathan M. Brodsky

**CONSEJO DE REDACCIÓN
SEGUNDO SEMESTRE 2021**

Director

Inti Raymi Azulay

Subdirector

Ezequiel Curcio

Secretaria de Redacción

Lucía Martínez Larrea

Tutoras

Bárbara Micaela Blanc

Micaela Ailín Costa

Colaboradoras/es

Alejandro Emir Salomón

Anabella Viscelli

Bautista Grandi

Candela Basso Martin

Florencia Segal

Julieta Nieva

Lucía Mora Bruniard

Milagros Agustina Caiella

Milena Raquel Helft

Maria del Rosario Cabrera

Santiago Rodríguez

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

RÉPLICA

Lecciones y Ensayos invita a escribir respuestas o reacciones a los artículos publicados en la Revista. Para su publicación, deberán ser enviadas, junto con los datos completos del/de la autor/a, a lye@derecho.uba.ar.

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

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

Algunos 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.

Los artículos de esta revista se distribuyen bajo una licencia Atribución-NoComercial-Sin-Derivadas 2.5 Argentina (CC BY-NC-ND 2.5 AR) <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ar/>

Usted es libre para: Compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, bajo las siguientes condiciones: atribuir correctamente la fuente, proveer un link a la licencia, e indicar cualquier cambio en el material; no puede hacer uso del material con fines comerciales, ni distribuir el material modificado, en caso de mezcla, transformación o creación de nuevo material a partir de esta obra, sin permiso previo del editor y/o los respectivos autores.

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) 5287-6762

ÍNDICE

<i>Editorial</i>	13
------------------------	----

ENSAYOS

Pinzán, Gianni Vittorio, <i>La explotación de recursos naturales en la Luna y en otros cuerpos celestes por parte de Estados y entidades privadas en el derecho internacional ultraterrestre</i>	17
Centurión, Agustín Alejo, <i>A un año de la nueva ley de alquileres: la mirada del análisis económico del derecho</i>	45
Sifontes Torres, Efrén Ismael, <i>La Corte Penal Internacional ante un mar abierto. ¿Cómo se aplica el Estatuto en los conflictos armados internacionales navales?</i>	77

TRABAJOS DE CURSOS DEL CPO ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN

Muracciole Goldberg, Maura Jazmín, <i>La costumbre como proceso creador del derecho internacional penal: ¿legitimidad o adecuación forzada?</i>	103
Zubeldía Cascón, Florencia, <i>Los parlamentos mapuche, una perspectiva desde las fuentes del derecho internacional</i>	123

XVIII CONCURSO DE ENSAYOS “DR. IGNACIO WINIZKY” SOBRE “DERECHO AMBIENTAL”

Zorzin, Natalia Danae, <i>Del derecho al ambiente hacia los derechos del ambiente: implicancias de una nueva subjetividad ambiental en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos</i>	145
--	-----

DOSSIER “VIOLENCIAS Y/O DISCRIMINACIÓN DE GÉNEROS
Y/U ORIENTACIÓN SEXUAL”

Guerrero, Maite, <i>La incorporación de la perspectiva de género en el juicio por jurados: un análisis a la luz de la reciente sanción de la Ley 6451 de juicios por jurados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires</i>	169
Chiosso Rapinese, Sebastián, <i>Violencia obstétrica como especie de violencia de género: lineamientos teórico-conceptuales y aportes desde la responsabilidad penal en el derecho argentino</i>	193
Martínez, Agustina Lara, <i>La legítima defensa en contextos de violencia doméstica: ¿existe el derecho a defenderse del femicidio?</i>	217

ENTREVISTAS

Entrevista a la Dra. Silvina Álvarez Medina	247
---	-----

COMENTARIO A BIBLIOGRAFÍA Y RÉPLICA

Caminos, Pedro, <i>La ley es más compleja. Comentario a La ley es la ley de Andrés Rosler</i>	273
Andrés, Rosler, <i>Respuesta simple a la ley es más compleja</i>	311

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

¿Cómo publicar en <i>Lecciones y Ensayos</i> ?	333
¿Cómo participar en <i>Lecciones y Ensayos</i> ?	339

EDITORIAL

Otro año termina y nuevamente aprovechamos este espacio para intentar transmitir aquello que sentimos como miembros de esta revista. Como les comentamos a las y los lectores en el editorial del número 106, el contexto pandémico nos ha llevado a replantearnos cuál es nuestro rol como revista jurídica en la Facultad, y creemos que la lectura de este número no puede ser ajena a esto. En el 2021, empezamos a salir de nuestras casas y volver a una “nueva normalidad”. Este contexto incierto y al mismo tiempo lleno de oportunidades nos empujó a tener largas y profundas discusiones que hicieron que nos animemos a replantear aspectos internos de *Lecciones y Ensayos* que considerábamos prácticamente inamovibles.

Nos atrevimos a inmiscuirnos en las procelosas aguas de las reformas estructurales y, para esto, nuestro primer reflejo es recurrir al auxilio de personas que valoramos enormemente. En primer lugar, conversamos con anteriores miembros de *Lecciones y Ensayos*. En ellas y ellos encontramos una profunda empatía por aquello que nos aquejaba y encontramos valiosas respuestas e innumerables nuevos interrogantes. Luego, bajo la pregunta “¿cómo podemos ser mejores?” nos embarcamos en otro ciclo de conversaciones con miembros de la comunidad jurídica que admiramos: Liliana Ronconi, María de los Ángeles Ramallo, Mary Beloff, Lautaro Furfaro, Nahuel Maisley, Emiliano Buis, Martin Böhmer y Claudia Martin. Muchas otras y otros se suman a la extensa lista de quienes confían en nosotros, y nos ayudan de manera altruista a ser mejores. Queremos aprovechar este espacio para agradecerles.

Hace ya mucho tiempo, el fundador de *Lecciones y Ensayos*, Dr. Ignacio Winizky, redactó en el primer editorial “*Lecciones y Ensayos* en manos de los alumnos —entiéndase bien, todos los alumnos—, dirigida y escrita en parte por ellos, es la prueba definitiva de nuestra profunda fe en la juventud universitaria argentina”. Es nuestra intención estar a la altura de las expectativas, y es por eso que asumimos el rol de una revista jurídica que abogue por una mejor calidad académica.

Basados en esa premisa, continuamos organizando talleres de escritura académica —orientados a suplir ciertas deficiencias de nuestra facultad— para poder otorgar más herramientas a estudiantes que quieran formar parte de nuestra comunidad académica a través de la difusión de sus ideas. Reestructuramos nuestro procedimiento de evaluación de los trabajos desarrollados bajo el marco de un curso profesional orientado hacia la investigación para que las y los estudiantes tengan una mejor experiencia, con devoluciones más profundas y constructivas. Las y los estudiantes deben tener todas las herramientas a su disposición para poder compartir sus frescas perspectivas.

En esta línea, este número es especialmente importante por la amplia presencia de publicaciones de estudiantes, lo que se condice con la esencia de *Lecciones y Ensayos*. Allá por 1956, el Dr. Winizky sostuvo: “estudiantes harán esta revista; estudiantes escribirán en ella; serán principalmente los que —es de esperar— se interesarán por su contenido”.

Lecciones y Ensayos cambia por completo nuestro paso por la Facultad. Nos forma a través de la reflexión crítica, del aprendizaje constante, de cuestionar “lo aprendido”. Nos propone una forma distinta de vivir la facultad y contribuir con ella. Nos rodea de gente con preocupaciones y deseos afines. Nos prepara para nuestros logros, pero más aún para nuestros fracasos. Es tanto lo que recibimos de este espacio que asumimos el compromiso de “devolverlo” a través de todas nuestras actividades: mejores debates, dictámenes, publicaciones, talleres y concursos.

La huella que deja *Lecciones y Ensayos* en quienes la transitamos es indeleble. Esperamos que este número —nuestro pequeño aporte imborrable— sea de su agrado, e invitamos a toda y todo estudiante curioso a formar parte de este espacio.

CONSEJO DE REDACCIÓN

ENSAYOS

LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES EN LA LUNA Y EN OTROS CUERPOS CELESTES POR PARTE DE ESTADOS Y ENTIDADES PRIVADAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL ULTRATERRESTRE*

GIANNI VITTORIO PINZAN**

Resumen: El presente trabajo se propone ahondar en una temática novedosa para el derecho internacional como lo es la explotación de recursos naturales por fuera del planeta Tierra, esto es, en astros tales como la Luna, Marte, asteroides y cometas, principalmente; una actividad que solo recientemente ha comenzado a sonar como un hecho factible cada vez más cercano de acontecer gracias al avance tecnológico mundial. Sin embargo, esta se presenta también como una posible práctica descontrolada y desregulada por parte de entes privados y Estados particulares, guiados por el propio lucro, en desmedro de los principios de cooperación internacional y de no ejercicio de la soberanía en el espacio (que han caracterizado hasta el momento al denominado derecho espacial), como así también en perjuicio del ecosistema de nuestro sistema solar y del bienestar de las generaciones venideras. Ante este apartamiento del fin explorador y científico que hasta al momento ha regido a la actividad humana en el espacio exterior, el objetivo de este ensayo es el de encontrar en el derecho internacional vigente una barrera a dicho ejercicio carente de límites. De este modo, se analizarán las diversas fuentes del derecho, tanto las "formales" como aquellas que no son consideradas como tales, comparando brevemente a esta naciente ramificación del derecho con otras que por su objeto conllevan cierta similitud, para así encontrar en ellas y en su conjunción una prohibición o, al menos, una limitación

* Recepción del original: 17/07/2021. Aceptación: 02/09/2021.

** Estudiante de derecho en la UBA. Agradezco a la Dra. Meza y al cuerpo docente de su comisión de "Fuentes del Derecho Internacional" por alentar a las/os estudiantes a incursionar en la investigación científica del derecho, a Juan C. Balerdi y a toda la comisión D'Auria-Balerdi de "Teoría del Estado", al Lic. Mariano Ribas y al Planetario Galileo Galilei por divulgar conocimiento científico relativo a la astronomía y a mi madre.

a la práctica extractivista privada en cuerpos celestes, destacando a su vez la necesidad de estipular nuevos acuerdos para alcanzar mayor claridad en la materia.

Palabras clave: recursos — extractivismo — espacio ultraterrestre — fuentes del derecho internacional — cooperación internacional

Abstract: The present paper proposes to get deep into a new topic for International Law: the exploitation of natural resources in celestial bodies such as the Moon, Mars, asteroids and comets, *inter alia*; an activity that has only recently begun to sound like a feasible event closer to happen, thanks to the global technological advancements. However, it is also presented as a possible uncontrolled and deregulated practice by private entities and States, guided by their own profit, in detriment of the principles of international cooperation and the non-exercise of sovereignty in space (which have characterized, so far, the so-called “space law”), as well as in harm of the ecosystem of our solar system and the well-being of future generations. With this separation from the exploratory and scientific purposes that until now had governed human activity in outer space, the objective of this essay is to find in current international law a barrier to this exercise without limits. In this way, the various sources of law will be analysed, both the “formal” and those that are not considered as such, comparing briefly this new-born branch of law with others that, due to their object of regulation, carry a certain similarity, in order to find in them and in their conjunction a prohibition or, at least, a limitation to this particular extractivist practice in celestial bodies, highlighting as well the need to stipulate new agreements to achieve greater clarity on the matter.

Keywords: resources — extractivism — outer space — sources of international law — international cooperation

I. INTRODUCCIÓN

Nos encontramos ante tiempos de cambios vertiginosos en diversas esferas de una sociedad mundial caracterizada por el desarrollo desigual. Es así que, con deudas sociales y crisis crónicas por resolver, la humanidad se planea la primera visita tripulada a Marte, por citar un ejemplo. Uno de estos cambios, que sonaba lejano e incluso propio de la ciencia ficción, está empezando a dar sus primeros pasos. Si bien el asomo del ser humano por el espacio ultraterrestre data de mediados del siglo XX (recordando la sonda soviética Sputnik orbitando la tierra en 1957 o la bota

de Neil Armstrong pisando la polvorienta superficie lunar en 1969, entre otros sucesos), de la mano de avances tecnológicos y de nuevas opiniones en la geopolítica de los tiempos que corren, avanza aquello que la comunidad internacional intuyó que comenzaría en algún momento de la historia humana: la posibilidad de explotar comercialmente recursos naturales en nuestro satélite natural (la Luna) e, incluso, en otros cuerpos celestes.

Se podría señalar *prima facie* como principal actor en esta naciente carrera comercial hacia el cosmos a los Estados Unidos. En su momento los "vientos políticos" trajeron a la administración de la Casa Blanca a una figura que, ya sea por pura demagogia en su afán de hacer a *America* (entiéndase Estados Unidos) *great again*, previó junto a su partido y la elite económica que lo sustentaba una chance de impartir lecciones de libre mercado en el espacio exterior. Sin embargo, hay que resaltar que se trata una idea que se viene gestando desde hace mucho más tiempo, a pesar de que últimamente haya tenido sus mayores explicitaciones con la creciente participación de empresas privadas en la exploración espacial (con la compañía *Space X*, del polémico Elon Musk, como abanderada) o con la conformación de una nueva fuerza armada estadounidense, la "Fuerza Espacial" (ya que, en palabras de Trump, "El espacio es el nuevo dominio de la lucha bélica mundial"),¹ esto último esencialmente preocupante para la paz internacional. En efecto, cabe señalar el *U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act* dictado por el Congreso estadounidense en 2015 bajo la administración Obama (ley que se verá con mayor detalle más adelante), demostrándose así que la política comercial espacial del gobierno estadounidense viene gestándose con tiempo. Aun así, a pesar de que las palabras precedentes estuvieron enfocadas en la actuación del Estado norteamericano, resulta clave soslayar que no es este el único que presenta intereses en la explotación de recursos ultraterrestres, y son varios los gobiernos que ya muestran deseos de emprender medidas similares en su normativa interna (por ejemplo, Luxemburgo). Podemos afirmar que este interés que comprende a varios países (y/o a determinadas elites económicas) viene originándose desde hace más de cuatro décadas, como analizaremos posteriormente.

No obstante, la materia (por su raigambre internacional) no puede simplemente circunscribirse a la legislación interna de ningún país. Si el

1. The Guardian, "Donald Trump officially launches US space force", párr. 4, 21/12/2019.

gobierno estadounidense, o el que fuere, pretende alcanzar su meta, ha de lograr (cierto) consenso en la comunidad internacional. Al fin y al cabo, hay un derecho internacional ultraterrestre que la generación del siglo pasado constituyó de forma introductoria, edificada sobre el uso con fines pacíficos y la cooperación internacional. No sorprende que, por fuera de las vías comunes de diálogo internacional, el gobierno estadounidense busque conformar acuerdos bilaterales y multilaterales con el fin de consagrar una práctica jurídica que devenga en derecho consuetudinario. En esta línea, es imposible eludir la reciente consagración de los Acuerdos Artemisa (nombrados a raíz del programa lunar que buscará desplegar los Estados Unidos en el 2024), el cual estará bajo examen en este trabajo por constituir un tratado cuyo esencial fin es abrir las puertas a la explotación privada internacional, bajo el rótulo de actividades “sustentables”.

A lo largo de este estudio se intentará analizar el *corpus* jurídico del así llamado “derecho espacial”, haciendo en un principio hincapié en las llamadas fuentes formales del derecho internacional, estipuladas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (tratados, costumbre internacional y principios generales del derecho), pero sin dejar de examinar las denominadas (por cierta doctrina) “fuentes modernas” de esta rama del derecho. Este análisis buscará encontrar en el mencionado derecho internacional vigente la existencia de una prohibición a la explotación de recursos lunares y de otros cuerpos celestes por parte de particulares (ya sean sujetos privados o públicos) en detrimento del bien común internacional o, por lo contrario, si esta práctica puede considerarse permitida y, en tal caso, bajo qué condiciones o requisitos. Además, serán analizadas la jurisprudencia y la doctrina internacional con el fin de clarificar la interpretación de las antedichas fuentes de derecho y, por último, se realizará un breve parangón con otras ramas del derecho internacional que presentan cierta semejanza en su regulación.

II. BREVE HISTORIA DE LA ACTIVIDAD ESPACIAL

El derecho no es algo estático, dado como tal por un ente metafísico o por una norma natural y uniforme que preexiste al hombre. Es fruto de determinadas circunstancias históricas que configuran las bases que lo condicionan y lo moldean con el devenir de las distintas generaciones y sus diversas necesidades, principios y valores. Por ello, en lo que respecta

a este trabajo, es preciso resaltar que la presencia humana en el espacio ultraterrestre surge en medio de un contexto bélico. Si bien sería el Cohete V2 del régimen nazi el primer vehículo en realizar un vuelo suborbital, el hecho desencadenante de la conocida carrera armamentística (que considerara al espacio como un medio de ataque) se daría esencialmente por los ataques estadounidenses con bombas atómicas contra el cuasi derrotado Imperio Japonés. Esta demostración de poder nuclear puso en alerta a todo el mundo, especialmente a la otra potencia mundial de la posguerra: la Unión Soviética. Comenzaría, en el marco de la Guerra Fría, una carrera por la conquista del espacio ultraterrestre que tendría en vilo a toda la comunidad internacional. Como fue esbozado, el acontecimiento que daría inicio oficial a la carrera espacial sería el lanzamiento del primer satélite artificial, el Sputnik, por parte de la URSS en 1957, seguido, pocos meses después, por el Sputnik II (tripulada por la recordada perra Laika). La falta de regulación de la actividad espacial en la época disparó la alarma en la ONU, que no podía concebir una disputa bélica con armas de destrucción masiva en el espacio ultraterrestre. Es así como en 1959, la Asamblea General creó la Comisión de Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (COPUOS, por sus siglas en inglés) y sus dos subcomités (uno científico y técnico y uno legal) con el fin de "dirigir la exploración del uso espacial en pro de beneficios para toda la humanidad, procurando la paz, la seguridad y el desarrollo".² Su rol será esencial en la codificación y el impulso del desarrollo progresivo de esta naciente rama del derecho internacional, como se detallará con posterioridad. La sanción en 1967 del "Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes", que será examinado minuciosamente, sentaría en las bases de la exploración espacial los principios del uso pacífico, de no apropiación y de la cooperación internacional.

Detallado los inicios de la actividad espacial, es práctico (al fin de entender la situación actual) dividir y caracterizar las subsiguientes etapas o "eras" del rol humano en el espacio ultraterrestre.³ En esencia, se parte de una carrera entre dos potencias en busca de prestigio político, donde el interés económico o al menos la rentabilidad (en términos nominales) de

2. SPATARO GARCÉS, "El Concepto de 'Estado de explotación...'", p. 15.

3. SPATARO GARCÉS, "El Concepto de 'Estado de explotación...'", p. 15.

su accionar carecía de importancia. En una segunda etapa de "inocencia comercial" (a partir de la década de 1960), cobrarían mayor protagonismo las organizaciones intergubernamentales en función del lanzamiento de los primeros satélites comerciales (tales como la *International Telecommunications Satellite Corporation*). Las empresas privadas tenían aún un rol indirecto y secundario, como contratistas directos de los Estados, para fabricar y vender a estos sus productos. Sería recién en la década de los '80 cuando las entidades privadas asumen una mayor preponderancia, principalmente por el mencionado desarrollo del mercado de las telecomunicaciones satelitales, pero también por el inicio del fin de la Guerra Fría:

"Al dejar de buscar posicionamiento político mediante la conquista espacial y habiendo percibido los beneficios comerciales que el mismo representa, los Estados vuelcan su atención a las ganancias económicas susceptibles de ser obtenidas mediante la explotación comercial".⁴

En una última etapa, la actual, podemos vislumbrar una reducción de los presupuestos estatales en materia espacial, en conjunto con el fin de la prestación de ciertas actividades (por ejemplo, la discontinuación de prestación de servicios de transporte espacial por parte de la NASA desde 2011, recién retomada en 2020) que llamó la atención de varias compañías y que configuró un pujante mercado en el cual la NASA y las otras agencias espaciales pasaron a ser clientes de sus servicios.

III. EL ATRACTIVO DE LOS RECURSOS NATURALES LUNARES Y DE OTROS CUERPOS CELESTES Y SUS POSIBLES CONSECUENCIAS

Pero ¿qué hay de llamativo en la minería espacial? ¿Qué la hace "rentable"? Los continuos descubrimientos científicos develan un creciente número de recursos naturales en diversos cuerpos celestes, siendo especialmente interesantes (por su proximidad a la Tierra) aquellos presentes en la Luna y en los asteroides que forman parte del cinturón más próximo (localizado entre Marte y Júpiter). Las empresas privadas, dedicadas hasta el momento a

4. SPATARO GARCÉS, "El Concepto de 'Estado de explotación...'", p. 20.

la prestación de servicios de lanzamientos y a la puesta en órbita de satélites comerciales, ven en ello un negocio difícil de desaprovechar.

La Luna, por su parte, podría llegar a contar con considerables cantidades de metales, como hierro y titanio, según estudios recientes de NASA.⁵ A esto se suma la posible presencia de Helio-3, un elemento que podría utilizarse para el funcionamiento de centrales de fusión nuclear en la producción de electricidad. Sin embargo, como sostiene Ian Crawford, profesor de ciencias planetarias y astrobiología:

"Gran parte del enfoque a corto plazo no consiste en la idea de que podríamos extraer de la luna cosas que necesitamos en la Tierra, sino más bien, que extraeríamos de la luna las cosas que podríamos querer usar en la luna, en el contexto de futura exploración espacial".⁶

En efecto, aún no es económicamente factible la extracción minera para uso en la Tierra, sino más bien para el establecimiento de futuros asentamientos con fines científicos. En este sentido, cobra especial relevancia el reciente descubrimiento de agua en la superficie visible lunar,⁷ llamado por algunos el "petróleo del espacio", que ayude a autoabastecerse a las eventuales colonias, con la disminución drástica de los costos de la actividad exploradora.

El otro caso posible de explotación se encuentra en los asteroides más próximos a la Tierra. La riqueza en variados tipos de minerales, especialmente los pertenecientes a los grupos de platino (e incluso algunos imposibles de obtener en la tierra), hacen económicamente atractiva la actividad minera (aunque el agua siga siendo, esencialmente, el principal elemento añorado por los motivos mencionados en el párrafo anterior). La tecnología actual está cada vez más cerca de tal fin, especulándose que la actividad como tal podría comenzar en los próximos 10 años, en lo que algunos llaman el negocio de los próximos "trillonarios".⁸ Pero esta nueva "fiebre del

5. NASA, "Radar Points to Moon Being More Metallic Than Researchers Thought", 01/07/2020.

6. DW, "Mining the moon: Earth's back-up plan?", 02/02/2018.

7. BBC News Mundo, "Agua en la Luna: la NASA...", 26/10/2020.

8. BGR, "Asteroid mining will produce the world's first trillionaire, according to Goldman Sachs", 23/04/2018.

oro" puede ser nociva no solo para el sistema solar como tal, sino también para las futuras generaciones. Un estudio reciente por parte del astrofísico Martin Elvis y el filósofo Tony Milligan estipula un hipotético límite a la explotación humana, consistente de tan solo un octavo (1/8) de todos los recursos presentes en cuerpos celestes de nuestro sistema solar.⁹ Superado ese límite, establece el estudio, la especie humana se afectaría a largo plazo, ya que si bien en principio puede parecer inconmensurable e inagotable la cantidad de recursos que se podrían extraer de los miles de millones de asteroides cercanos, el cálculo realizado por el Dr. Elvis establece que de mantenerse el actual crecimiento exponencial de las economías mundiales, extrapolado a una eventual economía espacial, podríamos encontrarnos, en unos 400 o 500 años, con un agotamiento total de los recursos extraíbles de nuestro sistema solar (lo cual, si bien parece mucho tiempo, es descomunamente ínfimo en relación con la edad del sistema solar como tal).¹⁰

Por lo expresado, es dable concluir que estamos ante una actividad que, tal como el extractivismo exacerbado en nuestro planeta, precisa de una regulación y de límites para no poner en crisis otro ecosistema.

IV. EL DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE A LA CUESTIÓN

IV.A. Fuentes formales

Como fue mencionado, existe un marco jurídico de diversas fuentes que regula la actividad bajo examen. En esta primera instancia se buscará ahondar en las denominadas fuentes formales, que de acuerdo con el mayoritario consenso doctrinario internacional surgen del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

IV.A.1. Costumbre internacional

Por tratarse la explotación de recursos ultraterrestres (esencialmente mineros) de una actividad que, como tal, no ha tenido lugar aún desde lo óptico, no podría alegarse la existencia de una práctica jurídica de los Estados o

9. MARTIN & MILLIGAN, "How much of the Solar System...", p. 14, 05/2019.

10. MARTIN & MILLIGAN, "How much of the Solar System...", p. 15, 05/2019.

de las organizaciones internacionales que pudiera vincularles jurídicamente. Sin embargo, es posible argumentar que, por un lado, "[...]durante más de 50 años todos los Estados han venido desarrollando su actividad espacial teniendo como referencia de conducta los principios que establece el Tratado del Espacio," (los cuales se verán a continuación) por lo que "es posible afirmar que se ha consolidado una regla (genérica) a través de la costumbre internacional; en tanto se cumplen todos los elementos constitutivos de la práctica generalizada"¹¹ (esto es, una práctica uniforme sostenida en el tiempo y una *opinio iuris*, o convicción de los sujetos internacionales de estar ante derecho). De hecho, como sostendría la propia Corte Internacional de Justicia, "[...] un breve periodo de tiempo no es necesariamente, o en sí mismo, un impedimento para la formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario[...]"¹². Incluso, para cierta doctrina se podría sostener la existencia de una "costumbre instantánea", considerando que la adopción unánime de tratados o de Resoluciones de la A.G. de la ONU serían evidencia de la *opinio iuris* de la comunidad internacional, relegando la necesidad exhaustiva de una práctica sostenida en el tiempo¹³ (dando así carácter vinculante como costumbre general al Tratado del Espacio de 1967, que se verá a continuación).

IV.A.2. *Tratados internacionales*

IV.A.2.a.

El Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, fue aprobado en el marco de la Asamblea General el 27/01/1967 (entró en vigor el mismo año). Hoy en día, 105 Estados lo han ratificado (viéndose obligados a su cumplimiento), incluidos los Estados Unidos y todos aquellos que firmaron los recientes Acuerdos Artemisa. Es, en esencia, la base de la cual parten la mayoría de los acuerdos internacionales (y casi todo el derecho ultraterrestre), llamado por cierta doctrina como la "Constitución Espacial" y considerada por otra como una norma con calidad de *ius cogens*,¹⁴ es decir, una norma imperativa

11. SPATARO GARCÉS, "El Concepto de 'Estado de explotación...'", pp. 23-27.

12. CIJ, "Caso de la Plataforma continental del Mar del Norte", párr. 74.

13. CHENG, "United Nations Resolutions on Outer Space...", pp. 125-149.

14. SPATARO GARCÉS, "El Concepto de 'Estado de explotación...'", pp. 23-27.

"[...] aceptada y reconocida por la comunidad internacional [...] que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".¹⁵

En relación con la explotación y el uso de recursos del espacio, el mismo consagra ciertos principios que, si bien son genéricos, implicarían en un principio un importante escollo a los deseos del extractivismo privado. En efecto, en el primer párrafo de su art. 1, se dispone:

"La exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, deberán hacerse *en provecho y en interés de todos los países*, sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico, e incumben a toda la humanidad [...]".¹⁶

De este modo, consagrándose el principio de cooperación internacional, sería difícil de concebir una explotación particular, impulsada por el fin de lucro individual, que pueda adaptarse al interés común internacional.

Otra norma a considerar es el art. 2°. Establece que "El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera".¹⁷ Siguiendo la línea de su artículo anterior, queda plasmada la prohibición a las naciones de apropiarse o ejercer soberanía sobre estos cuerpos espaciales, lo cual en esencia contradice a la consagrada cooperación internacional. La discusión se centraría entonces en cómo se caracteriza la explotación privada. Si es posibilitada por el asentimiento de un solo Estado, ¿no implica ello un acto de apropiación? Se podría realizar una analogía con la ocupación efectiva por parte de un Estado de un territorio terrestre que no se encuentra bajo la soberanía de ningún otro Estado (*terra nullius*) o que ha sido abandonado. Para que esta ocupación surta efecto, y se pueda reclamar formalmente la soberanía, es preciso que esta ocupación sea ejercida por medio de una posesión acompañada de la intención de adquirir la soberanía sobre el territorio (una especie de *animus domini* público), en conjunto con actos de administración emanados de una

15. CVDT, 23/05/1969, art. 53.

16. Tratado sobre los principios que deben..., 27/01/1967, art. 1.

17. Tratado sobre los principios que deben..., 27/01/1967, art. 2.

autoridad soberana.¹⁸ Considerando esto, de una simple lectura aislada del texto no podría asimilarse la "apropiación" a la extracción privada de los recursos naturales en el espacio. No obstante, cabe volver sobre otro enunciado normativo del Tratado, el art. 6, que dispone:

"Los Estados Parte en el Tratado serán responsables internacionalmente de las actividades nacionales que realicen en el Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, los organismos gubernamentales o las entidades no gubernamentales, y deberán asegurar que dichas actividades se efectúen en conformidad con las disposiciones del presente Tratado. Las actividades de las entidades no gubernamentales en el Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, deberán ser autorizadas y fiscalizadas constantemente por el pertinente Estado Parte en el Tratado [...]".¹⁹

En efecto, los Estados que eventualmente faculden a las compañías a extraer los recursos naturales de cuerpos celestes habrán de velar por el respeto del art. 1 y el uso equitativo de aquellos recursos. Nuevamente cabe soslayar la dificultad de comprender una actividad extractiva guiada por el lucro de unos pocos que pueda beneficiar a toda la humanidad.

IV.A.2.b.

El segundo Tratado que cobra esencial relevancia es el "Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes", adoptado a su vez en el marco de la Asamblea General el 05/12/79. El mismo fue impulsado por el COPUOS al evidenciar la falta de regulación expresa de la extracción y exploración de recursos en el tratado del '67. A pesar de la mayor claridad que dispone sobre la regulación de dicha actividad (o, mejor dicho, por ello mismo) cuenta con pocas ratificaciones (tan solo 18 Estados), de los cuales no figura ninguna de las grandes potencias en materia espacial.

El Acuerdo reitera con mayor énfasis disposiciones que retoman el concepto de utilización del espacio ultraterrestre como bien comunitario (basada en la cooperación internacional), como en su art. 4 donde establece que:

18. GONZÁLEZ NAPOLITANO & LAVISTA. "Adquisición y pérdida de territorios", pp. 402-403.

19. Tratado sobre los principios que deben..., 27/01/1967, art. 6.

"La exploración y utilización de la Luna incumbirán a toda la humanidad y se efectuarán en provecho y en interés de todos los países, sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico [...]".²⁰

Pero quizás el principal enunciado normativo sea el del art. 11 que consagra a la Luna y a sus recursos naturales como lo que aparentaría ser "patrimonio común de la humanidad".²¹ En su inc. 3 determina que:

"Ni la superficie ni la subsuperficie de la Luna, ni ninguna de sus partes o *recursos naturales* podrán ser propiedad de ningún Estado, organización internacional intergubernamental o no gubernamental, organización nacional o entidad no gubernamental ni de ninguna persona física [...]".²²

Sin embargo, queda hecha la salvedad que lo establecido no podrá afectar lo dispuesto en el inc. 5:

"Los Estados Partes en el presente Acuerdo se comprometen a establecer un régimen internacional, incluidos los procedimientos apropiados, que rija la explotación de los recursos naturales de la Luna, cuando esa explotación esté a punto de llegar a ser viable...".²³

Este compromiso es, hasta la fecha, una obligación que quienes han ratificado el pacto no han asumido (compromiso que el art. 18 reitera al mandar una "revisión del Acuerdo" en el transcurso de 10 años o cada vez que los avances tecnológicos así lo requieran).

De lo antedicho se desprende que el Tratado bajo examen sienta el principio de la prohibición de apropiación de recursos naturales lunares y de otros cuerpos celestes por parte de entidades privadas, admitiendo excepcionalmente el establecimiento de un régimen consensuado entre los Estados parte que, como establece el inc. 7 del art. 11, respete:

20. Acuerdo que debe regir las actividades..., 05/12/1979, art. 4, párr. 1.

21. El concepto puede ser comprendido como "el bien superior al bien común de los Estados y como factor de justicia distributiva entre las colectividades humanas sin distinción de sus miembros". ARMAS PFIRTER. "La zona internacional de los fondos marinos", pp. 673-674.

22. Acuerdo que debe regir las actividades..., 05/12/1979, art. 11.3.

23. Acuerdo que debe regir las actividades..., 05/12/1979, art. 11.5.

- a) El desarrollo ordenado y seguro de los recursos naturales de la Luna;
- b) La ordenación racional de esos recursos;
- c) La ampliación de las oportunidades para el uso de esos recursos;
- d) Una participación equitativa de todos los Estados Partes en los beneficios obtenidos de esos recursos, teniéndose especialmente en cuenta los intereses y necesidades de los países en desarrollo, así como los esfuerzos de los países que hayan contribuido directa o indirectamente a la explotación de la Luna.²⁴

IV.A.2.c.

El último Tratado que será examinado es el recientemente adoptado Acuerdos Artemisa (13/10/2020).²⁵ Lo llamativo de este instrumento es que se trata de un tratado multilateral (consagrado por un reducido número de Estados)²⁶ celebrado por fuera del ámbito de las Naciones Unidas. El fin, en esencia, es el de sentar:

“[...] una visión común a través de un conjunto práctico de principios, directrices y mejores prácticas para mejorar la gobernanza de la *exploración civil y el uso del espacio ultraterrestre* [...] destinados a aumentar la seguridad de las operaciones, reducir la incertidumbre y promover el uso sostenible y beneficioso del espacio para toda la humanidad [...]”.²⁷

A ello se suma el fin de compartir cualquier información científica que pudieran obtener de su trabajo en la Luna u otro cuerpo celeste. La polémica prosigue en la sección 10, la cual dispone en su inc. 2 que:

“[...] la extracción de recursos espaciales no constituye intrínsecamente una apropiación nacional en virtud del artículo II del Tratado

24. Acuerdo que debe regir las actividades..., 05/12/1979, art. 11.7.

25. Subtitulado “Principios para la cooperación en la exploración civil y el uso de la Luna, Marte, cometas y asteroides con fines pacíficos”.

26. Además de Estados Unidos, incluye las firmas de Australia, Canadá, Italia, Reino Unido, Luxemburgo, Emiratos Árabes Unidos y Japón. Brasil, Corea del Sur, Nueva Zelanda y Ucrania se adhirieron con posterioridad.

27. Acuerdos Artemisa, 13/10/2020, sección 1. El resaltado es propio.

sobre el espacio ultraterrestre, y que los contratos y otros instrumentos jurídicos relacionados con los recursos espaciales deben ser compatibles con ese Tratado”.²⁸

Esta norma, como también otras disposiciones, buscan armonizar sus disposiciones con el Acuerdo de 1967, no solo por medio de referencias como la citada sino también expresando, por ejemplo, la necesidad de que los Estados firmantes notifiquen al secretario general de la ONU respecto de cualquier actividad de extracción²⁹ o el compromiso asumido por los signatarios de responsabilizarse por los actos de quienes están autorizados por ellos para realizar actividades de extracción y/o exploración.³⁰ Sin embargo, como señalamos con anterioridad, es difícil de concebir una actividad particular que pueda atenerse a los principios que surgen del tratado “constituyente” de 1967 (aún más si consideramos que en ningún momento se hace alusión cómo la actividad de privados pudiera beneficiar a la comunidad en su conjunto o que, a pesar de que así se expresa, nada se abona en el sentido de explicar por qué el uso de recursos naturales por parte de entidades particulares no implica la apropiación prohibida del art. 2 del Acuerdo del Espacio Ultraterrestre).

Es palmaria entonces la motivación de estos Estados por comenzar a consagrar una práctica jurídica que legitime el negocio del extractivismo ultraterrestre (como expresamente se reconoce en el art. 11, inc. 6) por medio de una interpretación laxa del tratado de 1967 que lo priva de todo contenido, como así también contraria al Acuerdo de 1979 (a pesar de que ninguno de los participantes lo haya ratificado, salvo Australia) y a los principios que analizaremos posteriormente.

IV.A.3. Principios generales de Derecho

Si bien han caído en desuso por el creciente desarrollo progresivo del derecho internacional, los principios generales de derecho aún conservan su carácter vinculante,³¹ por lo que merecen una breve mención. Respecto de la actividad bajo examen, se podría sostener que al encontrarse la

28. Acuerdos Artemisa, 13/10/2020, sección 10, inc. 2.

29. Acuerdos Artemisa, 13/10/2020, sección 10, inc. 3.

30. Acuerdos Artemisa, 13/10/2020, sección 11, inc. 3.

31. Como sostuvo originalmente la CPJI en el caso “Fábrica de Chorzów”, p. 16 y ss.

explotación de recursos en el espacio exterior limitada por el Tratado de 1967 al beneficio del bien común internacional y prohibida la apropiación nacional (por el medio que fuere) de cualquier cuerpo celeste, todo Estado que buscara explotar *per se* o por medio de concesiones a entidades privadas los recursos ultraterrestres estaría violando los principios de *pacta sunt servanda* (esto es, la obligación de respetar las obligaciones asumidas al ratificar el Tratado de 1967) y el principio de buena fe (si bien, como fue esbozado, la calidad de los principios como fuente autónoma se ha deteriorado si consideramos que en el caso puntual ambos principios se encuentran receptados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en sus artículos 26 y 31, respectivamente).

IV.B. Principios del derecho internacional

Si bien no son considerados una fuente autónoma, sino más bien como abstracciones jurídicas de las mencionadas fuentes principales o formales, ello no quita que a la larga estos principios se constituyan en las bases del derecho internacional y, como tales, sean aceptadas por los Estados como normas vinculantes (como ha sostenido la propia CIJ).³²

Los principios del derecho ultraterrestre se fueron conformando, en esencia, por medio de resoluciones de la Asamblea General de la ONU (las cuales serán analizadas más adelante) y de deducciones del Tratado del Espacio Ultraterrestre. A pesar de que ya fueron mencionados por medio de sus disposiciones, cabe recordar y demarcar aquellos principios que con plena certeza han sido constituidos como tales y que son vinculantes para la actividad extractiva bajo examen:

- El principio de no apropiación del espacio,
- La plena libertad e igualdad en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre por todos los Estados,
- El principio de utilización del espacio exclusivamente con fines pacíficos,
- El principio de cooperación y asistencia mutua en las actividades espaciales,

32. Por ejemplo, respecto de los principios del derecho humanitario, véase CIJ, "Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua", párr. 215.

- El principio de responsabilidad internacional de los Estados por las actividades que realicen en el espacio ultraterrestre los organismos gubernamentales como las entidades no gubernamentales.

IV.C. *Soft Law*

En contraposición a las fuentes formales estipuladas en el art. 38 del Estatuto de la CIJ, se analizará lo que algunos denominan como “derecho blando” (en oposición a un presunto *hard law*). Ello responde, como sostiene parte de la doctrina moderna, a que:

“El proceso de creación de derechos y obligaciones internacionales reposa en el consentimiento o en el consenso de los Estados, por tanto existe [...] una infinita variedad de manifestaciones del derecho internacional que no se constriñe al texto del artículo 38.”³³

Si bien cierta parte de la academia comprende que el *soft law* puede encontrar, *a posteriori*, su carácter vinculante por medio de las fuentes tradicionales (considerándolas meras fuentes materiales), no se puede obviar el hecho de que, por ejemplo, actos unilaterales estatales o resoluciones de organizaciones internacionales (que respectivamente serán estudiadas en los siguientes subcapítulos) generan obligaciones y derechos para los sujetos internacionales. A continuación, veremos algunas especies dentro de esta “zona gris” del derecho internacional relacionada a la temática que nos ocupa.

IV.C.1. *Actos de organismos internacionales*

A pesar de no ser específicas fuentes formales, las resoluciones de las organizaciones internacionales pueden conllevar cierto carácter vinculante. Ello dependerá de varios factores, tales como la naturaleza fundamentalmente normativa de las resoluciones, el nivel de apoyo obtenido en su adopción y/o la naturaleza del organismo del cual emana el acto, entre otros.³⁴ Respecto de las actividades en el espacio ultraterrestre, existen determinadas resoluciones de la Asamblea General a considerar. ¿Poseen estas

33. DEL TORO HUERTA, “El fenómeno del *soft law* y...”, p. 529.

34. BROTONS, *Derecho Internacional. Curso General*, p. 226.

carácter vinculante? Si bien la Carta no les concede la condición de norma autónoma, la CIJ ha reconocido que incluso

“[...] aunque no sean vinculantes, pueden a veces tener valor normativo. En ciertas circunstancias pueden proveer una importante evidencia para establecer la existencia de una norma o la aparición de una *opinio iuris*”.³⁵

Es decir que, tal como los tratados multilaterales, pueden influir en las sucesivas etapas de formación de normas consuetudinarias, con efectos declarativos, cristalizadores y generativos.³⁶ Esta correlación con la costumbre internacional precisará de una práctica posterior de conformidad con ella (a menos que se conciba la posibilidad de una “costumbre instantánea”, detallada en el apartado IV.A.1.)

Puntualmente, podemos nombrar las resoluciones de la A.G. número 1348 (XIII) de 1958, 1724 (XIV) de 1961 y 1962 (XVIII) de 1963. Lo estipulado en estas tres disposiciones (que sientan las bases de los principios de no apropiación, de cooperación, entre otros) se vería luego plasmado en el Tratado de 1967, que consagraría su carácter vinculante. Por otro lado, es preciso soslayar la resolución 51/122 de 1996 (adoptada tras un informe del COPUOS), la cual estableció mandatos de suma relevancia tales como que en la ya consagrada cooperación internacional en la materia “Deberán tenerse en cuenta especialmente las necesidades de los países en desarrollo”,³⁷ cuya participación debe conformarse “sobre una base equitativa y mutuamente aceptable”,³⁸ a la cual habrán de contribuir especialmente los Estados “que tienen la capacidad espacial necesaria y programas de exploración y utilización del espacio ultraterrestre”.³⁹ Esta disposición refuerza y detalla el contenido del principio de cooperación internacional en las actividades ultraterrestres, haciendo expresa mención a la utilización que se haga del espacio ultraterrestre. Si bien fue adoptada sin votación por parte de la A.G., “la reiteración de resoluciones con un mismo objeto [...] pueden ir minando las reticencias de los Estados de cara a la necesidad de

35. BROTONS, *Derecho Internacional. Curso General*, p. 225.

36. BROTONS, *Derecho Internacional. Curso General*, pp. 224-225.

37. AGNU, Resolución 51/122, inc. 1.

38. AGNU, Resolución 51/122, inc. 2.

39. AGNU, Resolución 51/122, inc. 3.

desarrollo y conformación de nuevas normas generales".⁴⁰ Por otra parte, es preciso resaltar que otra de las funciones del denominado *soft law* en general es la de servir como medio de interpretación del derecho internacional vinculante. De tal modo, podría interpretarse al principio de cooperación internacional en la materia bajo el lente del inc. 1 de esta resolución que, como fue dicho, remarca la necesidad de considerar con mayor relevancia las necesidades de los países en desarrollo.

IV.C.2. Actos unilaterales

A pesar de su exclusión como fuente principal, los actos unilaterales emanados por autoridades competentes pueden obligar al Estado toda vez que surjan de estas obligaciones para con otros sujetos del derecho internacional. Ello deviene, o tiene su origen, del principio general del derecho de la buena fe. Bajo estas circunstancias, es necesario analizar una reciente Orden Ejecutiva del expresidente Trump, en donde se resaltó el "continuo rechazo" del Estado al Tratado de la Luna de 1979, considerando que este representa un intento fallido de restringir la libre empresa y que no simboliza el "brillante futuro" de una economía espacial en crecimiento, como así también la voluntad de negociar instrumentos sobre el uso seguro y sostenible de los recursos espaciales con otros Estados y organizaciones no gubernamentales. Por último, el instrumento ordena al secretario de Estado que objete cualquier intento de tratar el Acuerdo de 1979 como derecho internacional consuetudinario.⁴¹ En principio, por ser reglamentación interna, no tendría relevancia en la esfera internacional. Sin embargo, es posible considerar su análisis por el hecho de dar indicaciones específicas al secretario de Estado respecto de la actitud jurídica a adoptar por parte del Estado respecto de una determinada norma del Derecho Internacional. El hecho de que no esté dirigido a ningún sujeto internacional en particular no es óbice para que dicha declaración no sea vinculante, toda vez que, como sostuvo la CIJ, "[...] si se hace públicamente y con la intención de obligarse, aunque no se haga en el contexto de negociaciones internacionales, es vinculante" ya que:

40. BROTONS, *Derecho Internacional. Curso General*, p. 229.

41. Poder Ejecutivo Nacional de Estados Unidos, "Executive Order on Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources", sección 2.

"[...] ninguna aceptación posterior a la declaración, ni siquiera una respuesta o reacción de otros Estados, es requerida para que la declaración surta efecto, ya que tal requisito sería incompatible con la naturaleza estrictamente unilateral del acto jurídico por el cual el pronunciamiento del Estado fue hecho".⁴²

La propia Comisión de Derecho Internacional de la ONU ha reconocido como uno de los principios rectores de las declaraciones unilaterales que "podrán ser dirigidas a la comunidad internacional en su conjunto [...]".⁴³

Sin embargo, es posible alegar algunos argumentos para contrarrestar el valor jurídico de la mencionada Orden Ejecutiva. Por un lado, siguiendo el argumento más extremo, si consideramos a las disposiciones del Tratado del Espacio Ultraterrestre de 1967 como normas de *ius cogens* (entre ellas, la deducible prohibición a la apropiación por parte de privados del espacio ultraterrestre), el acto unilateral no estaría en grado de contradecirlas.⁴⁴ Por otro lado, sin salirnos de la esfera de los actos unilaterales, se podría alegar la existencia de una aquiescencia (esto es, "una inacción" o ausencia de reclamo prolongada en el tiempo) por parte del gobierno estadounidense ante una práctica de los Estados (incluido el mismo) en el espacio ultraterrestre que se hubiera hecho de conformidad con los principios genéricos de cooperación y de prohibición de apropiación del espacio ultraterrestre, interpretados estos a la luz de los instrumentos hasta ahora vistos.

IV.C.2. El Acuerdo de la Luna de 1979

A pesar de constituir un tratado en vigor con fuerza vinculante para los Estados que lo han ratificado, respecto de aquellos que aún no lo han hecho el estudiado Acuerdo puede tener carácter de *soft law*, sirviendo de base para la conformación de costumbre internacional o incluso como medio interpretativo del derecho espacial en general y del Tratado de 1967 particularmente. De esta forma, la prohibición de apropiación estatal general del espacio establecida en el art. 2, puede ser interpretada en relación con el art. 11 del Acuerdo de 1979 que amplía esa prohibición (en principio)

42. CIJ, "Caso relativo a los Ensayos nucleares", párr. 46.

43. CDI, "Actos Unilaterales de los Estados", p. 181, principio n.º 6.

44. CDI, "Actos Unilaterales de los Estados", p. 182, principio n.º 8.

a los recursos naturales de cuerpos celestes y la extiende, a su vez, a las entidades no gubernamentales y a las personas.

IV.D. La regulación interna

Una breve mención merecen las relativamente recientes legislaciones adoptadas por los Estados Unidos y Luxemburgo en sus ordenamientos jurídicos locales. En el primer caso, se habilita explícitamente a cualquier ciudadano estadounidense a ejercer el derecho de "tener, poseer, transportar, usar y vender" cualquier recurso natural obtenido de conformidad a la ley.⁴⁵ En el segundo caso, el primer artículo dispone, lisa y llanamente, que "los recursos espaciales pueden ser apropiados",⁴⁶ con autorización del gobierno del gran ducado. Evidentemente, ambas normativas contravienen el principio de no apropiación, extensible (como se ha dicho) a los particulares, que emana del Tratado de 1967, de los principios del derecho internacional ultraterrestre y del denominado *soft law* antes visto. Además, el principio de prohibición de soberanía implica, a su vez, la falta de jurisdicción de los Estados para regular la actividad propia o de individuos en la Luna como en otros cuerpos celestes. En suma, a pesar de que pueda alegarse que dichas leyes tienen peso al producir un cambio en la *opinio iuris* de sus respectivos Estados, estas no pueden oponerse para incumplir el Acuerdo de 1967 interpretado con todo el "andamiaje jurídico" señalado hasta el momento. Tal como establece la Convención sobre el Derecho de los Tratados, "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".⁴⁷

V. ANALOGÍA CON DISPOSICIONES DE OTRAS RAMAS DEL DERECHO AFINES

A pesar de tratarse de distintos campos del derecho internacional, por lo que la normativa a continuación no es aplicable a este estudio, es posible realizar una comparación del objeto del derecho espacial, el espacio ultraterrestre, con otros espacios terrestres de similar naturaleza jurídica: el

45. Estados Unidos de América, "U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act", sección 51303.

46. Gran Ducado de Luxemburgo, "Loi du 20 juillet 2017 sur...", art. 1.

47. CVDT, 23/05/1969, art. 27.

continente antártico y los fondos marinos y oceánicos. El primero de ellos se encuentra regulado por una serie de acuerdos internacionales, de los cuales han de resaltarse el Tratado Antártico de 1959 y su Protocolo sobre Protección del Medio Ambiente de 1991. Si bien el preámbulo del primero de ellos reconoce el "interés de toda la humanidad" en el uso pacífico de la Antártida, cierta doctrina resalta que ello no ha de confundirse con el concepto de "patrimonio común de la humanidad" (esto es, *res communis*), más aún si consideramos que el tratado no zanja los reclamos de soberanía realizados por los Estados originalmente parte del mismo (no obstante, otro sector de la doctrina sostiene que el 15 % del territorio no reclamado sí podría considerarse como bien común de la humanidad).⁴⁸ A pesar de ello, cobra sumo interés soslayar el mencionado Protocolo, que no solo compromete a las partes en la protección del medioambiente antártico, sino que en su art. 7 prohíbe todas las actividades extractivas de recursos minerales, a menos que sigan un fin científico (e impone a su vez que esta norma no podrá ser reformada por un lapso de 50 años).⁴⁹

Por su parte, la zona internacional de los fondos marinos y oceánicos (que comprende todo el lecho y subsuelo que queda fuera de la plataforma continental de los Estados) ha sido reconocida como "patrimonio común de la humanidad" por el art. 136 de la CONVEMAR⁵⁰ (es el primer tratado en adoptar hasta el momento dicho concepto) por lo que los recursos de la zona no podrán ser apropiados por ningún Estado, ente privado o persona y solo serán explotados en beneficio de toda la humanidad.⁵¹ Para este último fin, se creó la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, una institución conformada por todos los miembros de la CONVEMAR, que aprueba planes de trabajo con entidades gubernamentales y privadas, controla la explotación y adopta medidas (incluso indemnizaciones) para los productores de minerales en países en desarrollo.⁵²

48. Este territorio se encuentra ubicado entre los meridianos de 90° y 150° de longitud Oeste. Así sostiene BARBOZA, *Derecho Internacional Público*, p. 212.

49. Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, 04/10/1991, art. 25, inc. 2 y 5, a.

50. CONVEMAR, 10/12/1982, art. 136.

51. CONVEMAR, 10/12/1982, art. 137.

52. ARMAS PFIRTER, Capítulo 33. "La zona internacional de los fondos marinos", pp. 686-691.

VI. EL FENÓMENO DE LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO Y UNA POSIBLE SOLUCIÓN A LA CUESTIÓN

Es evidente que nos encontramos ante una rama del derecho que, por los límites fácticos de las actividades humanas en el espacio ultraterrestre, recién en tiempos contemporáneos está cobrando mayor relevancia. Es por ello que el derecho espacial (y la actividad regulatoria del uso de los recursos en los astros) es una ramificación en relativa construcción que puede recaer dentro del fenómeno de la denominada fragmentación del Derecho Internacional. Ello ocurre toda vez que tratados como los Acuerdos Artemisa buscan regular la actividad de forma puntual y específica, procurando conformar un régimen autónomo (o *self-contained regime*),⁵³ apartándose sustancialmente (adrede, en este caso) no solo de los principios que surgen del derecho internacional ultraterrestre general (expuestos hasta el momento) sino también de aquellos de la Carta de las Naciones Unidas (en lo que respecta al principio de igualdad y cooperación, esencialmente). Ante este conflicto, es adecuado recurrir a la labor de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, específicamente en su 58º período de sesiones del año 2006. En el informe elaborado por dicha Comisión se establece que, a pesar de existir una virtual igualdad jerárquica entre las fuentes formales (por lo que, en caso de contradicción, este se resolvería acudiendo a los principios generales del derecho *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat legi generali*), existen ciertos tipos de normas que no podrían ser derogadas por una ley especial y/o posterior: las mencionadas *ius cogens*, las que surgen de la Carta de la ONU (de acuerdo con su art. 103) y las que consagran obligaciones *erga omnes*. Ahora bien, en nuestro caso, el Tratado del Espacio Ultraterrestre prima sobre los Acuerdos Artemisa y sobre cualquier otro instrumento de similar índole, por (alguno de) los siguientes motivos: o se consideran a sus enunciados y principios como normas imperativas (cuestionable por la necesidad de estas de contar con una suma y palpable aceptación uniforme); o se entiende que al hacer expresa mención de que la utilización del espacio ultraterrestre se realizará "de conformidad con el derecho internacional, incluida la Carta de las Naciones Unidas [...]"⁵⁴ y al haber sido dictada dentro del marco de la misma

53. CDI, "Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas...", párr. 247.

54. Tratado sobre los principios que deben..., 27/01/1967, art. 3.

Organización, las disposiciones del Tratado priman sobre el resto de las fuentes al hacerse extensible lo estipulado en el art. 103 de la Carta;⁵⁵ o bien se entiende que sus normas constituyen obligaciones *erga omnes* por imponer mandatos a los Estados parte no solo exigibles por sus pares sino también por terceros Estados en cuanto beneficiarios⁵⁶ y toda vez que en el caso se cumple la exigencia de la CDI de que "esa prevalencia pueda inferirse de la forma o la naturaleza de la ley general o de la intención de las partes, según corresponda".⁵⁷

VII. REFLEXIONES FINALES

El fervor asumido por ciertos Estados en el avance de una nueva regulación del uso de recursos naturales de cuerpos celestes es, en efecto, un llamado de atención a toda la sociedad internacional. Podríamos estar ante el inicio de una práctica descontrolada por parte de empresas y de determinados Estados que, despegándose del fin explorador y científico que hasta al momento ha regido a la actividad humana en el espacio exterior, afecte no solo a las generaciones futuras de la humanidad, sino también a estos ecosistemas tan diversos y únicos que miles de millones de años ha tomado al cosmos conformar. A pesar de ello, es dable concluir que el orden jurídico internacional vigente configura una barrera a estas pretensiones. Los principios de no apropiación del espacio y de cooperación internacional emanados del Tratado de 1967 constituyen obligaciones *erga omnes* (por su propia naturaleza y/o por estar vinculados a los principios de la Carta), y no solo en su carácter genérico, sino por ser interpretados considerando el Acuerdo de 1979 y la Resolución 51/122 de 1996, que los convierten (en lo que interesa a este trabajo) en la prohibición de la apropiación de recursos

55. "En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta". Carta de la ONU, 26/06/1945, art. 103.

56. "La exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, deberán hacerse en provecho y en interés de todos los países...". Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, 27/01/1967, art. 1.

57. CDI, "Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas...", párr. 251, inc. 10.

naturales de cuerpos celestes por parte de Estados, entidades privadas y personas, y en un principio de cooperación internacional con especial consideración de las necesidades de las naciones en desarrollo. Por lo dicho, la utilización de estos recursos (que, al fin y al cabo, parecería constituir *res communis humanitatis*, tal como la zona internacional de los fondos marinos y oceánicos en el derecho internacional del mar) solo podrá ser llevada a cabo en beneficio de la humanidad, bajo el acuerdo y el control exhaustivo de toda la comunidad internacional.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes, 05/12/1979, Nueva York, Estados Unidos de América, e.v. 11/07/1948.
- Acuerdos Artemisa, 13/10/2020. URL <https://www.nasa.gov/specials/artemis-accords/index.html> consultado 13/07/2021.
- ARMAS PFIRTER, Frida M., Capítulo 33. "La zona internacional de los fondos marinos" en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina. S., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Errepar, 2015, Buenos Aires.
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/RES/51/122, Declaración sobre la cooperación internacional en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre en beneficio e interés de todos los Estados, teniendo especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo, 13/12/1996, URL <https://www.un.org/es/documents/ag/res/51/list51.htm> consultado 13/07/2021.
- BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Zavallia, 2008, Buenos Aires.
- BBC News Mundo, "Agua en la Luna: la NASA confirma la existencia de agua en la superficie iluminada del satélite de la Tierra", 26/10/2020, URL <https://www.bbc.com/mundo/noticias-54697135> consultado 14/07/2021.
- BGR, "Asteroid mining will produce the world's first trillionaire, according to Goldman Sachs", WEHNER, Mike, 23/04/2018, URL <https://bgr.com/2018/04/23/asteroid-mining-trillionaire-goldman-sachs-report/> consultado 14/07/2021.
- BROTÓNS, Antonio Remiro, *Derecho Internacional. Curso General*, Tirant lo Blanch, 2010, Valencia.

Carta de las Naciones Unidas, 26/06/1945, San Francisco, Estados Unidos de América, e.v. 24/10/1945.

CHENG, Bin, "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?" en *Studies in International Space Law*, Clarendon Press, 1997, Oxford.

Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (parte 2), "Actos unilaterales de los Estados" en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2006, Vol. II, Segunda parte, Cap. IX, pp. 175-183.

—, A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (parte 2), "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional" en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2006, Vol. II, Segunda parte, Cap. XII, pp. 192-202.

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 10/12/1982, Bahía Montego, Jamaica, e.v. 16/11/1994, URL https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf consultado 13/07/2021.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, Viena, Austria, e.v. 27/01/1980, UNTS 1115:331.

Corte Internacional de Justicia, "Caso de la Plataforma continental del Mar del Norte", "República Federal Alemana c. Dinamarca/ ídem c. Países Bajos", 20/02/1969.

—, "Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua", "Nicaragua c. Estados Unidos de América", 27/06/1986.

—, "Caso relativo a los ensayos nucleares", "Nueva Zelanda c. Francia", 20/12/1974.

Corte Permanente de Justicia Internacional, "Fábrica de Chorzów", "Alemania c. Polonia", 13/09/1928.

DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, "El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2006, Vol. VI, pp. 513-549, URL <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/viewFile/160/256> consultado 13/07/2021.

DW, "Mining the moon: Earth's back-up plan?", LOMAS, Charlotta, 02/02/2018, URL <https://www.dw.com/en/mining-the-moon-earths-back-up-plan/a-42286299> consultado 14/07/2021.

Estados Unidos de América, "U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act", ley 114-90, 25/11/2015, URL <https://www>.

- congress.gov/114/plaws/publ90/PLAW-114publ90.pdf consultado 13/07/2021.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina. S. & LAVISTA Verónica, Capítulo 21. “Adquisición y pérdida de territorios”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina. S., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Errepar, 2015, Buenos Aires.
- Gran Ducado de Luxemburgo, Loi du 20 juillet 2017 sur l’exploration et l’utilisation des ressources de l’espace, 28/07/2017, URL https://space-agency.public.lu/en/agency/legal-framework/law_space_resources_english_translation.html consultado 13/07/2021.
- Poder Ejecutivo de los Estados Unidos de América, “Executive Order on Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources”, orden ejecutiva, 06/04/2020, URL <https://trumpwhitehouse.archives.gov/presidential-actions/executive-order-encouraging-international-support-recovery-use-space-resources/> consultado 13/07/2021.
- Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, 04/10/1991, Madrid, España, e.v. 14/01/1998, URL <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/614/norma.htm> consultado 13/07/2021.
- NASA, “RADAR POINTS TO MOON BEING MORE METALLIC THAN RESEARCHERS THOUGHT”, REHM, JEREMY, 01/07/20, [HTTPS://WWW.NASA.GOV/FEATURE/GODDARD/2020/MOON-MORE-METALLIC-THAN-THOUGHT](https://www.nasa.gov/feature/goddard/2020/moon-more-metallic-than-thought), CONSULTADO 14/07/2021.
- ResearchGate, “How much of the Solar System should we leave as Wilderness?”, MARTIN, Elvis & MILLIGAN, Tony, 05/2019, URL <https://www.researchgate.net/publication/333564078> consultado 13/07/2021.
- SPATARO GARCÉS, María Paula, “El Concepto de ‘Estado de explotación de los recursos naturales de la luna y otros cuerpos celestes’ — una propuesta de creación para el derecho del espacio ultraterrestre”, tesis de grado-pregrado, 2016, Universidad de los Andes, Colombia, URL <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/18094> consultado 13/07/2021.
- The Guardian, “Donald Trump officially launches US space force”, Associated Press in Washington, 21/12/2019, URL <https://www.theguardian.com/us-news/2019/dec/21/donald-trump-officially-launches-us-space-force> consultado 14/07/2021.

Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, 27/01/1967, Londres, Moscú y Washington D.C., e.v. 10/10/1967.

A UN AÑO DE LA NUEVA LEY DE ALQUILERES: LA MIRADA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO*

AGUSTÍN ALEJO CENTURIÓN**

Resumen: El presente trabajo analiza la denominada “Nueva Ley de Alquileres” (Ley 27.551) a través de la óptica del análisis económico del derecho. Realizaré un análisis jurídico y económico de los puntos más relevantes de la normativa y demostraré que esta tiene como resultado efectos adversos a los buscados por el legislador. En una primera parte trataré las modificaciones realizadas al Código Civil y Comercial —de ahora en adelante el Código—, desarrollando los argumentos que nos brinda el análisis económico del derecho para la vieja y la nueva normativa y los posibles efectos de estas.

En la sección siguiente analizaré la normativa complementaria al Código, en especial las restricciones sobre los ajustes de precios, demostrando que esta produce un aumento en los precios de los alquileres, a causa de la traslación hacia el locatario de los costos que tiene el locador que ocasiona la normativa, produciendo así un daño en el mercado. En esta sección explicaré porqué es analógicamente aplicable el análisis de traslación que utiliza el análisis económico del derecho sobre los impuestos, siendo que hay una semejanza en los costos y efectos que produce la “Nueva Ley de Alquileres”.

Por último, remarcaré la contradicción entre los efectos de la normativa y el objetivo del legislador que busca proteger al locatario analizando los argumentos legislativos presentados en el tratamiento del proyecto de ley por parte del Congreso en 2016, y atribuiré la contradicción mencionada como un efecto de un mal planteo moral por parte del legislador que busca erradicar una supuesta lucha de clases en auxilio de la parte más débil.

Palabras clave: riesgo moral — precio — inflación — locador — locatario — mercado — excedente — traslación — oferta — demanda

* Recepción del original: 13/08/2021. Aceptación: 12/10/2021.

** A la UBA en sus 200 años, y principalmente a mis padres.

Abstract: This paper analyzes the so-called ‘new rental bill’ (bill 27.551) through the perspective of the economic analysis of the law. I will perform a legal and economic analysis of the most relevant points of the regulation and demonstrate that its results are contraries to the ones intended by the legislator. In the first part I will analyze the modifications to the Civil and Commercial Code, developing the economic justifications for the old and the new regulations and their possible effects. In the next section I will study the regulations complementary to the Code, in particular the restrictions on price, demonstrating that they produce an increase in rental prices and a disadvantage for the tenant and the locator, also damaging the market.

Finally, I will expose the contradiction between the effects of the regulations and the objective of the legislator, who wants to protect the tenant, by analyzing the legislative arguments presented in the treatment of the bill by the Congress in 2016, which have a bad moral proposition in relation to a supposed class conflict.

Keywords: moral hazard — price — inflation — landlord — tenant — market — surplus — translation — supply — demand

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 27.551 denominada “Nueva Ley de Alquileres” —de ahora en más NLA— es una de las tantas normativas de intervención por parte del Estado en la economía. Dicha normativa modifica diez artículos del Código Civil y Comercial y un artículo de la Ley 26.589 referido a la mediación prejudicial, y agrega también los artículos 1204 bis y 1221 al Código. Aunque el proyecto de ley se presentó a mediados del 2019, con un tratamiento anterior en el Congreso en 2016 con su consecuente rechazo, la norma se sancionó durante la crisis sanitaria del COVID-19. Da a pensar que el legislador ha decidido que dicha legislación apoyará a las medidas para apaciguar la crisis económica producida por la pandemia y la ya arrastrada en los últimos años. El objeto de este trabajo será aplicar los criterios brindados por el análisis económico del derecho —de ahora en más AED— para determinar los efectos de la normativa y evaluar si cumple con los objetivos deseados para sanear una situación económica crítica o, de forma contraria, son un obstáculo para dicho objetivo.

El AED puede cumplir una variedad de funciones. Entre ellas, una función normativa para la realización de normas que busquen maximizar ciertas preferencias, una función predictiva con el fin de determinar las consecuencias que pueden tener las diversas decisiones jurídicas y legislativas y una función explicativa, que busca explicar el contenido y la justificación de las normas ya existentes.¹ Me concentraré en la función predictiva del AED para determinar las consecuencias de la NLA y verificar si surte los efectos esperados o, por el contrario, agrava la situación para las partes involucradas en un contexto ya de comienzo desfavorable en un país con altos márgenes de inflación y en una crisis agravada por la pandemia del COVID-19. A un año de su sanción, podré analizar los efectos reales de dicha norma y, posteriormente, predecir con un cierto margen de certeza sus efectos futuros. El análisis se realizará con el prisma de la teoría económica del hombre racional, la cual interpone a los agentes como seres racionales que tomarán las decisiones que consideren acertadas para maximizar sus beneficios ante la aplicación de la norma. Comentaré el contenido de la ley haciendo énfasis en sus características más relevantes para el AED, relacionándolos también con el contenido del cuerpo normativo ya existente.

II. EL CONTRATO DE LOCACIÓN Y LAS MODIFICACIONES DE LA NLA

En su artículo 1187, el Código estipula que hay contrato de locación cuando una parte se obliga a otorgar a otra el uso y goce de una cosa a cambio del pago de un precio en dinero. En esta inteligencia podemos determinar que el contrato de locación puede ser en tanto a cualquier cosa, ya sea mueble o inmueble, pero el legislador ha decidido enfocar la reforma de la NLA en la locación de inmuebles, y con mayor énfasis en el de uso habitacional.

II.A. Domicilio electrónico

El artículo primero de la NLA sustituye el artículo 75 del Código, incorporando en su texto la posibilidad de las partes de constituir un domicilio electrónico para la recepción efectiva de todas las notificaciones

1. DOMENECH-PASCUAL, “Sobre el poder explicativo del análisis...”, pp. 2-4.

judiciales. Esto beneficiará la velocidad en la que se llevarán los procesos contractuales, y reducirá los tiempos de comunicación entre partes. Sin embargo, para parte de la doctrina tiene sus deficiencias en tanto a la determinación del comienzo de cómputo de plazos ante la imposibilidad de establecer con precisión la efectiva recepción de la notificación.²

II.B. El depósito de garantía

El artículo 2 comienza con la legislación enfocada en el uso habitacional. Prohíbe prácticas que antes eran usuales en la actividad contractual, como lo eran el pago anticipado del alquiler o el pago de valor llave.³ También dispone que no puede requerirse del locatario la firma de pagarés o cualquier otro documento que no forme parte del contrato original. Esta última disposición tiene el objeto de evitar las futuras evasiones de impuestos en las que podría incurrir el locador, si traslada parte del precio del contrato a otros documentos que no resulten de forma aparente relacionados con la locación, para evitar la intromisión de los entes gubernamentales fiscales (AFIP). También se dispuso un tope al depósito exigido de garantía, que no puede superar el valor de un mes de alquiler y que al finalizar el contrato deberá ser restituido al locatario con el valor del último mes de alquiler del contrato. Esta normativa impuesta en el artículo 1196 del Código tiene como objetivo del legislador facilitar el acceso del locatario a una vivienda digna, y considera que el locador tiene una posición de fuerza desmedida sobre el locatario, y su propósito es intentar igualar esa relación de poder,⁴ punto sobre el que hablaré más adelante. Queda claro que en aras de este objetivo se limita la autonomía de la voluntad de las partes. Aunque el reintegro del valor del depósito de garantía resulta acertado, ya que no habría sentido en que el locatario sufra una pérdida patrimonial en la simple razón de un depósito, no parece serlo en tanto al monto límite máximo impuesto del valor de un mes de locación, ya que quita seguridades al locatario a la hora de contratar, eliminando incentivos para este y también desmereciendo la voluntad del locatario de poder negociar el contrato y el monto del depósito que debe realizar. En este sentido, no resulta irrazonable pensar que el inquilino podría

2. VANELLA GODINO, “Incentivos e incidencia contractual en la nueva Ley de Alquileres...”, p. 3.

3. SAPPÍA, LÓPEZ COQUET & LÓPEZ REVIGLIONE, “La determinación del precio en la...”, p. 2.

4. SAPPÍA, LÓPEZ COQUET & LÓPEZ REVIGLIONE, “La determinación del precio en la...”, p. 3.

aceptar un monto mayor a un mes, teniendo en cuenta que de igual manera volverá a recibir el mismo con un valor actualizado, lo cual generará incentivos por su parte a llevar a cabo el debido cuidado del inmueble y de respeto de las demás cláusulas contractuales, ya que de lo contrario se vería dañado en su patrimonio. Sumado a esto, nos encontramos con que no se tiene en cuenta el plazo del contrato, ya que el nuevo plazo mínimo impuesto por la NLA es de tres años pero el plazo máximo es de veinte años, y permite que el contrato se extienda mucho más del plazo mínimo y no es suficiente un depósito del valor de un mes de alquiler para cubrir todos los posibles riesgos que podrían acaecer en el plazo de 20 años o asimilables, ya que de por sí sería difícil argumentar que daría seguridades en un contrato de tres años.⁵

II.C. El deber conservar la cosa con aptitud para el uso convenido

La contracara del deber del locatario de conservar la cosa en buen estado es el deber del locador de conservar la cosa con aptitud para el uso convenido, estipulado en el artículo 1201 y modificado por la NLA en su artículo 5. En primera instancia, la norma conserva la obligación del locador de reparar el deterioro provocado, sin importar su causa, sustituyendo solamente la redacción anterior por una más simple. Sin embargo, mientras el artículo sustituido disponía que el locatario solo tenía el derecho a interrumpir el pago del canon locativo en razón de una turbación del uso y goce convenido —encontrándose ahora en el artículo 1203 modificado por la NLA—, la nueva redacción lo autoriza a realizar por sí mismo las reparaciones pertinentes previa notificación fehaciente y vencido el plazo de 24 horas para obtener respuesta del locador desde la realización de su recepción. Si dicha reparación no fuese urgente, el plazo será de 10 días corridos. En ambos casos, las reparaciones realizadas por el locatario otorgan un crédito a este contra el locador, y este último deberá abonar los costos de la reparación que se le intimó a realizar y omitió. La innovación se encuentra, entonces, en la regulación del procedimiento a realizar en dichas situaciones. Es posible afirmar que, en los términos de Calabresi y Malamed,⁶ el legislador estableció reglas de responsabilidad, atribuyendo la obligación de soportar los costos de las

5. MOEREMANS, *Régimen de alquileres*, pp. 243-246.

6. CALABRESI & MALAMED, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, pp. 366-372.

mejoras necesarias. Esta regla se da como respuesta al riesgo moral o *moral hazard* que provocaría que la obligación estuviera en cabeza del locatario.⁷ Esta normativa hipotética incitaría a la desigualdad de información entre los agentes participantes del contrato, donde el locatario podría aprovechar para obtener un beneficio —como la reparación del inmueble del cual es propietario— a costas del locador. Entonces, en un caso hipotético donde una tubería que se encuentra dentro de una pared empieza a tener pérdidas, y provoca humedad y deterioro de los cimientos, el locador se vería beneficiado por la solución que proporciona el locatario, con la obtención de manera gratuita la reparación de su inmueble. Por lo tanto, no habría incentivos para el locador de mantener en buen estado el inmueble si sabe que de encontrarse una problemática de este tipo será el locatario quien se encargue solucionarla. Esta normativa —donde el locatario soportaría los costos— dejaría desamparado al locatario que verá una afectación patrimonial al tener que soportar los costos de la mejora necesaria. Entonces, al atribuirse los costos de las mejoras necesarias al locador se crean incentivos para que este lo mantenga. Debemos tener en cuenta que esta regla de responsabilidad rige todas las mejoras necesarias ante cualquier daño no culpable al locatario, por lo cual en un caso fortuito de fuerza mayor será el locador quien tenga que responder. Esto parece ser acertado ya que no tendría sentido que sea el locatario quien tenga que sufrir ese hecho y beneficiar así con su obrar al locador. Se crea así un beneficio para toda la comunidad donde se resguarda a quienes buscan el acceso a una vivienda digna sin que se permita el aprovechamiento injustificado de los locadores.

Por último, debo señalar que el legislador en el nuevo artículo 1204 bis agrega la posibilidad del locatario de compensar de pleno derecho los créditos que posee contra el locador mediante el canon locativo, es decir, que podrá descontar del precio del alquiler adeudado lo que el locador le debe en razón de los gastos que se ubican en cabeza del locador. De esta manera, se ahorran los costos de transacción que incluyen la negociación entre las partes o la necesidad de recurrir a la vía judicial, ya que la compensación resulta de pleno derecho, aplicándose también así un *enforcement*, entendido como un incentivo para cumplir con el contrato, para que el locador cumpla con su obligación de reparar o abonar los costos.⁸

7. BALDINO & ROMERO BARSUCO, "La pensión de alimentos en la...", pp. 367-369.

8. BALDINO & ROMERO BARSUCO, "La pensión de alimentos en la...", p. 381.

II.D. La resolución anticipada

El artículo 1221 permite al locatario resolver el contrato de locación de manera anticipada cuando se trate de un inmueble y hayan transcurrido seis meses desde la celebración, y debe notificar fehacientemente su decisión al locador con al menos un mes de anticipación. Es decir que el legislador otorga la posibilidad de rescindir el contrato luego de cumplidos los primeros seis meses del contrato, si se notifica con un mes de antelación, y dicha notificación se puede establecer en el domicilio electrónico del locador.

Ahora bien, es llamativo como el legislador otorga la facultad de resolver pero también reconoce que su uso puede producir un daño, atribuyendo al locador el derecho a una indemnización por este. Y causa sorpresa porque es un principio del derecho civil que solo se hará lugar a la reparación de un daño siempre y cuando este sea producido por un acto antijurídico, es decir, que no esté justificado por la norma.⁹ Dicho principio se encuentra consagrado en los artículos 1717 y 1718 inc. a) del Código, donde dicta que es justificado el hecho que causa un daño cuando se produce en ejercicio regular de un derecho, por lo cual no dará lugar a una indemnización. De ahí viene el factor llamativo de esta legislación. Mientras el mismo ordenamiento impide que el ejercicio regular de un derecho habilite a una indemnización por la falta del elemento de la antijuricidad, en el caso del artículo 1221 el codificador otorga al locatario el derecho a resolver anticipadamente el contrato y al locador el derecho a una indemnización por el daño que el primero causó en ejercicio regular de un derecho. Quizás una manera de entender esta técnica legislativa sea interpretarla de manera similar a la que se entiende a la indemnización del despido sin causa en el derecho laboral, cuando atribuye al despido incausado del trabajador el no carácter de un derecho sino el de un ilícito civil que el ordenamiento permite, no imponiendo a la indemnización como una reparación, sino como una sanción tarifada para persuadir a la abstención de realizar dicho acto.¹⁰ En este entendimiento, debemos considerar a la resolución temprana del contrato por parte del locatario como un hecho antijurídico, al ser contrario al principio de no dañar y a las obligaciones contractuales, que produce un

9. CALVO COSTA, *Derecho de las obligaciones*, pp. 711-722.

10. SUDERA, “Terminación del contrato de trabajo”, p. 493.

verdadero daño sobre el locador y por lo cual es sancionable, imponiéndose una sanción tarifada a favor de este último.

Continuando, si la facultad se produce dentro del primer año del contrato, la indemnización será del valor de un mes y medio del alquiler al momento de la desocupación, y luego de dicho plazo será solamente del valor de un mes. Nuevamente aquí vemos aplicada una regla de responsabilidad. Debo reiterar que este tipo de reglas se establecen cuando los costos de negociación de la transferencia de un derecho son tan caros que dicha transferencia no se llevará a cabo aún si fuese beneficiosa para las partes y el resto de la comunidad, por lo cual se les fija colectivamente un valor al derecho que se busca transferir.¹¹ En este caso en particular nos encontramos con la tensión entre el derecho a resolver el contrato del locatario con el derecho a no ser dañado por dicha rescisión. El locatario emitirá una externalidad —la rescisión anticipada del contrato— la cual el locador recibirá de manera negativa. Entonces, el locador tendrá la intención de comprar el derecho de rescisión del locatario, quizás disminuyendo el precio del alquiler; mientras que el locatario querrá comprar el derecho del locador a no ser dañado. La negociación del valor de dicho derecho se tornará imposible, principalmente por la razón de que será inverosímil determinar quién valora más el derecho que posee —cuanto valora el derecho de resolver el contrato el locatario y cuanto valora el locador su derecho a no ser dañado—, simplemente porque sería impensado saber los motivos y los costos de oportunidad que tiene el locatario al no resolver anticipadamente o el daño que producirá en el locador no recibir el canon locativo los meses restantes del contrato.¹² Por lo cual, el legislador ha decidido evaluar colectivamente el derecho de cada particular y ha decidido imponer una regla de responsabilidad a favor del locador,¹³ en la cual se valora que el daño producido sobre el locador, sin importar si es un daño grave o mínimo, es igual a un mes y medio de alquiler cuando se produce en el primer

11. CALABRESI & MALAMED, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, pp. 366-372.

12. Estos casos son a modo de ejemplo. Son infinitas las razones por las cuales las partes le podrían dar una valoración distinta a sus derechos. En el caso del locatario este podría tener un costo de oportunidad muy alto o bajo, o podría valorar su libertad a un precio impensado; mientras que el locador podría sufrir daños enormes por la resolución o quizás consiga sin problemas otro inquilino en cuestión de días sin sufrir ninguna pérdida.

13. CALABRESI & MALAMED, “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad...”, pp. 366-372.

año de contrato, y solo de un mes cuando ya transcurrió dicho año. Por lo cual, el locador se verá recompensado en la renuncia de su derecho a no ser dañado cada vez que el locatario quiera ejercer su derecho a resolver de manera temprana y dicha recompensa podrá ser mayor, menor o igual al daño sufrido por meras cuestiones de azar.

También, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica que sugerí en los párrafos anteriores, se podría llegar a entender esta regla de responsabilidad como un *enforcement* que incentiva al locatario a no resolver anticipadamente el contrato. Sin embargo, hubiera sido un mayor incentivo prohibir la resolución anticipada en lugar de permitirla, y si se diera la misma se podría incurrir en una demanda por daños y perjuicios en la que se pueda obtener una verdadera compensación por el daño causado y los incentivos de cumplir el contrato para el locatario serían mayores.

No obstante, hay que señalar que el legislador en la NLA agregó un párrafo más al artículo 1221, que permite, en el caso de la locación con destino habitacional, que si la notificación se realiza con una anticipación de tres meses o más, luego de los primeros seis meses de contrato, el locador no tendrá derecho a indemnización alguna. Es posible pensar que se haya considerado que el periodo de tres meses de antelación para notificar no produce daños al locador, ya que se estima que es tiempo suficiente para que encuentre otro inquilino que pueda celebrar un nuevo contrato de locación.¹⁴ En los términos del AED debemos entender que el legislador no considera los costos de búsqueda de un nuevo inquilino o los honorarios de los profesionales intervinientes en el contrato de locación futuro, y, además, deja sin indemnizar estos costos e incluye los de una posible pérdida de renta de los meses restantes del contrato resuelto ante la posibilidad de no poder volver a alquilar nuevamente el inmueble.

II.E. Renovación del contrato

El artículo 10 de la NLA agrega al Código el artículo 1221 bis, donde se estipula la facultad de las partes de convocar a la otra dentro de los últimos tres meses del contrato para acordar la renovación del mismo en un plazo de quince días corridos. Lo llamativo de la normativa es que en caso de silencio del locador o de su negativa a llegar a un

14. MOEREMANS, *Régimen de alquileres*, p. 252.

acuerdo, el locatario podrá resolver el contrato anticipadamente sin pagar indemnización alguna. Por lo tanto, aun cuando el locador negocie de buena fe los términos de la renovación, el locatario podrá resolver anticipadamente. Es razonable la preocupación de parte de la doctrina de que podría darse una situación de abuso del derecho por parte del locatario, ya que este podría convocar a la negociación y llevarla a cabo de mala fe para que no se produzca acuerdo alguno en los quince días habilitándose la facultad de resolver.¹⁵ Esto puede entenderse mejor desde la mirada del AED: se crea aquí un nuevo *moral hazard* o riesgo moral, ya que nuevamente la norma produce una desigualdad en la información que poseen las partes,¹⁶ debido a que el locatario sabe que solo necesita notificar al locador y no llegar a un acuerdo para resolver anticipadamente y librarse de indemnización alguna, y deja desamparado al locador ante los daños producidos.

Se podría interpretar que el objetivo de esta normativa fue modificar el curso de acción del locador, condicionando sus decisiones¹⁷ con la intención de que este optara por la renovación del contrato. Lastimosamente podría tener un efecto adverso y lesionar a dicho agente aún si este hubiera tenido de antemano la voluntad de negociar de buena fe la renovación. Además, parecería ser que dicho incentivo tampoco alcanzaría para lograr su objetivo a causa del tiempo en que se ubica a dicha negociación. En caso de producirse y de no llegar a ningún acuerdo, el locatario podrá rescindir quedando aún, en el mejor de los supuestos, más de dos meses de contrato, por lo cual este preferirá continuar con el mismo a menos que ya tuviera otra opción de vivienda asegurada de antemano.¹⁸

II.F. Desalojo

El artículo 1222 original estipulaba que antes de iniciar la demanda de desalojo el locador debía intimar al locatario a que pague los alquileres adeudados, otorgando para ello un plazo no menor —puede ser mayor— de diez días corridos, y debe especificar el lugar de pago.

15. MOEREMANS, *Régimen de alquileres*, pp. 252 y 253.

16. CALABRESI & MALAMED, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, pp. 366-372.

17. BALDINO & BARSUCO, “La pensión de alimentos en la...”, pp. 361 y 362.

18. MOEREMANS, *Régimen de alquileres*, p. 253.

La NLA mantiene dicha redacción y agrega en los párrafos subsiguientes que vencido el plazo o resuelto el contrato por cualquier causal, el locatario debe restituir la tenencia del inmueble locado. Ante el incumplimiento el locador puede iniciar la demanda judicial de desalojo según el proceso previsto en cada jurisdicción o, en caso de no preverse, el más abreviado existente. Se estipula también la consignación judicial de la llave del inmueble con costas y gastos a cargo del locador, previo requerimiento a que este la reciba. Además, se dicta que no se deberá cumplir ninguna obligación accesoria desde el día del requerimiento de recepción de la llave si se realizó la consignación judicial de la llave dentro de los diez días hábiles luego de la notificación.

Esta norma tiene principalmente como objeto evitar que el locador encuentre una manera de sorprender al locatario para rescindir el contrato sin que se lo haya intimado a subsanar su mora.¹⁹ También, con el párrafo quinto del artículo que trata sobre la consignación judicial, se crea un incentivo para el locador de recibir la llave al hacerlo responsable de los costos de dicho proceso.

II.F.1. La suspensión de desalojo del DNU 320/2020

Realizaré una breve mención de las medidas tomadas en el DNU 320/2020 al tener relevancia por su cercana temporalidad a la fecha en el que esta investigación se desarrolla²⁰ y al ser concurrente con las modificatorias de la NLA. Entre las medidas de emergencia tomadas por el Poder Ejecutivo Nacional en el marco de la pandemia del COVID 19 se encuentra el dictado del decreto bajo análisis, que hace referencia también a la situación de emergencia económica dictada con anterioridad en la Ley 27.541.

Este decreto estipula, entre muchas otras medidas relacionadas con los contratos de locación, la suspensión de la ejecución de las sentencias judiciales de desalojo. Esta suspensión se dará cuando la sentencia de desalojo tenga causa en la falta del pago del canon locativo y el locatario o sus continuadores, sus sucesores por causa de muerte, o su sublocatario se encuentre en la tenencia del inmueble locado. La norma fijó sus efectos hasta el

19. MOEREMANS, *Régimen de alquileres*, pp. 254 y 255.

20. Junio de 2021.

30 de noviembre de 2020, prorrogándose mediante otros decretos hasta el 31 de enero del 2021 primero y finalmente hasta el 31 de marzo del mismo año. Esta solamente habla de la ejecución de las sentencias, pero nada dice sobre la continuación de los procesos judiciales que deben llevarse a cabo para llegar a dicha sentencia. Podríamos decir que este decreto no crea un problema moral, sino que incrementa uno ya existente. Los procesos judiciales de desalojo suelen ser largos, y provocan que no haya un *enforcement* que conlleve al cumplimiento del contrato, ya que el locatario podrá ostentar la tenencia del inmueble por un periodo largo de tiempo sin tener que pagar un canon locativo. Ahora con el DNU 320/20 esta problemática se agrava un poco más, ya que, aunque exista sentencia, el locatario podrá seguir reteniendo el inmueble.²¹ Podríamos hasta caer en el caso de un juicio de desalojo de más de cinco años en el que desgraciadamente se dicte sentencia en el momento inoportuno del dictado del decreto, y el locador tendría que esperar aún más para ver su inmueble restituido.

III. TÍTULO II DE LA NLA: LA REGULACIÓN COMPLEMENTARIA DE LAS LOCACIONES

III.A. Garantía

La NLA realiza una enumeración claramente taxativa de las posibles garantías que puede presentar el locatario, de las que debe escoger un mínimo de dos para presentar al locador en caso de que este lo requiera. Para empezar, es remarcable que es totalmente normal que el locador exija del locatario algún tipo de garantía para celebrar el contrato de alquiler, pero no se logra comprender como en una ley cuyo objetivo es el de favorecer al locatario en su acceso a una vivienda digna, se le imponga la obligación de otorgar dos garantías de un listado elaborado legislativamente. Esto es un claro límite a la autonomía de la voluntad de las partes y, por lo tanto, a sus capacidades de negociación. Ya he mencionado el caso similar del valor máximo de un mes de alquiler que se establece para el depósito en garantía. En ese caso, si la norma lo permitiese, el locatario podría acceder a otorgar un valor más alto frente a una larga duración del contrato, lo cual

21. MOEREMANS, *Régimen de alquileres*, pp. 284-286.

sería totalmente razonable. Pero en la norma bajo análisis de este apartado no es la exigencia al locador de aceptar un valor máximo lo que se impone, sino que el legislador establece la obligación al locatario de presentar un mínimo de dos tipos diferentes de garantías, entre las que se encuentran el título de propiedad inmueble, el seguro de caución, la garantía de fianza o fiador solidario y la garantía personal del locatario acreditada con cualquier medio fehaciente. Entonces, no parece que la obligación de presentar dos garantías tenga mucho sentido. Ya expliqué por qué en el caso del depósito de garantía el límite evita acuerdos lógicos posibles por el resultado de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que el límite máximo no llega a dar seguridad contractual en el caso de contratos de larga duración. Sin embargo, en este caso el problema se debe manejar de manera contraria. ¿Para qué se impone la obligación de presentar dos garantías como mínimo, si quizás para el locador con una alcanza?²² El resultado de la normativa es que se creará un *enforcement* pero no a favor del locatario, sino del locador. Considero que el legislador se excedió en su actividad reguladora, ya que para seguir favoreciendo al locatario como buscó hacer en toda la NLA, alcanzaba simplemente con el límite máximo del valor de cinco meses de alquiler del segundo párrafo del artículo, y evitaría que el locador exija garantías que el legislador considere irrazonables y se llegue más fácilmente al acuerdo contractual. El deber del locatario de presentar dos tipos de garantía al locador parece una medida incoherente y superflua. Aunque, nuevamente, en contratos de larga duración hubiese sido mejor dejar dicha garantía a la voluntad de las partes.

III.B. Ajustes según la NLA y el AED

Procederé a analizar el artículo de la NLA que considero más polémico en tanto a su injerencia sobre los precios de los alquileres y su afectación sobre el locatario, el locador y el mercado. Realizaré este análisis desde la mirada del AED.

El artículo 14 de la NLA establece en su primer párrafo que todos los contratos de locación —excepto los que tengan destino habitacional, lo cual explicaré a continuación— están exceptuados de los dispuesto en los artículos 7 y 10 de la Ley 23.928 y sus modificatorias. Por lo tanto, la

22. MOEREMANS, *Régimen de alquileres*, p. 261.

norma remite a la ley de convertibilidad austral de 1991 donde se prohibía la indexación de precios en cualquier obligación futura o existente. Dicha prohibición está en los artículos 7 y 10. Entonces, debemos entender que el legislador permite la indexación del canon locativo a cualquier índice que las partes consideren, pudiéndose actualizar en un plazo pactado, ya sea trimestral, semanal, anual o cualquier otro.

Sin embargo, en el párrafo siguiente la NLA se refiere a los contratos de locación con destino habitacional, donde expresa que el precio del alquiler debe fijarse como un valor único y por períodos mensuales sobre el cual solo pueden realizarse ajustes anuales, y prohíbe también bonificaciones o cualquier metodología que induzcan al error del locatario. En el párrafo siguiente dispone que los ajustes anuales deberán efectuarse utilizando un índice conformado por partes iguales por las variaciones mensuales del índice de precios del consumidor (IPC) y la remuneración imponible promedio de los trabajadores estables (RIPTE) que debe ser elaborado y publicado mensualmente por el Banco Central de la República Argentina (BCRA), denominado “Índice para Contratos de Locación” (ICL) y se calcula de la siguiente manera:

$$F_t = [(IPCj-2/IPCj-3) * 0,5 + (RIPTEj-2/RIPTEj-3) * 0,5]^{(1/k)}$$

Donde

F = Factor diario de actualización del Índice para Contratos de Locación (ICL).

k = Número de días correspondiente al mes en curso.

j = Mes en curso.

IPCj-2 = Valor del Índice de Precios al Consumidor Total Nacional, dos meses antes a aquél en que se determina el ICL.

IPCj-3 = Valor del Índice de Precios al Consumidor Total Nacional, tres meses antes a aquél en que se determina el ICL.

RIPTEj-2 = Valor de la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables, dos meses antes de aquél en que se determina el ICL.

RIPTEj-3 = Valor de la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables, tres meses antes de aquél en que se determina el ICL.

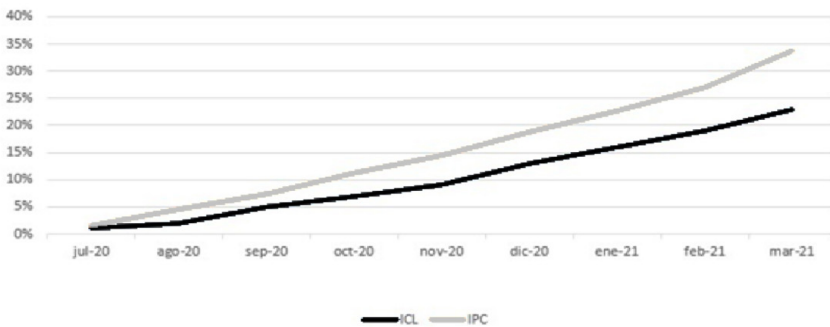
Debo remarcar nuevamente que el contrato de locación con destino habitacional no está exceptuado de la prohibición de indexación de precios como los demás contratos de locación, ya que solo se permitirán ajustes

acordes con la variación del ICL. Pero ahora, ¿cuáles son los efectos de la utilización de dicho índice para ajustes anuales?

III.B.1. Conductas posibles del locador

En primer lugar, en un país inflacionario como la Argentina donde los índices anuales llegan a grandes valores,²³ el índice ICL elaborado por el BCRA no parece poder superar o igualar, ni siquiera asemejarse al IPC que es usualmente utilizado para medir la inflación como puede observarse en el gráfico N°1.²⁴

Gráfico N°1



Este gráfico ayuda a exponer con mayor facilidad el daño patrimonial que sufrirá el locador al perder constantemente con respecto a la inflación. En un caso hipotético donde el contrato de locación se celebró en marzo del 2020 y luego de un año el ICL solo permite aumentar el canon locativo un 23%,²⁵ y la inflación para esa fecha ya habrá sido ya del 34%.

23. Una demostración de esto es el incremento del IPC en 2020 a nivel nacional en un 36,1% según el INDEC. Véase INDEC, “Índices de precios al consumidor, Informes técnicos/ Vol. 5, N°7”, 2020.

24. En el mismo se utilizó el IPC correspondiente al GBA otorgado por el INDEC y el ICL proporcionado por el BCRA. El gráfico solo compara ambos índices desde julio del 2020 hasta marzo de 2021 en consecuencia de la última actualización disponible de los índices de dichos organismos al momento de la realización de este trabajo. Véase INDEC, “Índice de Precios al Consumidor (IPC)” y BCRA, “Índice para Contrato de Locación”.

25. A los fines analíticos de este trabajo las variaciones del ICL que se usarán con relación a algún mes particular serán las establecidas por el INDEC como el más alto para el mes corres-

Sin embargo, este gráfico no representa el daño que sufre el locador de un contrato de locación de un inmueble con destino distinto al comercial, ya que en este caso las partes pueden indexar el precio mensual del alquiler usando el ICL u otro índice que decidan. En cambio, en el caso de la locación con destino habitacional el daño es mayor ya que solo se podrá aumentar el precio anualmente, y el locador recibirá el precio inicial sin variaciones hasta entonces.

Con estos datos y con los conocimientos proporcionados por el AED sabemos que el locador actuará de una forma racional para satisfacer sus necesidades y maximizar sus beneficios, y la forma más clara que tendrá para hacerlo es aumentando el precio inicial del alquiler. Es una respuesta lógica ya que, estimando los grandes niveles de inflación mensuales y anuales del país, sabiendo que el ICL nunca superará o igualará dichos niveles —debido a que está conformado tan solo en su mitad por el IPC— y que además solo podrá variar el precio anualmente y teniendo en cuenta que está obligado a contratar con un mínimo de tres años, el locador aumentará el precio *ab initio* para no sufrir pérdidas patrimoniales futuras durante los próximos tres años. Esta tarea no es nada fácil por el obvio hecho de que se encontrará en una posición de total incertidumbre al tener que estimar como se verá afectado su patrimonio en los próximos tres años y que también debe llegar a un acuerdo razonable con el futuro locatario si desea locar su inmueble, teniendo que ser cuidadoso con no imponer precios desorbitantes para lograrlo. Esta hipótesis que planteo con respaldo en el AED es fácilmente observable en la realidad, y se plasma en el gráfico N°2.²⁶

pondiente, siendo que el ICL es un índice de actualización diaria y no mensual. Por lo cual, los casos hipotéticos presentados usarán las variaciones más altas presentadas por el INDEC para cada mes, estableciéndose los aumentos más elevados que se podrían dar en cada uno. Esto no deja de dar validez a las comparaciones realizadas, ya que, aun utilizándose las mayores variaciones, el ICL en comparación con los demás índices sigue teniendo valores muy inferiores.

26. Para la elaboración de dicho gráfico y la consiguiente explicación se utilizó el precio promedio mensual del precio del metro cuadrado de los departamentos en alquiler en CABA, otorgado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el IPC correspondiente al GBA elaborado por el INDEC. Véase GCBA, “Alquileres” e INDEC, “Índice de Precios al Consumidor (IPC)”.

Gráfico N°2



Como se puede observar, desde marzo de 2019 el aumento del precio del metro cuadrado se mantuvo medianamente estable con la inflación.²⁷ Desde dicho mes a marzo del 2020 el IPC aumentó un 47% mientras que los precios de los alquileres aumentaron un 31%, manteniéndose estos últimos por debajo de la inflación. Pero es notable como, con la implementación de la NLA en julio del 2020, el aumento de los precios de los alquileres casi se igualó con el aumento de la inflación, que fue del 64,3%, y el aumento de precios del metro cuadrado de alquiler fue del 64,5% —tomando ambos porcentajes de aumento como punto 0 el mes de marzo de 2019—. Esto se debió al efecto inmediato de la norma ya que en los primeros tres meses de la implementación de la NLA los precios mensuales de alquiler aumentaron un 23,6%. Antes de que el lector pueda pensar en atribuir dichos aumentos a la crisis económica producida por el COVID-19, el aumento de los precios desde marzo del 2020 —comienzo de las restricciones sanitarias en Argentina— hasta la sanción de la ley en junio del mismo año, fue solamente del 12%. Claramente, los precios aumentaron exponencialmente con la implementación de la NLA. Además, desde marzo del 2020 hasta marzo del 2021, período en que se mantuvo el contexto de la crisis económica causada por la pandemia, la inflación fue del 40,4%,

27. En el presente trabajo utilizaré al IPC como equivalente al índice de inflación, sin tener en cuenta otros índices ni variables.

mientras que el aumento de los alquileres fue del 72,3%. No tendría sentido atribuir ese último aumento solamente a las restricciones sanitarias y a la crisis económica que conllevaron, ya que el aumento de los precios de los alquileres fue mucho más “brusco” que el aumento de los precios de los demás bienes. Para una mejor exposición y comparación de estos datos, en complementación con el gráfico, se puede utilizar la siguiente tabla.

Tabla N°1

	Marzo 2019 a marzo 2020	Julio 2020	Marzo a junio del 2020	Marzo 2020 a marzo 2021	Junio a septiembre 2020
Precio del m ²	31%	64,5%	12%	72,3%	23,6%
IPC	47%	64,3%	5%	40,4%	7,4%

Como vimos en el Gráfico N°2, el precio de los alquileres superó a la inflación y es posible estimar que lo seguirá haciendo, en razón de las reglas de análisis que nos proporciona el AED. Mientras el Estado limite la autonomía de la voluntad de las partes y coloque al locador en una situación de incertidumbre sobre su propio patrimonio durante un tiempo prolongado, como lo son tres años del contrato, este tomará medidas racionales para maximizar sus beneficios, entre las que se encuentran los aumentos recién explicados.

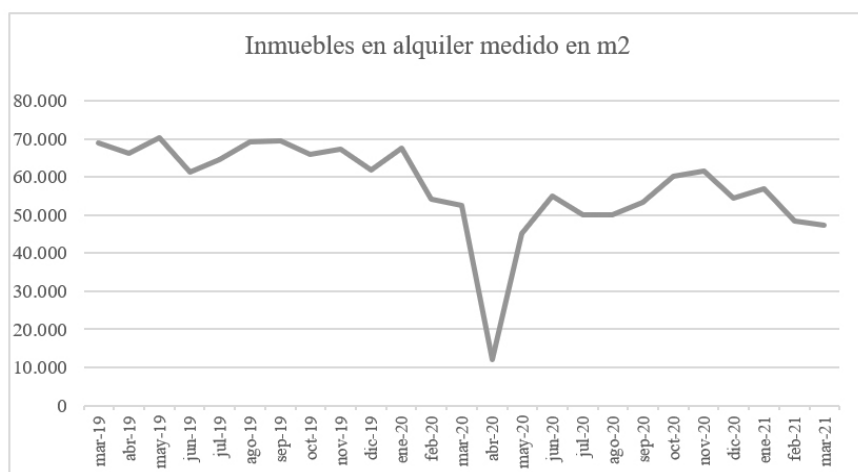
En segundo lugar, otra consecuencia va a ser el desplazamiento de los inmuebles disponibles para alquiler con destino habitacional al mercado de los inmuebles para venta.²⁸ Esto se debe a que el costo de oportunidad para el locador que tendrá el alquiler del inmueble será mucho mayor al que tenía antes. Debemos entender al costo de oportunidad como la pérdida de oportunidad de obtener los beneficios de un contrato alternativo al que estamos celebrando.²⁹

Esta realidad se observa en la disminución de los inmuebles para alquilar en el gráfico N°3.

28. SAPPÀ, LÓPEZ COQUET & LÓPEZ REVIGLIONE, “La determinación del precio en la nueva Ley de Alquileres”, p. 2.

29. COOTER & ULEN, *Law and Economics*, pp. 48 y 49.

Gráfico N°3



Como podrá notar el lector, en abril del 2020 hubo una rotunda baja de los metros cuadrados disponibles, la que se puede atribuir como un efecto del comienzo de las restricciones contra el COVID-19 en la Argentina. De la misma manera que se produjo la caída, la oferta de alquileres recuperó sus índices anteriores, los cuales ya venían mostrando una gran caída en el comienzo de ese año. Sin embargo, podemos ver que, con alternancia de algunas subas y bajas, la oferta siguió disminuyendo hasta marzo de 2021, y los índices del año anterior son irrecuperables.

Debemos entender también la gran relación de este efecto con el anterior, es decir, la disminución de la oferta con la suba de precios, sumado a que esta ya está condicionada por el actuar razonable del locador, como expliqué anteriormente. Esto se debe a que, ante la escasez del bien, su precio será mayor, ya que el consumidor apreciará aún más su consumo. Para entender esto repasaré brevemente algunos conceptos de la microeconomía.

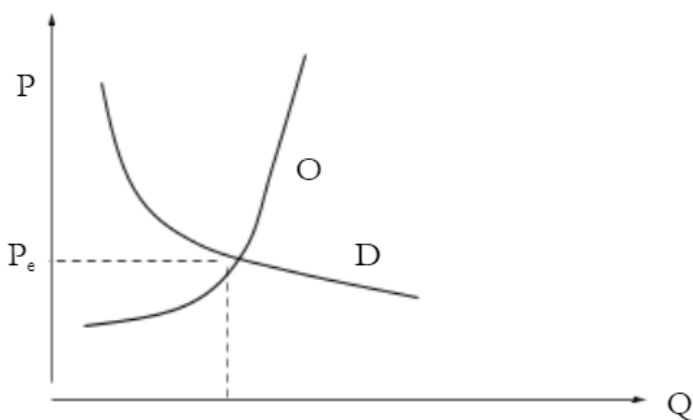
Se define como beneficio a la diferencia entre los costos y los ingresos totales.³⁰ El oferente, como sujeto racional que busca satisfacer sus necesidades en el mayor nivel posible, buscará maximizar su beneficio y lo logrará produciendo la cantidad de bienes que más generará una diferencia positiva entre costos e ingresos, traduciéndose esto como el punto donde el costo

30. COOTER & ULEN, *Law and Economics*, pp. 59 y 60.

marginal de cada bien coincide con el ingreso marginal que dicho bien produce.³¹ En consecuencia, cuando los ingresos marginales sean mayores a los costos, el oferente aumentará la oferta del bien y, *contrario sensu*, si los costos superan los ingresos el oferente dejará de producirlo. Es así como con esta lógica se formará la curva de oferta de los bienes específicos.

Ahora bien, el precio de mercado se dará por el punto de contacto entre la curva de oferta y la curva de demanda, llamado punto de equilibrio, como se puede observar en el gráfico N°4.

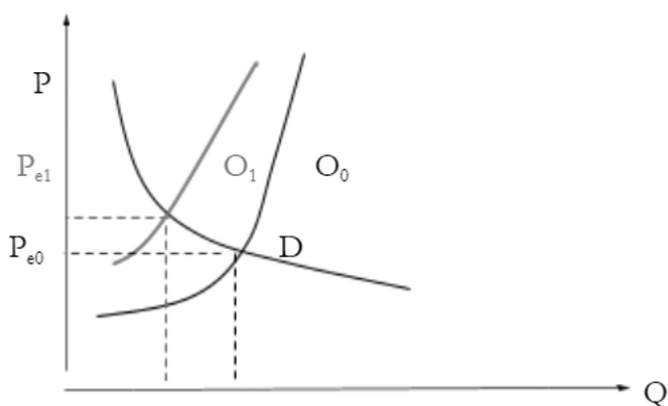
Gráfico N°4



Pero ¿cómo afecta la disminución de los alquileres al precio de equilibrio? La respuesta se encuentra en que la curva de oferta cambiará, al no ofrecerse más la cantidad de inmuebles que había antes en el mercado. El resultado será la imposición de un nuevo precio de equilibrio (P_e), como puede observarse en el gráfico N°5, donde ahora la curva de oferta se habrá trasladado a O_1 que representa una cierta cantidad de bienes a precios más elevados, trasladándose así también el punto de equilibrio. Debemos entender que, ante otra externalidad, como la regulación de ajustes de precios de la NLA y el consecuente actuar ya descrito del locador, la curva de oferta se trasladará aún más, aumentando de nuevo el precio de mercado.

31. Entiéndase al costo marginal y al ingreso marginal como los efectos negativos y positivos, respectivamente, que el oferente percibe con la producción de cada bien adicional analizándolo de manera individual.

Gráfico N°5



Por lo tanto, y resumiendo, la disminución de la oferta provocada por el traslado de los inmuebles para alquiler al mercado de los inmuebles disponibles a la venta, a causa de los mayores beneficios que genera este mercado, provocará una suba de los precios del mercado de los inmuebles para locación.

En tercer lugar, la disminución de la oferta no se verá afectada solo por el traslado de los inmuebles a otro mercado, sino también por la disminución de la inversión en la construcción de nuevos inmuebles a estrenar con destino de locación. Esto lo podemos ver en la tabla N°2.³²

32. Para la elaboración de la tabla se utilizaron los datos correspondientes a CABA proporcionados por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Véase GCBA, “Alquileres”.

Tabla N°2

Mes	Usados %	A estrenar%
mar-19	89,5	10,5
abr-19	91,6	8,4
may-19	92,0	8,0
jun-19	92,7	7,3
jul-19	91,9	8,1
ago-19	90,1	9,9
sep-19	90,7	9,3
oct-19	92,0	8,0
nov-19	91,8	8,2
dic-19	90,5	9,5
ene-20	89,7	10,3
feb-20	89,6	10,4
mar-20	90,2	9,8
abr-20	89,6	10,4
may-20	88,9	11,1
jun-20	90,6	9,4
jul-20	90,0	10,0
ago-20	87,5	12,5
sep-20	90,0	10,0
oct-20	90,8	9,2
nov-20	90,1	9,9
dic-20	92,9	7,1
ene-21	92,3	7,7
feb-21	92,1	7,9
mar-21	91,3	8,7

Es notable como, con el pasar de los meses y en especial desde diciembre del 2020, el porcentaje de inmuebles a estrenar descendió notablemente. Teniendo en cuenta además que la cantidad de inmuebles en general empezó a disminuir de forma paralela, siendo que cada vez es aún menor la cantidad de inmuebles a estrenar con fines de locación habitacional.

En cuarto y último lugar, otra actitud lógica que tomará el locador será recurrir a simulaciones jurídicas, como la apariencia de la celebración de un contrato distinto al de locación en las formalidades, cuando realmente lo que se celebra es este tipo de contrato; o también como la exclusión de

algunas obligaciones propias del contrato en las formalidades. Sin embargo, el legislador percibe dichos actos y los prohíbe terminantemente, al imponer, por ejemplo, que el locador no puede solicitarle al locatario la firma de pagarés o cualquier otro documento que no forme parte del contrato original, para evitar así la evasión de impuestos y aumentos por fuera del ICL en los cuales el locador podría insistir.

Asimismo, no puedo soslayar que el mayor mecanismo que impone la NLA para evitar la simulación del locador es el artículo 16, que establece la obligación en cabeza del locatario de declarar el contrato ante la AFIP, imponiéndole sanciones en caso de incumplimiento; también obliga al juez a dar aviso al ente sobre la existencia del contrato cuando se inicien acciones judiciales a causa de su ejecución. Sin perjuicio de esto, el locatario también tiene la facultad de hacer él mismo la declaración en cualquier momento. Esto sin ninguna duda es un *enforcement* que asegura el cumplimiento del contrato de locación bajo todas las disposiciones que establece el Código y la NLA. El locador tendrá más dificultada la evasión de esta normativa ya que la ley le exige la declaración de existencia del contrato; de no hacerlo el mismo locatario podrá realizarla, imponiéndosele sanciones pecuniarias al locador.

Cabe agregar a estas cuatro opciones que tiene el locatario —trasladarse al mercado de venta de inmuebles, invertir en otras opciones, aumentar el precio inicial, y la simulación— un quinto camino que percibe parte de la doctrina: la celebración del contrato en dólares.³³ Al considerarse el artículo 756 del Código, que permite la pesificación de las obligaciones establecidas en moneda extranjera, como una norma que no es de orden público y por lo tanto es renunciable por el deudor, podemos encontrar una manera de evitar la pérdida de valor del canon locativo al establecer el contrato en dólares estadounidenses o en cualquier otra moneda extranjera capaz de reducir la brecha con los índices de inflación. Es llamativo como, ante todas las modificaciones y preocupaciones por el ajuste de los contratos, el legislador haya decidido omitir referirse a la moneda en que se deben establecer estos. Sin embargo, aunque dicha opción sea posible, no parece verosímil en la mayoría de los casos. Esto se debe a que la costumbre no es establecer el canon locativo en moneda extranjera porque, más allá de las políticas económicas del gobierno actual, es notable la escasez

33. El Dial, “Reflexiones acerca de la modificación legislativa...”, p. 8.

del dólar y la dificultad para obtenerlo, lo que la vuelve una opción inviable para el locatario.

III.C. Consecuencias para el locatario y el mercado

Una vez ya analizadas las posibles actuaciones de los locadores ante el ajuste del canon locativo según la NLA, podemos determinar en qué medida esto afectará al locatario y al mercado.

El lector podrá haber identificado con anterioridad las dos consecuencias principales: si los precios de los alquileres *ab initio* aumentan, pero no así el poder adquisitivo, se verá aún más dificultado el acceso a una vivienda digna; y si la oferta disminuye, sea por la desinversión o el traslado de los bienes a otro mercado, también se verá dificultado dicho acceso.

El razonamiento es lógico y simple pero quizás el AED nos ayude a entender un poco mejor el nivel de afectación sobre el locatario y el mercado. Me adelantaré a la siguiente explicación advirtiéndole que emplearé de manera analógica el análisis económico que se utiliza para la observancia de impuestos por la siguiente razón: los impuestos que impone el Estado a ciertos negocios o acuerdos provocan un aumento del precio del bien objeto de estos. Si bien la NLA no establece impuesto alguno al contrato de locación,³⁴ sí provoca un aumento de precios como lo hacen los impuestos, por lo tanto considero que sus efectos son semejantes.

Una vez realizada esta aclaración, debemos entender el efecto de la traslación según el AED. Este concepto hace referencia a la capacidad que tiene un agente económico de transferir a su contraparte los efectos producidos por un impuesto que el Estado puso en su cabeza.³⁵ ¿Cómo realizan esta traslación el oferente y el consumidor? El primero lo hace aumentando los precios, para que su contraparte soporte parte del impuesto o su totalidad; y el segundo, consumiendo otros bienes que satisfagan sus necesidades y tengan un gravamen menor. El primer caso será nuestro foco de análisis para demostrar, como se hizo en los apartados anteriores, que esta misma actitud es la que provoca la NLA. Consecuentemente, es posible afirmar que, ante esta normativa, lo que hace el locador es trasladar

34. Este trabajo hace caso omiso a los impuestos que pueden proceder en materia de locación por normativas externas al no ser establecidos por la NLA y, en consecuencia, no encontrarse en el objeto de estudio de este trabajo.

35. YÁÑEZ, "Impacto, traslación e incidencia de los impuestos", p. 203.

los efectos negativos al locatario, quien los tiene que soportar al menos en parte. Dicho de otra manera, la pérdida de beneficios que la NLA produce para el locador, la traslada parcial o totalmente al locatario para que la tenga que soportar mediante el aumento de precios inicial. Para un mayor entendimiento pasará a dar dos casos ejemplificativos, uno sobre impuestos y otro sobre la NLA.

Caso 1: el locatario A ofrece su inmueble para alquilar a un precio de \$23.000³⁶ teniendo un costo de oportunidad de \$19.000 y el posible futuro locatario B estará dispuesto a celebrar el contrato de locación con un precio inicial de \$30.000. Por lo tanto, con el contrato, A tendrá un beneficio de \$4.000 y B uno de \$7.000. La suma de \$11.000 será lo que llamaremos beneficio social. Ahora, supongamos que el Estado le impone a A un impuesto del 50% del valor del precio, este trasladará dicho impuesto a B aumentando en igual proporción el precio, por lo que ahora el inmueble valdrá \$34.500. B no estará dispuesto a pagar ya que valoraba el precio inicial en \$30.000 y A no podrá seguir ofreciendo su inmueble a \$23.000 porque con el impuesto deberá pagar \$11.500, que se sumarán al costo de oportunidad, traduciéndose en una pérdida de \$500. En consecuencia, B no accederá a esa vivienda y el locador perderá un posible locatario.

Caso 2: En el mismo caso anterior supongamos que, en vez de aplicarse un impuesto del 50% sobre el locador, se aplica la NLA, que prohíbe ajustes anuales futuros mayores al ICL. El locatario trasladará los costos que le producirá el tope máximo de ajustes aumentando el precio inicial a \$35.000³⁷, ya que estima que con este precio verá disminuidos los costos en los futuros ajustes, teniendo en cuenta a los costos ordinarios que aumentarán por la inflación y a los costos de oportunidad. Por lo tanto, B no podrá acceder a esta vivienda ya que superará su valoración de \$30.000 y A perderá un futuro locatario.

Como podemos observar, la NLA causará un efecto similar a los impuestos en tanto a que ambos ocasionan la variación de precios que dará

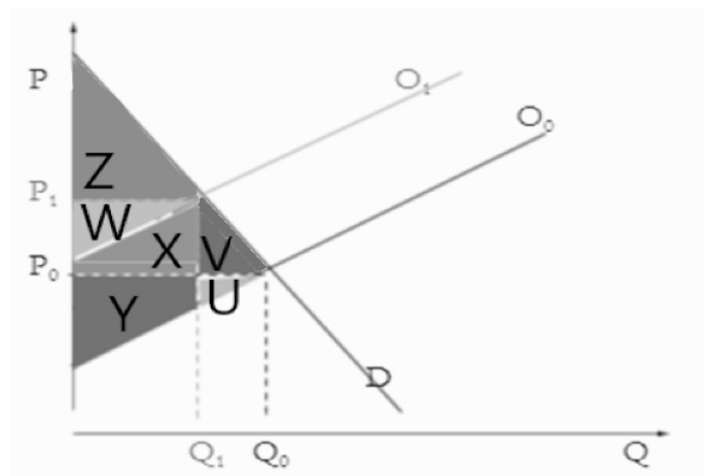
36. Véase Dirección General de Estadísticas y Censos, “Índice de precio promedio del metro...”. Precio promedio aproximado del alquiler de un inmueble de 50 metros cuadrados en CABA en junio de 2020. Los demás datos del ejemplo no tendrán asemejo alguno con la realidad siendo que son inventados a los fines explicativos.

37. Dirección General de Estadísticas y Censos, “Índice de precio promedio del metro...”. Precio promedio aproximado del alquiler de un inmueble de 50 metros cuadrados en la CABA en marzo de 2021.

lugar a la traslación de los efectos negativos que ocasiona estos tipos de intromisión estatal.

En el caso 1 hice una mención al beneficio social, entendido como la suma de los beneficios que obtienen las partes con la producción de los acuerdos económicos. Una observación que podemos hacer con relación a estos dos casos es que en ambos se genera una pérdida total de ese beneficio social, produciéndose una pérdida de peso muerto.³⁸ Debemos considerar esta pérdida como la sumatoria de los beneficios sociales no obtenidos a causa de la pérdida de todos los posibles acuerdos que se podrían haber alcanzado en condiciones de competencia perfecta. Para entenderlo mejor propongo que analicemos el gráfico N°6.

Gráfico N°6



En este gráfico podemos observar el desplazamiento de la curva de oferta de O_0 a O_1 por los aumentos de precio que produce la NLA. Todas las zonas señaladas conformarían el total del beneficio social que se alcanzaría con un acuerdo entre el locador y el locatario si no se aplicara la NLA. La zona Y y la zona U conformarían el excedente —beneficio— del locador y las zonas Z, W, X y V, el excedente del locatario. Con el desplazamiento de la curva, parte de este último excedente se trasladará al locador,

38. YÁÑEZ, “Impacto, traslación e incidencia de los impuestos”, p. 204.

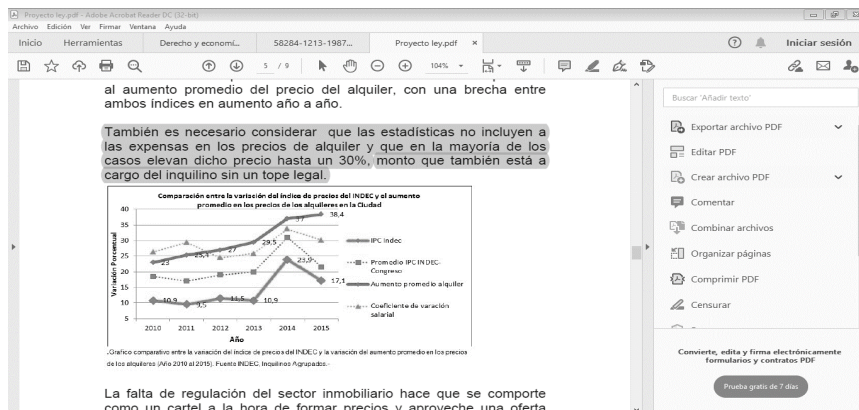
representada por las zonas W y X, reduciéndose el excedente del locatario a la zona Z. En cuanto a las zonas U y V, la primera será el excedente que pierde el locador y no se traslada, y la segunda será el excedente no trasladable del locatario. Estas dos últimas zonas, en sumatoria, conforman la pérdida de peso muerto que, vale la redundancia, conforma todos los posibles beneficios no alcanzados por las partes como consecuencia de la aplicación de la NLA.

Para concluir, y a modo de síntesis, la NLA provoca en el locatario una dificultad mayor para acceder a una vivienda digna; debido a que el aumento de precios causado por el traslado de los efectos negativos de la normativa para el locador, tornan inviables una cantidad incontable de posibles contratos dejando desamparado al locatario. Claramente, produce efectos contrarios a los buscados por el legislador, cuya intención se puede observar en el articulado de la normativa y en la justificación moral utilizada que expondré en el siguiente apartado.

IV. LOS JUSTIFICATIVOS ECONÓMICOS Y MORALES DE LA NLA

En el presente apartado, propongo un breve análisis de las justificaciones económicas y morales dadas por los legisladores en la presentación del proyecto de la NLA en el año 2016, donde se plantearon sus objetivos y los efectos esperados.

Para empezar, la norma comienza relatando que, en el año 2015, con el cambio de gobierno, el peso argentino sufrió una devaluación del 40% (lo cual parece mantenerse o agravarse en la actualidad). La norma atribuye esta devaluación a la especulación inmobiliaria, que tiene como efecto la suba de precios de los alquileres por encima del nivel de inflación. Continúa explicando que la suba de precios, en aquel momento, rondaba entre el 40% y el 60%, y que desde 2010 hasta 2016 los porcentajes de inflación de cada año fueron mucho menores que los de la variación de los precios. La norma adjunta en el texto el siguiente gráfico.



Como vimos en el apartado III.B.1, la inflación se mantenía en una variación positiva constante mucho mayor que la de los precios del metro cuadrado en alquiler en CABA hasta julio de 2020, cuando comenzó a aplicarse la norma. Sin embargo, el proyecto argumentaba que había un margen entre el 40% y el 60% de los aumentos durante 2010 y 2016, señalando un aumento del 35% en 2015. Con estas afirmaciones, la norma argumentaba que debía darse lugar a la actuación del Estado dentro de un mercado monopolístico manejado por un grupo “concentrado de grandes propietarios”.³⁹ En el mismo apartado pudimos observar que tan solo en los primeros tres meses de la aplicación de la NLA el precio de los alquileres aumentó un 23,6%, y llegó al 54% en marzo del 2021.

Con esto podríamos entender que, en un primer lugar, el argumento económico que justificó la intromisión del Estado en el ajuste del canon locativo es erróneo. En segundo lugar, pareciera haber un efecto de “auto profecía” ya que los efectos que se buscaba combatir y justificaron la normativa fueron los que se terminaron dando con su aplicación: la variación de los precios del alquiler muy por encima de los índices de inflación.

También se argumentó que el aumento artificial de los precios de alquiler era consecuencia del monopolio de grandes propietarios, que producía el aumento de los precios en general de los demás productos, es decir que fomentaban la inflación, ya que el locatario comerciante ante el aumento de

39. Senado de la Nación Argentina, “Proyecto de ley modificando el Código...”, p. 6.

precios se vería obligado a aumentar los precios de los bienes que comercializa. Sin embargo, no hay desarrollo alguno dentro del proyecto que respalde dicha afirmación, hasta podría argumentarse, inclusive, que la suba de los precios de los alquileres no tiene incidencia relevante o alguna en la inflación. Lo que resulta más llamativo aún es que, con la lógica de dicho argumento, el legislador permitió la indexación del canon locativo en las locaciones con fines comerciales. Siguiendo entonces con la lógica del argumento legislativo —que no comparto— el locatario comerciante podrá celebrar un contrato de locación indexado al IPC y luego trasladar dichos aumentos a los productos que comercializa, incrementando así el mismo índice que aumenta el canon locativo adeudado, creando una espiral interminable de aumentos inflacionarios. Pareciera ser que la argumentación del legislador es pobre, se basa en preceptos dudosos y regla en sentido contrario a la lógica de estos.

Sumados a los débiles argumentos económicos podemos percibir de manera clara el argumento moral y el objetivo social que tiene el legislador: combatir a los locadores monopolistas concentrados que controlan el mercado y establecen precios artificiales en provecho del locatario para arrebatarle su excedente. El Estado le declara la guerra a los “grandes propietarios concentrados”, pero al legislar en su contra lo hace de una manera sobreinclusiva, arrastrando a dicha guerra a los simples locadores que muchas veces dependen para su subsistencia y el de sus familias del canon locativo de sus inmuebles, que también se ven afectados en su derecho a la propiedad.

Lo que no es menor es que también se afecta gravemente al locatario, ya que los efectos negativos que sufre el locador también son sufridos por estos por la escasez de los inmuebles para alquiler y el aumento de precios que dificultan su acceso a una vivienda digna.

V. CONCLUSIÓN

Como ya mencioné varias veces a lo largo de este trabajo —y volveré a hacer— el legislador parece querer combatir a un grupo determinado en protección de otro. Busca equilibrar mediante políticas públicas “las relaciones entre los actores involucrados que, históricamente, han resultado desiguales”⁴⁰ con la atribución de facultades y beneficios del locatario

40. Senado de la Nación Argentina, “Proyecto de ley modificando el Código...”, p. 9.

frente a los poderes superiores del locador. Los resultados, queda claro, no son los queridos y quizás pueda ser a causa de una mala argumentación moral basada en una supuesta lucha de clases.

Hemos visto que la NLA tiene institutos prácticos para el locatario entre las diversas modificatorias al Código, como lo son la devolución del depósito de garantía al valor actual o la compensación de las deudas contractuales a favor del locatario mediante el canon locativo. Sin embargo, los principales efectos parecen ser sobre el mercado y en detrimento de ambas partes: locador y locatario. He analizado mediante el AED como el locador tiene cuatro opciones viables frente a la normativa de la NLA: la suba de precios, el traslado a otros mercados, la simulación jurídica y la desinversión. Todas estas conductas son efectos lógicos frente a una normativa que busca perjudicar al locador, creyendo que solo ayudan al locatario y sin tener en cuenta que son esos efectos los que causan daños irreparables en el mercado y en los inquilinos.

El país se encuentra desde hace años en una crisis económica, agravada ahora por la pandemia del COVID-19. Aunque la ley fue planteada y tratada con anterioridad, cabría cuestionar la oportunidad y eficacia de esta normativa en momentos como este, en que se deja aún más desamparadas a aquellas personas que necesitan el acceso a un bien tan importante para una vida digna y un adecuado desarrollo de las personas: la vivienda. Debemos aprovechar las herramientas de predicción y análisis que nos ofrece el AED y discutir eufóricamente y de manera democrática, teniendo en cuenta a todos los agentes y factores para la elaboración de políticas públicas estatales que sean más adecuadas para el contexto de profunda crisis en que se encuentra la Argentina hoy.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BALDINO MAYER, Nicolas & ROMERO BASURCO, David G., "La pensión de alimentos en la normativa peruana: una visión desde el análisis económico del derecho", en *Revista Oficial del Poder Judicial*, Poder Judicial del Perú, Vol. 12, N° 14, 2020, pp. 353-387.

Banco Central de la República Argentina (BCRA), Índice para Contrato de Locación, URL <http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/icl2020.xls> consultado 08/04/2023.

- CALABRESI, Guido & MELAMED, Douglas A., “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, en *Harvard Law Review*, Vol. 85, N°6, 1972, pp. 1089-1128, traducido al castellano por el Centro de Estudios Públicos, 1996.
- CALVO COSTA, Carlos A., *Derecho de las Obligaciones*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2020, 2ª reimpresión unificada.
- COOTER, Robert D. & ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, 6ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2016.
- Dirección General de Estadística y Censos (Ministerio de Hacienda y Finanzas GCBA), Índice de precio promedio del m² de departamentos en alquiler usados y a estrenar por cantidad de ambientes. Base marzo 2010/febrero 2011=100. Ciudad de Buenos Aires. Marzo 2010/marzo 2021, URL: <https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/?p=56534> consultado 08/04/2023.
- DOMENECH PASCUAL, Gabriel, “Sobre el poder explicativo del análisis económico del derecho. En especial, del derecho de daños” en *InDret*, Vol. 2, 2019, pp. 1-39.
- El Dial, “Reflexiones acerca de la modificación legislativa en materia de locaciones urbanas por Ley 27.551”, DEL CERRO, José M., 2020, URL https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/doctrina2.asp?base=50&id=13181&t=d consultado 08/04/2023.
- Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA), “Alquileres”, URL <https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/?cat=265>.
- Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (Indec), “Índice de Precios al Consumidor (IPC)”, URL <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel4-Tema-3-5-31> consultado 08/04/2023.
- , “Índices de precios al consumidor, Informes técnicos/ Vol. 5, N° 7”, diciembre de 2020, ISSN 2545-6725, URL https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/ipc_01_21CD878A2A5B.pdf consultado 08/04/2023.
- MOEREMANS Daniel E., *Régimen de alquileres*, Hammurabi, 2020, Buenos Aires.
- SAPPÍA María C., LÓPEZ COQUET, Lucía & LÓPEZ REVIGLIONO, Candelaria, “La determinación del precio en la nueva Ley de Alquileres”, en ALTA-VILLA, Christian, MIGUEL, Federico & NINI ZALAZAR, Sebastián, *Implicancias Jurídicas del Nuevo Régimen Locativo Argentino - Perspectiva Contractual*, Lejister, Buenos Aires, 2020.
- Senado de la Nación Argentina, Proyecto de Ley modificando el Código Civil y Comercial de la Nación, respecto de la Ley de Alquileres, 23/11/2016,

Nº de expte. 894/16, URL <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/parlamentaria/374144/downloadPdf> consultado 08/04/2023.

- SUDERA, Alejandro, “Terminación del contrato de trabajo”, en ACKERMAN, Mariano E. y MAZZA, Miguel A., *Manual de Elementos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017.
- VANELLA, Godino Sebastián, “Incentivos e incidencia contractual en la nueva Ley de Alquileres” en ALTAVILLA, Christian, MIGUEL, Federico & NINI ZALAZAR, Sebastian, *Implicancias Jurídicas del Nuevo Régimen Locativo Argentino - Perspectiva Contractual*, Lejister, Buenos Aires, 2020.
- YÁÑEZ HENRÍQUEZ, José, “Impacto, traslación e incidencia de los impuestos”, en *Revista de Estudios Tributarios*, N°23, 2020, Centro de Estudios Tributarios de la Universidad de Chile, pp. 201-251.

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL ANTE UN MAR ABIERTO. ¿CÓMO SE APLICA EL ESTATUTO EN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES NAVALES?*

EFRÉN ISMAEL SIFONTES TORRES**

Resumen: En el marco del derecho internacional penal moderno, podemos afirmar que los crímenes de guerra que pueden ser cometidos en conflictos armados de carácter internacional están consagrados en el Estatuto de Roma, en los artículos 8.2.a y 8.2.b. Este trabajo parte de la hipótesis de que estos artículos se basan en instrumentos del derecho internacional humanitario cuyo ámbito de aplicación son esencialmente —a excepción de contados ejemplos— los conflictos armados que ocurren en tierra. Ello abre la interrogante: ¿se aplica el Estatuto a los conflictos armados internacionales en el mar? La respuesta intuitiva pareciera ser que sí, puesto que del Estatuto no surge una distinción de estas características.

Sin embargo, las normas que se aplican en ambos tipos de conflictos pueden, en muchos, casos divergir en su forma de aplicación, puesto que, en un conflicto armado en el mar, el principal objetivo de los contendientes no son personas, sino plataformas. Asimismo, existen institutos propios del derecho internacional de los conflictos armados en el mar que no encuentran su correlato en aquellos que se desarrollan en tierra y por lo tanto se eleva la interrogante sobre si estos están contemplados dentro del Estatuto y con qué alcance.

Son estas las incógnitas y divergencias que se plantea analizar en el trabajo. A través del estudio de las condiciones de jurisdicción y ciertos tipos que forman

* Recepción del original: 19/11/2021. Aceptación: 30/12/2021.

** Quiero extender mi más sincero agradecimiento a mi familia quienes me han acompañado y apoyado constantemente y me han enseñado a trabajar y alcanzar mis objetivos. Asimismo, y de forma especial, me gustaría agradecer a la Dra. Natalia Luterstein cuyas enseñanza y guía durante su curso del Ciclo Profesional Orientado “CPI: Aproximaciones teóricas y prácticas” fueron determinantes para concretar esta obra la cual funcionó como trabajo final de dicho curso.

parte de la competencia material de la Corte, se busca llevar luz a cada una de las interrogantes, empleando tanto las normas que surgen dentro del mismo sistema de la Corte, como las normas propias del derecho internacional humanitario aplicable en el mar, las cuales, si bien no están expresamente mencionadas en el Estatuto, siguen jugando un rol fundamental a la hora de comprender cómo el Estatuto se aplica en estos conflictos.

Palabras clave: derecho internacional — derecho internacional humanitario — corte penal internacional — conflictos armados internacionales en el mar — crímenes de guerra

Abstract: In the context of contemporary International Criminal Law, the war crimes that can be committed during an international armed conflicts are currently enshrined in the articles 8.2.a and 8.2.b of the Rome Statute. Therefore, this research starts from a hypothesis that considers these articles as the result of the codification of conducts using instruments of international humanitarian law whose territorial scope is essentially (except for a few counted exceptions) the armed conflicts on land. This assertion opens some questions because one can ask oneself if the Statute applies to international armed conflicts that occurs at sea. The straightforward answer seems to be a plain yes because there are no distinctions of this nature on the Statute.

However, one has to consider that the law that applies to both types of armed conflicts can in most cases be different because in an armed conflicts that occurs at sea, the principal target of the belligerent parties are not human beings themselves, but platforms instead. In addition, the international law that applies to armed conflicts at sea has some institutes that cannot find their correlate to those that happen in the mainland. In consequence, the enquiry in this matter is if these institutes are also considered in the Statute’s system and if so, with which scope.

These are some of the questions and contradictions that motivates this research. Through the study of the territorial jurisdiction requirements and some conducts contemplated as crimes within jurisdiction of the Court, I aim to bring light to each of these questions, using both the normative system that arises from the Statute and the applicable international humanitarian law to armed conflicts at sea. This last group of norms, will be proved to have a crucial role in the understanding of how the Statute applies to these conflicts, although they are not expressly recognized on it.

Keywords: international law — international humanitarian law — international criminal court —international armed conflicts at sea — war crimes

I. INTRODUCCIÓN

Un análisis de la historia de principios del siglo XX en materia de derecho internacional humanitario (en adelante, DIH) permite identificar que los Estados tenían un interés particular por la regulación de los conflictos armados que se desarrollaban en el mar. Así, en el año 1907, en el marco de las Conferencias de Paz de La Haya, se adoptaron distintas convenciones¹ vinculadas a la materia y, posteriormente, en 1909, se elabora la Declaración de Londres relativa al derecho de la guerra marítima.²

Sin embargo, dicho *momentum* fue perdiendo fuerza, sobre todo durante la segunda mitad del siglo XX. Así, Doswald-Beck señalaba que:

“[...] el derecho relativo a la guerra terrestre ha sido reafirmado en tratados recientes, particularmente en los dos Protocolos de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, pero no ha ocurrido lo mismo por lo que atañe al derecho aplicable a los conflictos armados en el mar”.³

Esta desatención que señala Doswald-Beck para con la regulación de los conflictos armados internacionales en el mar se observa en los tratados de DIH que siguieron a 1945, los cuales no regularon completamente estos conflictos; e igualmente se percibe esta tendencia a la hora de tipificar conductas cuyo acontecer permitiría la atribución de responsabilidad individual en el marco del derecho internacional penal.

En este contexto, en el año 2002, entra en vigencia el Estatuto de Roma (en adelante, “el Estatuto”), el cual estableció por primera vez en la historia una jurisdicción penal internacional con vocación de permanencia.

1. Durante la Conferencia de La Haya de 1907 se adoptaron las Convenciones relativas al régimen de navíos de comercio enemigos al comienzo de las hostilidades (VI), a la conversión de buques mercantes en buques de guerra (VII), al empleo de minas submarinas automáticas (VIII), al bombardeo de fuerzas navales en tiempos de guerra (IX), a la adaptación de la guerra marítima a los principios de la Convención de Ginebra de 1906 (X), a ciertas restricciones al ejercicio del derecho de captura durante un conflicto armado en el mar (XI), al establecimiento de un tribunal internacional para los *prizes* (XII), y sobre los derechos y obligaciones de las potencias neutrales en conflictos armados en el mar (XIII).

2. Cabe destacar que dicha declaración no fue ratificada por ninguna potencia contratante y, por ende, nunca entró en vigencia.

3. DOSWALD-BECK, “El Manual de San Remo sobre...”, p. 635.

La Corte Penal Internacional (en adelante, “CPI” o “la Corte”) está llamada a ejercer su jurisdicción respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional,⁴ los cuales son tipificados desde el artículo 6 al artículo 8 bis del Estatuto.

En lo que respecta a los crímenes de guerra, el Estatuto posee una sistemática particular, pues el principio rector es la diferenciación entre conflictos armados internacionales y no internacionales. Con respecto a los conflictos armados internacionales —en los que se centra esta investigación—, el artículo 8.2.a del Estatuto criminaliza las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, mientras que el artículo 8.2.b contiene otras violaciones de las leyes y usos de la guerra en conflictos armados internacionales.⁵

Esta remisión a las Convenciones de Ginebra de 1949 y una lectura superficial de las conductas subyacentes reguladas en el artículo 8.2.b llevaría a continuar con el patrón que Doswald-Beck señalaba. Por lo que cabe preguntarse, ¿cómo se aplica el Estatuto en los conflictos armados internacionales en el mar? Esta es la pregunta que guiará este trabajo. Sin embargo, para llegar a esta cuestión se debe responder una pregunta que es metodológicamente previa, pues, ¿puede la Corte conocer crímenes de guerra que ocurren en el mar?

A través de esta investigación, me propongo analizar el Estatuto para vislumbrar si las conductas que tipifica como crímenes de guerra en el marco de un conflicto armado internacional pueden ser llevadas a cabo en el mar. Se parte de la hipótesis de que, si bien el Estatuto ha sido redactado tomando como base instrumentos de DIH cuyo ámbito de aplicación espacial esencial (a excepción del II Convenio de Ginebra que será analizado más adelante) son los conflictos armados en tierra, es posible que determinadas conductas subyacentes sean perpetradas en el mar. Sin embargo, será necesario recurrir a normas específicas aplicables a estos conflictos, y este será el gran desafío que se pretende ilustrar con este trabajo.

Para alcanzar tal objetivo, en primer lugar, se analizarán las condiciones de jurisdicción contempladas en el Estatuto, haciendo especial énfasis en la referencia a buques que hace el artículo 12 para responder a la cuestión de la competencia de la Corte en estos conflictos. Posteriormente,

4. Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 1.

5. WERLE, Tratado de Derecho Penal Internacional, pp. 448-449.

se elaborará un examen histórico-contextual del artículo 8, vinculando la evolución del DIH posterior a 1945 con la redacción del Estatuto. Luego, se procederá a estudiar la aplicación de los Convenios de Ginebra en el marco del artículo 8.2.a del Estatuto, para después tomar en cuenta ciertas conductas subyacentes del artículo 8.2.b del mismo instrumento, que se consideran ilustrativas de cómo las normas del Estatuto serían extensivas a los conflictos que se desarrollan en este medio. Finalmente, se esbozarán las conclusiones a las cuales se ha arribado con esta investigación.

II. LAS CONDICIONES DE COMPETENCIA DE LA CORTE EN EL CASO DE LOS BUQUES

El artículo 12 del Estatuto establece las condiciones previas de jurisdicción que deben ser revisadas por la CPI al momento de conocer un caso o situación. Así, el artículo 12.2.a establece que la Corte podrá ejercer su competencia en el caso de que uno o varios Estados siguientes sean partes del Estatuto o hayan aceptado la competencia de la Corte de acuerdo con el inciso 3 del mismo artículo, y procede a establecer el supuesto de que:

“[...] el Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave”.⁶

Este inciso consagra el principio de territorialidad, sin embargo, hace una distinción empleando el término “conducta” cuando ella se ha cometido en el territorio de un Estado parte y “crimen” cuando se ha cometido a bordo de un buque o aeronave. Esta distinción ha sido abordada por la Sala de Apelaciones en la situación Myanmar/Bangladesh, en donde estableció que el uso de ambos términos en el lenguaje del artículo 12.2.a del Estatuto indica que el término “conducta” hace referencia a una conducta criminal en ausencia de caracterización legal.⁷ Sin embargo, la Sala no le otorga mayor importancia a esta cuestión, indicando que los trabajos preparatorios no ofrecen explicación alguna de por qué los redactores del Estatuto

6. Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 12.2.a.

7. CPI, “Situation in the People’s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar”, párr. 48.

decidieron hacer esta distinción y termina concluyendo que los términos “conducta” y “crimen”, en el marco del artículo 12.2.a, tienen el mismo valor funcional a nivel terminológico.⁸

Ahora bien, el Estatuto contempla los supuestos en que el crimen (o conducta) se hubiere cometido a bordo de un buque, por lo que ello podría hacer creer que necesariamente la conducta debe iniciar y finalizar dentro de los límites de la nave. Sin embargo, resultará necesario volver a la sentencia mencionada para profundizar sobre esta cuestión.

La Sala de Apelaciones analizó el estado de la costumbre internacional de los crímenes transfronterizos, es decir, aquellos cuyo plan criminal comienzan dentro de los límites de un Estado y finalizan en otro. La Sala estableció en este sentido que el artículo 12.2.a no especifica bajo qué circunstancias la Corte podría ejercer jurisdicción sobre crímenes transfronterizos sobre la base del principio de territorialidad. Sin embargo, sería erróneo concluir que los Estados pretendieron limitar la jurisdicción de la Corte a crímenes ocurridos exclusivamente en territorio de uno o más Estados parte,⁹ por lo que termina concluyendo la Sala que como los Estados no restringieron explícitamente su delegación del principio de territorialidad, la Corte posee la misma jurisdicción territorial que tienen los Estados sobre la base del derecho internacional consuetudinario.¹⁰

Llevando estas conclusiones a la materia en análisis (y tomando en cuenta las diferencias esenciales que existen con relación a los hechos que fueron objeto de análisis por la Sala, los cuales se desarrollaron netamente en tierra firme), podríamos concluir que cuando el artículo 12.2.a refiere a que el “crimen se hubiere cometido a bordo de un buque”, la conducta criminal de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario podría:¹¹

- Haberse cometido en su totalidad en el buque de matrícula de un Estado parte.

8. CPI, “Situation in the People’s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar”, párr. 48.

9. CPI, “Situation in the People’s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar”, párr. 60.

10. CPI, “Situation in the People’s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar”, párr. 61.

11. CPI, “Situation in the People’s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar”, párr. 56.

- Haberse iniciado su comisión en un buque de matrícula de un Estado parte y concluido en territorio o en el buque de matrícula de otro Estado no parte. (Principio de territorialidad objetivo).
- Haberse iniciado su comisión en un buque de matrícula de un Estado no parte y concluido en territorio o en el buque de matrícula de otro Estado parte. (Principio de territorialidad subjetivo).

Estas valoraciones parecen haber sido igualmente tenidas en cuenta por la Fiscalía en la situación de los Buques Registrados de Comoras, Camboya y Grecia (situación que será nuevamente retomada en las páginas subsiguientes), pues, al momento de hacer el análisis de competencia territorial, indicó que, aunque Israel no es parte del Estatuto, de acuerdo con el artículo 12.2.a, la CPI puede ejercer jurisdicción con respecto a conductas de nacionales de Estados no parte que puedan configurar crímenes de competencia de la Corte en territorio de un Estado parte o en un buque o aeronave registrada en un Estado parte.¹² Por lo tanto, la Fiscalía en el caso consideró fundada la jurisdicción sobre el criterio de que la conducta criminal fue cometida dentro del buque de un Estado parte.

Reconozco que se dejan afuera las consideraciones relativas a la extensión del término "territorio" dentro del Estatuto y su posible vinculación con el derecho del mar (el cual considero sería menester abordar de forma particular en otro momento).¹³ Sin embargo, para los fines que se pretenden alcanzar con este trabajo, los fundamentos previamente expuestos nos permiten afirmar de forma preliminar que la Corte tendría que tomar en cuenta ciertos criterios en el caso de una conducta desarrollada en uno o varios buques para poder ejercer su jurisdicción.

Ahora bien, se procederá a contextualizar ello dentro del ámbito de competencia material que nos interesa, lo que supone, entonces, entrar a analizar los crímenes de guerra en el marco del Estatuto.

12. CPI, "Situation on Registered Vessels of the...", párr. 14.

13. Para profundizar sobre este tema KEARNEY, "The Law of the Sea and...".

III. LA CONFERENCIA DE Plenipotenciarios de ROMA Y LA TIPIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 8

El camino transcurrido desde las primeras tipificaciones del crimen de guerra en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg en 1945 hasta la Conferencia de Plenipotenciarios de Roma en 1998, daría para un trabajo completo (que no podrá ser abarcado en las presentes páginas). En cambio, esta primera parte se propone contextualizar las secciones subsiguientes, ciñéndonos entonces al estudio de la historia de la redacción del Estatuto y, más específicamente, del artículo 8.

Sin embargo, antes de ingresar al artículo que nos ocupa, vale la pena contextualizar su contenido. Uno de los tantos temas de debate durante la Conferencia de 1998 (y los documentos previos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional) era la competencia material que debería ostentar el Tribunal. En su antesala, el Comité *ad hoc* para el Establecimiento de la Corte Penal Internacional elaboró en 1995 un informe en donde adelantó las divergencias de posiciones en esta materia. Para la mayoría de las delegaciones, era fundamental que la jurisdicción material de la Corte se limitara a los crímenes más graves para la comunidad internacional en su conjunto; ello trajo consigo que varios Estados propusieran la inclusión de crímenes basados en tratados (*treaty-based crimes*), mientras que otras delegaciones sentían que limitar la jurisdicción de la Corte solo a algunos crímenes centrales bajo el derecho internacional general (*core crimes*) facilitaría el avance a otros debates claves para la adopción del tratado.¹⁴

Así, esta última posición fue la que terminó predominando como bien señala Fernández de Gurmendi al analizar la codificación del Estatuto:

“[...] esta codificación fue elaborada partiendo de la premisa de que no se debían crear figuras penales nuevas, sino meramente receptar en el Estatuto aquellas ya consagradas por el derecho internacional consuetudinario”.¹⁵

Bajo esta idea rectora, los Estados, al proceder a la redacción de los crímenes de guerra, consideraron relevante la inclusión no solo de las

14. AGNU, A/50/22, párrs. 55-56.

15. FERNÁNDEZ DE GURMENDI, “La Corte Penal Internacional: Un avance...”, p. 147.

violaciones graves contenidas en los Convenios de Ginebra de 1949,¹⁶ sino también las violaciones a las leyes y usos aplicables a los conflictos armados. Bajo este último grupo se entendió que debería incorporar no solo las graves violaciones a las leyes y usos de la guerra entendidas así por las Convenciones de La Haya y las Convenciones de Ginebra de 1949 (no comprendidas en el inciso anterior), sino además incluir otras serias violaciones a normas que hayan adquirido estatus consuetudinario.¹⁷ En este último punto, algunas delegaciones argumentaron que no todas las violaciones a las leyes y costumbres de la guerra configuraban crímenes con la gravedad suficiente para que se justificara su conocimiento por parte del tribunal y, por ello, resultaba relevante no solo la tipificación de las conductas, sino el umbral a aplicar.¹⁸

Estas divergencias se observan de forma palpable en los trabajos preparatorios del Estatuto,¹⁹ los cuales demuestran que había un consenso general respecto del contenido del artículo 8.2.a, pero no así respecto de gran parte del articulado del 8.2.b, que —al basarse en leyes y costumbres aplicables a los conflictos armados— era más propenso a causar disyuntivas entre las delegaciones.

Establecidos entonces los debates que precedieron a la sistemática que los presentes en Roma tuvieron en cuenta para la tipificación de los crímenes de competencia de la Corte, no resulta llamativo que la gran parte de sus previsiones finales hayan sido extraídas de tratados de DIH cuyo ámbito espacial son esencialmente (aunque no lo contemplen expresamente) los conflictos armados terrestres; específicamente, el Protocolo I de 1977 y el Reglamento sobre las leyes y costumbres de la Guerra Terrestre anexo al Convenio de La Haya de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, que fueron preponderantemente considerados en la tipificación del 8.2.b.

16. Esa metodología ha merecido críticas por parte de la doctrina. Por ejemplo, el profesor Pellet expresa sus disidencias con respecto a la redacción del artículo 8.2.a, siendo su argumento esencial que “convencionalizar” estas violaciones da una falsa impresión de que la facultad de perseguir a sus infractores depende de la ratificación del tratado en cuestión. Véase PELLET, “The Applicable Law”, p. 1070.

17. PELLET, “The Applicable Law”, p. 1070.

18. PELLET, “The Applicable Law”, p. 1070.

19. Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, A/CONF.183/2/Add.1, p. 14.

La ausencia de provisiones específicas a los conflictos armados navales es más llamativa teniendo en cuenta que cuatro años antes, en 1994, se publicó el Manual de San Remo sobre derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar.²⁰ Este manual es una compilación de reglas, redactadas entre 1988 y 1994, por un grupo de internacionalistas y expertos navales con el objeto de actualizar el Manual de Oxford sobre las Leyes de la Guerra Naval a la luz de los desarrollos acaecidos desde 1913. Según gran parte de la doctrina, este manual refleja el derecho internacional consuetudinario.²¹

Sin embargo, este vacío fue tomado en cuenta a la hora de la redacción de los Elementos de los Crímenes (en adelante, EC). Así, en el segundo párrafo de la introducción a los crímenes de guerra, se deja en claro que las reglas del DIH aplicables a los conflictos armados terrestres y navales no son siempre idénticas, pues establece que:

“[...] los elementos de los crímenes de guerra de que trata el párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto serán interpretados en el marco establecido del derecho internacional de los conflictos armados con inclusión, según proceda, del **derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar**” (el resaltado es propio).

Dörmann, en su obra acerca de los trabajos preparatorios de los EC, explica que, en el contexto particular de los crímenes de guerra, las delegaciones indicaron las diferentes reglas aplicables a los conflictos armados navales y, por ende, consideraron que era necesaria una mención explícita de este fenómeno en los elementos de estos crímenes.²² Esta disposición está entonces destinada a recordarle a los jueces que los elementos no pueden ser aplicados de forma esquemática a las conductas llevadas a cabo en operaciones navales en todas las circunstancias, aunque es claro que el Estatuto es igualmente aplicable a crímenes de guerra cometidos en el mar.²³

20. Vale aclarar que el Manual de San Remo es una elaboración doctrinaria, por lo que su valor no puede equipararse al de un Tratado.

21. GUTIÉRREZ POSEE, *Elementos de Derecho Internacional Humanitario*, p. 165; VON HEINEGG, “Current State of the Law of Naval Warfare: A Fresh Look at the San Remo Manual”, p. 269.

22. DÖRMANN, *Elements of War Crimes under the...*, p. 16.

23. DÖRMANN, *Elements of War Crimes under the...*, p. 16.

Podemos afirmar, entonces, que si bien el Estatuto no contiene crímenes de guerra cuya comisión sea exclusivamente llevada a cabo en el contexto de un conflicto armado en el mar, los redactores de los EC consideraron que era relevante recordar que las normas y usos de esta rama del DIH operan de forma diferente a las que sirvieron de inspiración para la redacción del Estatuto. Ahora surge la pregunta, ¿de qué forma? Me propongo entonces analizar este tema.

IV. EL 8.2.A Y LOS CONVENIOS DE GINEBRA. ¿VIOLACIONES GRAVES EN EL MAR?

El Comité Internacional de la Cruz Roja, a la hora de explicar a la comunidad qué son los Convenios de Ginebra de 1949, los caracteriza como la piedra angular del derecho internacional humanitario.²⁴ Esta concepción parece haber sido tenida en cuenta por los redactores del Estatuto, pues el artículo 8.2.a, como se estableció previamente, tipifica como crímenes de guerra conductas que constituyen violaciones graves a estos tratados. Ahora bien, ¿cómo operan estos Convenios en el marco de operaciones militares navales?

En primer lugar, al analizar el artículo 8.2.a recurriendo a los EC, se puede identificar que existe un elemento común necesario para que un crimen de guerra en base a este artículo esté configurado y es que la o las personas o el o los bienes hayan estado protegidos en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949. Es por ello que, para poder identificar a los bienes y personas protegidas y el alcance de dicha protección, se debe recurrir a estos Convenios, aplicándose al artículo 21.1.b del Estatuto.²⁵

En el marco de conflictos armados en el mar, a primera vista resulta relevante la II Convención de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, cuyo artículo 13 enumera las personas protegidas, que son los náufragos, heridos y enfermos en el mar y estableciendo como condición que pertenezcan a alguna de las partes beligerantes.

24. CICR, "Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales", párr. 70.

25. CPI, "Situation in the Central African Republic...", párr. 70.

Por otro lado, los artículos 22 y 24 consagran la inmunidad de ataque que gozan los barcos hospitales militares y civiles, y los artículos 36 y 37 establecen la protección del personal de los barcos hospitales y del personal sanitario y religioso a bordo de otros barcos.

Como consecuencia de ello los náufragos, heridos y enfermos en el mar y los tripulantes de los barcos hospitales militares y civiles son personas protegidas en los términos de los EC y, por lo tanto, el homicidio intencional (8.2.a.i), la tortura y otros tratos inhumanos (8.2.a.ii) y el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud (8.2.a.iii) de alguno de estos constituirían crímenes de guerra en los términos del Estatuto.²⁶

Sin embargo, ¿qué se puede decir de los buques hospitales militares? El artículo 8.2.a.iv tipifica la destrucción y la apropiación de bienes que no hayan estado justificadas por necesidades militares. Como bien surge del artículo 22 de la II Convención de Ginebra, los buques hospitales:

“[...] no podrán, **en ningún caso**, ser atacados ni apresados, sino que serán en todo tiempo respetados y protegidos, a condición de que sus nombres y características hayan sido notificados a las partes en conflicto diez días antes de su utilización con tal finalidad” (el resaltado es propio).

Debido a esta prohibición, en principio, todo ataque a un buque hospital militar que cumpla con las condiciones establecidas por la Convención podrá ser tipificante del delito precitado y simultáneamente del artículo 8.2.b.xxiv, es decir, como violación a las leyes y usos de la guerra²⁷ y, por lo tanto, no abarcado como una violación grave a los Convenios de Ginebra. La esencial diferencia es que en el caso de los buques militares nunca estaría justificada por necesidades militares que prevé el artículo 8.2.a.iv.

A continuación, se debe hacer mención de la aplicación que podría tener en estos conflictos armados, el IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra.

26. Ello, sin perjuicio de que se deben dar los elementos adicionales que exigen los EC respectivamente. Igualmente se tendrían que dar las condiciones de jurisdicción y admisibilidad propias que el ER establece para conocer el caso. Ambas cuestiones escapan los objetivos de la presente investigación.

27. Véase el artículo 8.II.b. del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La Fiscalía de la CPI, al analizar la situación de los buques de Comoras, Grecia y Camboya en el año 2014, se encontró con el desafío de identificar el estatus del personal a bordo de la flotilla, quienes fueron asesinados o sujetos a malos tratos y vejaciones por miembros de la Fuerzas de Defensa Israelíes.

Es en este sentido que la Fiscalía parte de que el artículo 4 del IV Convenio "protege a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una parte en conflicto o de una potencia ocupante de la cual no sean súbditas". Las víctimas estaban a bordo de un buque de un Estado neutral en alta mar y, por ende, no se puede decir que estuvieran en territorio de una potencia ocupante. Ante este aparente vacío, la Fiscalía procede a hacer uso de un instrumento que hasta ahora parecía haber sido relegado en el sistema normativo de la CPI: el ya mencionado Manual de San Remo de 1994.

Incorporándolo como elemento de interpretación en el marco del segundo párrafo de la introducción a los crímenes de guerra hecho por los EC, la Fiscalía procede en su análisis, a aplicar el Manual de San Remo, al considerarlo como parte del derecho aplicable según el artículo 21.1.b del Estatuto, es decir, como "principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados".²⁸ De este modo, se afirma el carácter consuetudinario de las provisiones contenidas en el Manual de San Remo, en el contexto de bloqueos navales y protección de personas civiles en alta mar.

Usando entonces las disposiciones relevantes del Manual de San Remo para interpretar el IV Convenio de Ginebra, la Fiscalía entendió que las personas civiles pertenecientes a una potencia neutral en alta mar no se consideran exentas del estatus de personas protegidas.²⁹ Por ello, en el caso concreto, concluye que existen elementos razonables para creer que todas las personas a bordo del buque "Mavi Marmara", incluidos aquellos que emplearon violencia contra soldados de las Fuerzas de Defensa Israelí, califican como personas protegidas por el derecho internacional.³⁰

Más allá de que la Fiscalía haya decidido no iniciar una investigación en la situación examinada precedentemente por falta del elemento de

28. CPI, "Situation on Registered Vessels of the...", párr. 31.

29. CPI, "Situation on Registered Vessels of the...", párr. 45.

30. CPI, "Situation on Registered Vessels of the...", párr. 53.

gravedad suficiente, considero que resulta fundamental esta decisión para comprender no solo la aplicación del IV Convenio de Ginebra en conflictos armados en el mar, sino también la función que tiene el Manual de San Remo en el marco del Estatuto.

Ahora bien, ¿qué ocurre con respecto a otras violaciones no cubiertas por el artículo 8.2.a?

V. LAS LEYES Y USOS DE LA GUERRA EN EL 8.2.B. SU APLICACIÓN A LOS CONFLICTOS EN EL MAR

El artículo 8.2.b del ER tipifica, como bien se dijo anteriormente, otras violaciones graves a las leyes y usos aplicables a los conflictos armados internacionales, los cuales, por aplicación del segundo párrafo de los EC, deben ser interpretados, cuando corresponda, en concordancia con el derecho aplicable a los conflictos armados en el mar.

Hasta ahora no se ha dicho nada novedoso. Tal como se reseñó en la segunda parte del presente trabajo, los crímenes tipificados en este artículo son consagraciones (aunque en algunos casos reiteraciones)³¹ de conductas que se consideran violaciones al DIH consuetudinario y convencional, lo que explica la extensión de esta norma en más de veinte incisos.

Por esta razón, a continuación se procede a analizar algunos incisos del artículo que tipifican conductas que considero resultan ilustrativas de cómo el Estatuto puede ser aplicado a conductas que podrían ser llevadas a cabo en el marco de un conflicto armado internacional naval.

V.A. El bombardeo a tierra y los ataques navales a personal y bienes protegidos

El artículo 8.2.b.v establece como crimen de guerra el “atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares”. Por su parte, el artículo 8.2.b.xxix pena el acto de “dirigir intencionalmente ataques contra

31. Por ejemplo, el artículo 8.2.b.v está inspirado en el artículo 3.c del Estatuto del TPIR para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia.

edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional”.

Reconozco que ambos artículos consagran protecciones a bienes distintos, sin embargo, el motivo por el cual se analizan en conjunto, es que ambos pueden ser cometidos bajo una misma conducta, es decir, un ataque o bombardeo desde el mar.

Se debe distinguir dos situaciones esenciales con respecto al ataque; si este se lleva a cabo desde el mar hacia la tierra o, si este inicia y culmina su trayecto en el mar.

Para el primer supuesto, el artículo 49 inciso 3 del I Protocolo de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 establece que sus disposiciones serán aplicables:

“[...] a cualquier operación de guerra terrestre, naval o aérea que pueda afectar *en tierra* a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil. Se aplicarán también a todos los ataques desde el mar o desde el aire **contra objetivos en tierra**, pero no afectarán de otro modo a las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados en el mar o en el aire” (lo resaltado me pertenece).

La esencia de esta cláusula parece haber sido trasladada al artículo 8.2.b.v cuando el sujeto pasivo constituye las “ciudades, aldeas, viviendas o edificios”, por lo que es dable entender que dicho artículo tipifica la conducta por la cual desde el mar se bombardeen objetivos civiles en tierra.

Así igualmente, podemos identificar que el artículo 8.2.b.xxiv puede ser también dirigido contra objetivos en tierra, sean edificios, materiales, unidades o medios de transporte protegidos por los Convenios de Ginebra. De esta forma está comprendido el artículo 23 del II Convenio de Ginebra que expresamente consagra que “no deberán ser atacados ni bombardeados desde el mar los establecimientos situados en la costa que tengan derecho a la protección del I Convenio de Ginebra”.

Sin embargo, ¿qué ocurre con los ataques que no involucran objetivos en tierra? Según Von Heinegg un conjunto de normas especiales se aplican a los ataques buque-buque, aeronave-buque y buque-aeronave, mientras dichos ataques no afecten a civiles u objetos civiles en tierra.³² Pareciera

32. VON HEINEGG, “Current State of the Law of...”, p. 279. La traducción es propia.

entonces que las normas convencionales de DIH no dan una respuesta a esta interrogante, por lo que se debería recurrir a las normas consuetudinarias. Sin embargo, en el ámbito del Estatuto de Roma, quedaría más clara la situación de acuerdo con el artículo 8.2.b.xxiv.

Dicho inciso abarca dentro de su sujeto pasivo a medios de transporte sanitarios y a su personal, por lo que resultan de aplicación las protecciones destinadas a los buques hospitales militares y civiles (arts. 22 y 24 del II Convenio de Ginebra) y al personal de dichos barcos y al personal religioso y sanitario de otras embarcaciones (arts. 36 y 37 del II Convenio de Ginebra), mientras porten un emblema distintivo u otro método de identificación que indique que gozan de protección con arreglo a los Convenios de Ginebra.

Por ello, cabe concluir que un ataque llevado a cabo desde un buque contra un barco protegido o contra una embarcación cuyo personal está protegido, se encuentra contemplado dentro de la conducta subyacente del artículo 8.2.b.xxiv.

V.B. El *Prize Law*

El Estatuto tipifica como crimen de guerra, en su artículo 8.2.b.xiii, el “destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo”. Se puede, asimismo, relacionar con el artículo 8.2.a.iv, que criminaliza “la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente”.

La distinción esencial entre ambas figuras se percibe más claramente en la redacción en inglés, pues el artículo 8.2.b.xiii criminaliza el *seizure*, mientras que el artículo 8.2.a.iv emplea el verbo *appropriation*,³³ por lo que hubiese sido más correcto en la traducción al español del Estatuto haber empleado otro verbo como “incautación” en el inciso xiii del artículo 8.2.b del Estatuto.

Sentada la diferencia esencial entre ambas figuras, se procede a analizar el artículo 8.2.b.xiii. La conducta tipificada resulta sumamente amplia y vaga en su redacción, ya que contiene en sí dos expresiones cuya indefinición es papable, pues, ¿qué se entiende por bienes del enemigo?

33. DAHL, “ICC Statute Article 8(2)(b)(xiii)”.

¿Cuándo las necesidades de la guerra harían imperativa su incautación o destrucción?

Las cuestiones de indeterminación propias del tipo no serán tratadas en profundidad en este apartado. En cambio, dicha incertidumbre se vinculará con un instituto propio del derecho de los conflictos armados en el mar, la presa o *prize*, el cual consiste en la potestad que tienen las partes beligerantes en un conflicto armado en el mar de capturar y hacerse con el control de buques y naves enemigas o neutrales.³⁴ En otras palabras, tal como sostiene James Kraska, el *prize* es un bien capturado en el mar durante un conflicto armado.³⁵

El concepto ha sido desarrollado a lo largo de la historia como un derecho de las partes beligerantes en un conflicto armado en el mar. Así, pueden trazarse sus inicios en una práctica llevada a cabo desde 1164, la cual ha requerido regulaciones por parte de los Estados, que van desde la limitación de su empleo hasta el requerimiento de instituir tribunales especializados en la materia. Ello se percibe más claramente en las Convenciones de La Haya XI y XII, respectivamente.³⁶

Actualmente, se puede decir que las disposiciones aplicables del *Prize Law* se encuentran reguladas en el Manual de San Remo (en la medida en que codifica costumbre internacional), en su sección IV, la cual inicia estableciendo que:

“[...] a reserva de lo dispuesto en el párrafo 136, las naves enemigas, tanto si son mercantes como si no, y las mercancías que lleven a bordo pueden ser capturadas fuera de las aguas neutrales sin que sea necesario proceder previamente a su visita y registro”.³⁷

El Manual de San Remo está redactado de forma tal que pareciera confirmar que las partes beligerantes en un conflicto armado en el mar tienen derecho a capturar buques enemigos o neutrales como *prizes*, sin tener obligación alguna de evaluar la necesidad militar de la maniobra. Ahora

34. DAHL, “ICC Statute Article 8(2)(b)(xiii)”.

35. KRASKA, “Prize Law”, p. 1.

36. La Convención de La Haya XII solo fue ratificada por un Estado, mientras que la Convención de La Haya XI fue ratificada por 32 Estados.

37. El párrafo 136 recepta aquellas naves o buques que gozan de inmunidad contra la captura, incluyendo buques hospitales, sanitarios, entre otros.

bien, ¿cómo opera (si lo hace) dentro del sistema del ER y, en específico, respecto del artículo 8.2.b.xiii?

Como ya se adelantó, este artículo plantea problemas de ambigüedad que deben ser tratados en primer lugar. Dörmann al analizar el artículo en cuestión se plantea el problema del término *seizure* en el derecho internacional de los conflictos armados y señala que no existe en la literatura un significado único que lo abarque. Por ello concluye que, de acuerdo con el contexto legal del que se trate (poniendo como ejemplos ocupación, operaciones militares y *prizes* en el mar), el efecto y significado del término varían.³⁸

¿Ello llevaría a una solución casuística o podría derivarse un principio general para el *prize law* en el marco del Estatuto? La respuesta no es del todo clara.

Los EC requieren que el bien haya estado protegido de la destrucción o apropiación en virtud del derecho internacional de los conflictos armados.³⁹ Por ende, si se atiende al Manual de San Remo como prueba de una norma consuetudinaria, podemos afirmar que, en el caso de conflictos armados internacionales en el mar, la incautación o captura de bienes del enemigo (mientras no se encuentre sujeta a inmunidad como, por ejemplo, los buques de guerra o los buques hospitales) se encuentra permitida, más allá de la necesidad militar justificante. Por lo tanto, se prescindiría de este último elemento típico a la hora de analizar un caso que involucre la incautación de bienes del enemigo que sean considerados *prizes*.

Ahora bien, se podría objetar a esta respuesta que, si bien el *Prize Law* como concepto pueda ser aceptado como parte de una norma consuetudinaria, no ocurre lo mismo con las previsiones relativas a esta dentro del Manual de San Remo. Por ello, me limito a presentar la cuestión como una incógnita que valdría la pena analizar a futuro.

V.C. Los bloqueos navales como método de guerra

Si bien los bloqueos navales no son expresamente mencionados en el apartado de crímenes de guerra,⁴⁰ cabe hacer un análisis de su hipotético

38. DÖRMANN, *Elements of War Crimes under the...*, p. 257.

39. Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 8.2.b.xiii.

40. El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado constituye una conducta tipificada como crimen de agresión en el artículo 8bis.2.b.

empleo como un método de guerra ilegítimo. En este sentido, el artículo 8.2.b.xxv establece como crimen de guerra:

“[...] hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra”.

Esta provisión tipifica como crimen sujeto a la competencia de la CPI, la prohibición del artículo 54.1 del I Protocolo de Ginebra de 1977. Sin embargo, se puede detectar que no aclara el método particular por medio del cual se lleva a cabo, de modo que se eleva una interrogante: ¿puede llevarse a cabo por medio de un bloqueo naval?

A primera instancia, pareciera que sí. Esta intención de hacer padecer hambre a la población civil como consecuencia de un bloqueo fue tomada en cuenta por los redactores del Manual de San Remo, quienes establecieron que “está prohibido declarar o establecer un bloqueo si: a) Este tiene como única finalidad hacer padecer hambre a la población civil o privarle de otros bienes esenciales para su supervivencia”.⁴¹ Cabe señalar que las provisiones relativas a los bloqueos que se encuentran dentro del Manual de San Remo son también inspiradas por las provisiones de la Declaración de Londres de 1909 que, según la doctrina,⁴² adquirieron carácter de costumbre internacional.

Ahora bien, ¿qué valor tiene esta provisión en el marco del Estatuto? Resulta ilustrativo observar, en este sentido, lo dicho por la Fiscalía de la CPI en la precitada situación de los buques de Comoras, Grecia y Camboya en 2014. En dicha situación, la Fiscalía estableció que “el Manual de San Remo constituye la guía más fiable en relación al derecho aplicable a los bloqueos navales”⁴³ y, en una nota al pie, la Fiscalía aclara el papel del Manual en su examen sobre esta materia al indicar que:

Escapa a los objetivos del trabajo realizar una consideración sobre este crimen. Para ver más sobre el crimen de agresión MURPHY, “Aggression, Legitimacy and the International Criminal...”; y LUTERSTEIN, “La conducta de los individuos y...”.

41. Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional, 30/06/1994, párr. 102.

42. DREW, “Can We Starve the Civilians? Exploring...”, p. 308.

43. CPI, “Situation on Registered Vessels of the...”, párr. 31.

“[...] las provisiones relevantes del Manual de San Remo en este contexto, son referenciadas no como la norma a aplicar, sino en cambio como una expresión de la cristalización del derecho internacional de los conflictos armados en el mar aplicable a los conflictos armados internacionales”.⁴⁴

Volviendo entonces al artículo en cuestión, es importante señalar que la provisión del Estatuto, al igual que el I Protocolo, criminaliza y prohíbe respectivamente el hacer padecer hambre a la población civil como método de hacer la guerra, por ende, como señala Drew al comentar sobre la provisión convencional del DIH, aunque pareciera que el artículo 54 prohíbe hacer padecer hambre a la población civil en cualquier situación, existen argumentos que apoyan la noción de que no aplica a los bloqueos navales.

Este mismo autor señala que la primera se encuentra en la misma redacción del artículo, el cual solo se aplicaría cuando el hacer padecer hambre es usado como método de guerra. Bajo esta interpretación, debido a que el padecimiento de hambre de la población civil es una consecuencia colateral del bloqueo y no un fin buscado en sí mismo (en principio), el artículo del Protocolo no sería de aplicación.⁴⁵

Ahora bien, ¿es la conducta tipificada en el Estatuto diferente a la norma de DIH analizada por Drew? Considero que la respuesta es que no, e incluso que resulta aún más restringido e incapaz de escapar de esta interpretación. Ello es debido a que los EC exigen específicamente para este crimen “que se prive a las personas civiles de objetos indispensables para su supervivencia” y “haber tenido la intención de hacer padecer hambre a personas civiles como método de guerra”.⁴⁶

Esto significa que no solo se tendría que establecer en los hechos una relación causal entre el bloqueo y la privación de los objetos “indispensables” para la supervivencia de la población civil, sino que además se tendría que demostrar que este método de guerra fue empleado con la intención de hacer padecer hambre.

Asimismo, si se sigue la pauta del segundo párrafo de la introducción de los elementos de los crímenes y, por ende, aplicamos el Manual de San Remo (tal como lo hizo la Fiscalía en la situación precitada), nos

44. CPI, “Situation on Registered Vessels of the...”, párr. 31.

45. DREW, “Can We Starve the Civilians? Exploring...”, p. 313.

46. Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 8.2.b.xxv.

encontramos con que este exige que el bloqueo haya tenido como única finalidad tal privación a la población civil, por lo que es aún más limitada en su interpretación.

Por todo lo anterior, puede concluirse que, en el marco del Estatuto y los EC, resulta sumamente restringida la interpretación que permitiera entender por regla general que un bloqueo naval pueda ser configurativo del crimen de guerra en los términos del artículo 8.2.b.xxv.

VI. CONCLUSIONES

La codificación experimentada después de la Segunda Guerra Mundial en materia de DIH y de derecho internacional penal demuestran que los conflictos terrestres han sido objeto de mayor regulación y por ello su criminalización ha sido más extendida. Ello no significa que los conflictos navales hayan dejado de existir o que su importancia haya disminuido a niveles tales que los Estados les hayan desconocido valor.

El reconocimiento expreso de esta cuestión en el segundo párrafo de la introducción a los crímenes de guerra en los EC es una clara muestra de ello. Los Estados reconocen que no es posible una aplicación mecánica de los principios que rigen el derecho de los conflictos armados en el mar a tipificaciones traídas de tratados cuyo ámbito de aplicación esencial son los conflictos armados que se desarrollan en la tierra.

Sin dejar de lado que la tipificación de los crímenes de guerra en el Estatuto se basa en el DIH codificado después de la Segunda Guerra Mundial, de esta investigación surge que no solo la CPI tiene competencia para conocer en situaciones de conflicto armado internacional desarrolladas en el mar, sino que también encuentra aplicación su competencia material.

Sin embargo, por la misma esencia de la redacción, algunas interpretaciones serán más compatibles que otras, como se observa en el caso de los bloqueos navales como método de guerra y, por ello, las tareas de aplicación y análisis de las normas consuetudinarias (que son parte esencial de la normativa aplicable a los conflictos navales como se observó a lo largo de la presente investigación, sobre todo al estudiar el *Prize Law*) cobran una importancia preponderante.

Por ende, puede concluirse que el sistema del Estatuto contempla en su competencia material conductas subyacentes cuya comisión podría darse en el marco de un conflicto armado internacional en el mar.

Sin embargo, la Corte se enfrentará a desafíos interpretativos y de aplicación de la costumbre internacional a la hora de aplicar sus normativas en esta clase de conflictos, por lo que serán de relevancia los desarrollos jurisprudenciales que se lleven a cabo para poder dirimir incógnitas que se han presentado a lo largo del trabajo y que sin un pronunciamiento judicial seguirán siendo objeto de debate.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/50/22, Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, 06/09/1995, 50º período de sesiones, Suplemento N° 22.
- CICR, “Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales”, 01/01/2014, URL <https://www.icrc.org/es/document/los-convenios-de-ginebra-de-1949-y-sus-protocolos-adicionales>, consultado 12/02/2022.
- , “Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados en el Mar”, 30/06/1994, URL <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/san-remo-manual-1994-5tdlgl.htm>, consultado 12/02/2022.
- Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, A/CONF.183/2/Add.1, Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional, 14/04/1998.
- Corte Penal Internacional, “Situation in the Central African Republic in the case of the Prosecutor Vs. Jean-Pierre Bemba Gombo”, *Judgment Pursuant to Article 74 of the Rome Statute*, 21/03/2016.
- , “Situation on Registered Vessels of the Union of Comoros, The Hellenic Republic of Greece and The Kingdom of Cambodia”, 04/02/2015, *Notice of Filing the Report Prepared by the Office of the Prosecutor Pursuant to Article 53(1) of the Rome Statute*.
- , “Situation in the People’s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar”, 14/11/2019, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation*.
- DAHL, Arne W., “ICC Statute Article 8(2)(b)(xiii)”, en *Centre for International Law Research and Policy*, 2017, URL <https://www.cilrap.org/cilrap-film/8-2-b-xiii-dahl/>, consultado 12/02/2022.

- DÖRMANN, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003, Cambridge.
- DOSWALD-BECK, Louise, “El Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados en el Mar”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 20, N° 132, 1995, pp. 635-647.
- DREW, Phillip J., “Can We Starve the Civilians? Exploring the Dichotomy between the Traditional Law of Maritime Blockade and Humanitarian Initiatives”, en *International Law Studies*, Vol. 95, 2019, pp. 302-321.
- Estatuto de la Corte Penal Internacional, 17/07/1998, Roma, Italia, e.v. 08/01/2001, *UNTS I-38544*.
- FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia, “La Corte Penal Internacional: Un avance en la lucha contra la impunidad”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2002-2003, 2004, pp.141-158.
- GUTIÉRREZ POSEE, Hortensia, *Elementos de Derecho Internacional Humanitario*, Eudeba, 2014, Buenos Aires.
- KRASKA, James, “Prize Law”, en *Max Plank Encyclopaedia of International Law*, Oxford University Press, 2009.
- LUTERSTEIN, Natalia, “La conducta de los individuos y la conducta de los Estados en el crimen de agresión: caminos paralelos, caminos bifurcados”, en BUIS, Emiliano, *¿Justificar la guerra? Discursos y prácticas en torno a la legitimación del uso de la fuerza y su licitud en el derecho internacional*, Eudeba, 2014, Buenos Aires.
- MURPHY, Sean, “Aggression, Legitimacy and the International Criminal Court”, en *European Journal of International Law*, Vol. 20, N° 4, 2004, pp. 1147-1156.
- KEARNEY, Michael, “The Law of the Sea and the Rome Statute Concept of Territory”, en *Opinio Juris*, 2020, URL <http://opiniojuris.org/2020/06/19/the-law-of-the-sea-and-the-rome-statute-concept-of-territory/>.
- PELLET, Alain, “The applicable law”, en CASSESE, Antonio, GAETA, Paolo & JONES, John R., *The Rome Statute for an International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, Oxford.
- VON HEINEGG, Wolff H., “Current State of the Law of Naval Warfare: A Fresh Look at the San Remo Manual”, en *International Law Studies*, Vol. 82, 2006, pp. 269-296.
- WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, 2005, Valencia.

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

LA COSTUMBRE COMO PROCESO CREADOR DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL: ¿LEGITIMIDAD O ADECUACIÓN FORZADA?*

MAURA JAZMÍN MURACCIOLE GOLDBERG**

The wrongdoer is brought to justice because his act has disturbed and gravely endangered the community as a whole, and not because, as in civil suits, damage has been done to individuals who are entitled to reparation. The reparation effected in criminal cases is of an altogether different nature; it is the body politic itself that stands in need of being “repaired” and it is the general public order that has been thrown out of gear and must be restored, as it were. It is, in other words, the law, not the plaintiff, that must prevail.¹

HANNAH ARENDT

Resumen: En este trabajo se analiza el rol de la costumbre internacional como fuente del derecho internacional penal. Específicamente, se busca determinar su legitimidad en este ámbito, haciendo foco en el caso de los juzgamientos por parte del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia, a partir del principio de legalidad. Se ejemplifica a través de diferentes casos emblemáticos como Tadic, Edermovic y Dedalic. Este trabajo sostiene como hipótesis que la costumbre internacional es un proceso de creación de derecho legítimo según el principio de legalidad en el derecho internacional penal. En este sentido, en primer lugar, una breve introducción inserta la problemática de la costumbre internacional en esta área del derecho, junto con un pequeño recorrido histórico. Luego, se plantean las principales críticas que presenta la utilización de la costumbre. Entre ellas encontramos la falta de escritura, la dificultad de determinar el momento de creación de la costumbre o que se considere contraria a los principios en materia

* Recepción del original: 18/08/2021. Aceptación: 14/10/2021.

** Estudiante de Abogacía (UBA).

1. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem: A report on the banality of evil*, p. 257.

de derechos humanos. En tercer lugar, se realiza un análisis del principio de legalidad, el cual servirá de parámetro de legitimidad. La definición del principio de legalidad ayudará al análisis de la legitimidad de la costumbre. Por último, se comentan las alternativas para considerar a la costumbre internacional como un proceso creador legítimo. El trabajo finaliza con una serie de reflexiones personales que nos llevan a repensar las fuentes del derecho internacional penal.

Palabras clave: costumbre internacional — derecho internacional penal — fuentes del derecho internacional penal — tribunal internacional penal para la ex yugoslavia — legitimidad

Abstract: This paper analyses the role of international custom as a source of International Criminal Law. It specifically seeks to determine its legitimacy in this field, focusing on the judgements of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, based on the principle of legality. It provides examples through different emblematic cases such as Tadic, Erdemovic and Dedalic. This paper holds the hypothesis of international custom being a legitimate creative process of law, according to the principle of legality in International Criminal Law. In this regard, a brief introduction considers the issue of international custom in this legal area, along with a short historical review. It then deals with the main criticisms to the use of the custom. Among them, we find the absence of written records, the difficulty in determining its moment of creation, or it is being considered contrary to the human rights principles. Thirdly, it carries out an analysis of the principle of legality, which is to serve as a parameter of legitimacy. The definition of the principle of legality would contribute to the analysis of the legitimacy of the custom. Lastly, it comments on the alternatives to consider international custom as a legitimate creative process. This paper ends with a set of personal reflections that propose reconsidering the sources of International Criminal Law.

Keywords: international custom — international criminal law — sources of international criminal law — international criminal tribunal for the former yugoslavia — legitimacy

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo del derecho internacional penal (de acá en adelante, DI Penal) y el consecuente juzgamiento de los crímenes internacionales se

han incrementado en el último siglo, sobre todo luego de la Segunda Guerra Mundial.² Si bien podemos notar la existencia de casos anteriores que intentaron su establecimiento, como fue el fallido juicio a los responsables del genocidio armenio,³ el punto de inflexión innegable fue el Tribunal Militar Internacional de Núremberg.⁴ El gran problema a la hora de juzgar estos crímenes fue el desafío de fundamentar la base legal y el famoso "principio de legalidad".⁵ En efecto, la mayoría de ellos no se encontraban codificados en tratados y, en caso de encontrarse de manera escrita, prescribían expresiones vagas que presentaban problemas por su carácter incompleto.⁶ Este obstáculo de ausencia de norma escrita fue sorteado a partir de la utilización de la costumbre internacional como fuente jurídica del juzgamiento de estos crímenes.⁷

Nadie tiene dudas de que estos hechos deben ser juzgados, pero a la hora de explicar su fuente legal, sobre todo antes de la firma de diferentes tratados que en cierto modo codificaron estas normas, su fundamentación resulta difícil y a su vez criticada.⁸ Aunque es cierto que hoy en día hallamos un consenso en cuanto a la aplicación de las fuentes del derecho internacional público para los casos de DI Penal, seguimos observando ciertos obstáculos.⁹ Aun cuando el Estatuto de Roma prevé una tipificación detallada de los crímenes internacionales junto con una jerarquización de normas en su artículo 21, las problemáticas de fuentes, y especialmente de la costumbre, siguen en el centro de la discusión.¹⁰ Esto último ocurre, no solo en el ámbito del DI Penal, sino también en el derecho internacional público en general.¹¹

2. GREPPI, "La evolución de la responsabilidad penal...".

3. MEDINA SEMINARIO & VÁZQUEZ ARANA, "Los crímenes de Lesa Humanidad y...", p. 112.

4. GREPPI, "La evolución de la responsabilidad penal...". También en METTRAUX, "Crimes Against Humanity in the Jurisprudence...", p. 238.

5. MONTIEL, "La 'mala costumbre' de vulnerar derechos...", p. 400.

6. FEIERSTEIN, "Algunos interrogantes sobre las modalidades de...", p. 50.

7. ARAJÄRVI, "The Role of the International Criminal Judge in the Formation of Customary International Law", p. 6. Esto también se ve en el Statut du Tribunal Militaire de Nuremberg, 06/10/1945. En su artículo 6 se hace referencia a los crímenes de guerra definidos por los "usos y leyes de la guerra".

8. Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/15 + Corr.1, párr. 39.

9. LUTERSTEIN, "¿Una casa tomada? Un análisis de...", p. 124.

10. PELLET, "The Statute and General International Law", p. 1053.

11. AKEHURST, "Custom As A Source of International Law", p. 32. El autor plantea la discusión que existe entre las diversas posturas sobre la *opinio juris* con respecto a su necesidad.

Las discusiones son variadas y complejas, pero la costumbre sigue vigente, aunque a veces con una mayor importancia, dependiendo del caso.¹² Ahora bien, si tenemos en cuenta que la costumbre internacional es una fuente del derecho internacional público que comparte la misma jerarquía que los tratados y los principios generales de derecho, podemos preguntarnos por qué esta fuente genera tantos cuestionamientos en el ámbito del DI Penal. Estas primeras reflexiones, enmarcadas en la fragmentación del derecho internacional,¹³ nos llevan a cuestionarnos sobre la legitimidad de la costumbre internacional como norma creadora del DI Penal. ¿Cuáles son sus aspectos “legítimos” y cuáles son “ilegítimos”? ¿Corresponde su utilización a un valor intrínseco de la norma consuetudinaria en el ámbito del DI Penal? ¿o simplemente a una adecuación desesperada en el afán de juzgar los crímenes internacionales?

A lo largo de este trabajo de investigación se abordarán las respuestas a estas problemáticas, ejemplificando principalmente a través de las sentencias del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (de acá en adelante, TIPY) y complementando con algunas definiciones dadas por otros tribunales. Considero pertinente centrarnos en los casos del TIPY por la repercusión que tuvo en el ámbito del DI Penal, de manera positiva y negativa. Asimismo, la utilización de las mismas definiciones por otros tribunales ayudará a consolidar la idea de que no se trata de una aplicación arbitraria o únicamente utilizada para los fines del TIPY.

Para comenzar el análisis abordaré los principales problemas y críticas de esta fuente en el ámbito del DI Penal. Luego, examinaré las diferentes concepciones del principio de legalidad. A partir de la definición de este principio, expondré las posibles variantes para considerar a la costumbre desde un punto de vista legítimo. Por último, estableceré mis reflexiones y conclusiones finales. Para el desarrollo de este trabajo utilizaré el concepto de costumbre según la teoría tradicional, abarcando el elemento objetivo (práctica estatal) y subjetivo (*opinio juris*).¹⁴

12. MONTIEL, “La ‘mala costumbre’ de vulnerar derechos...”, p. 404. En este sentido, Montiel explica que hay autores como Roxin que plantean la costumbre *in bonam parte* e *in malam partem*, pero también pronunciamientos favorables al uso de la costumbre como es el caso de Paeffgen o Cerezo.

13. REMIRO BROTONS, “La expansión y diversificación material del...”, p. 81.

14. THIRLWAY, “Alternative Approaches”, p. 225. El autor se refiere a la definición dada por Anthea Roberts, la cual define a la costumbre internacional como el resultado de la práctica general y constante seguida por los Estados como una obligación legal.

Como aclaración preliminar, es necesario determinar qué se entiende por "legítimo" e "ilegítimo" para su lectura. Si bien es cierto que el DI Penal reposa sobre diversos principios, parece haber una piedra angular sobre la cual se apoya esta rama del derecho: el principio de legalidad.¹⁵ Nadie pone en duda su aplicación; sin embargo, notamos que el problema radica en las diferentes acepciones que se tienen al respecto, la cuales se analizarán posteriormente. A través de este trabajo se sostendrá la hipótesis de que la costumbre internacional es un proceso de creación de derecho legítimo, según el principio de legalidad en el DI Penal.

II. ALGUNAS DE LAS CRÍTICAS PRINCIPALES A LA UTILIZACIÓN DE LA COSTUMBRE EN EL DI PENAL

Desde la teoría clásica de fuentes, las críticas con respecto a esta utilización son diversas y pueden presentar distintos matices. No obstante, intentaré sintetizarlas de manera breve, teniendo en cuenta que por la magnitud de su extensión este tema podría ser presentado como un único enfoque investigativo.

En primera instancia, tendremos en cuenta que el DI Penal es una rama del derecho internacional público que, si bien se enmarca dentro de ese ámbito y presenta características comunes, también posee elementos propios de la materia.¹⁶ Es así que comenzaremos remarcando una primera y esencial distinción en cuanto a la responsabilidad. En el caso del DI Penal, la responsabilidad recaerá en individuos y no a nivel estatal.¹⁷ Definitivamente esta primera diferencia nos lleva a prever un sistema más estricto en el caso del DI Penal, como forma de proteger al imputado.¹⁸ Por este motivo, se vuelve más complejo atribuir responsabilidad a un individuo en comparación a la atribución subjetiva a un Estado.

Resulta importante, al mismo tiempo, establecer la diferencia del DI Penal y el derecho penal interno de los diversos ordenamientos jurídicos. El

15. CASSESE, ACQUAVIVA, FAN & otros/as, "International Criminal Law. Cases and Commentary", p. 62. También en GARIBIAN, "Le recours au droit international..." p. 200; TIPY, "Prosecutor vs. Zejnil Delalic et al", párr. 402.

16. LUTERSTEIN, "¿Una casa tomada? Un análisis de...", p. 125.

17. SHAHABUDDIN, "Does The Principle of Legality Stand...", p. 1009.

18. MONTIEL, "La 'mala costumbre' de vulnerar derechos...", p. 399.

primero busca sancionar crímenes que afectan intereses de la comunidad, como explica Hannah Arendt, a diferencia del segundo que se encuadrará en los intereses del propio Estado, los cuales pueden variar en cada caso.¹⁹

Es así que una de las principales críticas que presenta la utilización de la costumbre como fuente del DI Penal es en relación con su falta de escritura y, por esta razón, no respetaría una de las características esenciales del principio de legalidad con relación a que la norma sea escrita.²⁰ La falta de escritura se relaciona estrechamente con que esta fuente sería poco confiable y predictiva, lo que no bastaría para establecer la base criminal.²¹ Se considera que el problema para identificar la costumbre implicaría el riesgo de que el juez crease una norma sin suficientes elementos para probar que efectivamente esa norma existe en la práctica de los Estados.²² En segundo lugar, una crítica relacionada con la anterior es la complejidad que conlleva establecer el momento exacto de consolidación de la costumbre internacional y, por lo tanto, muchas veces se cuestiona a partir de qué momento resulta aplicable, si es que esa norma ya se encuentra cristalizada en el derecho internacional o no.²³ Además, se ha llegado a vincular la utilización de la costumbre en el DI Penal como contraria a los principios de derechos humanos,²⁴ al no respetar el principio de legalidad a favor del imputado, debilitando los derechos y garantías de la defensa.²⁵

Una de las críticas que nos interesa profundizar se refiere al hecho de que la norma consuetudinaria, al no encontrarse estrictamente plasmada, puede presentar vaguedad²⁶ y carencia de uniformidad,²⁷ sobre todo con

19. DOBOVSEK, "La jurisdicción internacional penal", p. 3.

20. DOBOVSEK, "La jurisdicción internacional penal", p. 3.

21. AKANDE, "Sources of International Criminal Law", p. 51. También en: BESSON & D'ASPREMONT, *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, p. 924.

22. MONTIEL, "La 'mala costumbre' de vulnerar derechos...", p. 414.

23. MONTIEL, "La 'mala costumbre' de vulnerar derechos...", p. 414.

24. PELLET, "The Statute and General International Law", p. 1055. Sin embargo, Pellet remarca que el mismo artículo 11 (2) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos puede ser utilizado como la base de aplicación de la costumbre internacional.

25. FERNÁNDEZ LIESA, "El tribunal para la antigua Yugoslavia...", p. 23. El autor hace referencia a los autores Pesce y Christakis, quienes critican el uso de la costumbre por debilitar los derechos a la defensa.

26. BASSIOUNI & BLAKESLEY, "The Need for an International Criminal Court...", p. 175.

27. SHAHABUDDIN, "Does The Principle of Legality Stand...", p. 1015; POCAR, "Interacción de las fuentes del derecho penal internacional...", p. 219; MONTIEL, "La 'mala costumbre' de vulnerar derechos...", p. 412.

respecto a la determinación de los elementos de los crímenes, los cuales son la base de la responsabilidad penal. Este punto se observa claramente en el caso "Fiscal c. Duško Tadić" (de ahora en más, Tadić), donde se cuestiona la aplicación de los crímenes de guerra a casos de conflictos armados no internacionales.²⁸ En este caso la Sala de Apelaciones del TIPY determinó su aplicación a través de la costumbre internacional, resolución que no pudo escapar de las múltiples críticas por considerar presente un sesgo de incertidumbre y afirmaciones controversiales.²⁹ En este sentido, también despertaron disidencias dentro de los jueces, como fue el caso del juez Li, quien sostuvo como insuficiente la prueba de la existencia de costumbre para juzgar los crímenes que se daban en conflictos no internacionales.³⁰

Asimismo, no debemos olvidar que, en varias ocasiones, el uso de la costumbre internacional aplicada a casos penales fue criticado por no haber sido debidamente comprobados los elementos constitutivos de dicha costumbre internacional.³¹ En este sentido, el TIPY en el caso Tadić comprobó la existencia de violaciones al derecho internacional humanitario consuetudinario a través de elementos de la práctica, como sentencias nigerianas, manuales militares alemanes, neozelandeses, estadounidenses e ingleses, con el Código Penal yugoslavo y una ley belga.³² No obstante, la prueba de la *opinio juris* fue considerada insuficiente³³ al basarse solamente en dos resoluciones del Consejo de Seguridad sobre Somalia, las cuales habían sido aprobadas por unanimidad. Según Juan Pablo Montiel,

28. TIPY, "Prosecutor vs. Duško Tadić", Decision on...", párr. 94; TIPY, Appeal Chamber, "'Prosecutor vs. Duško Tadić'. Decision on...", párrs. 100-120. También en: CRYER, "International Criminal Tribunals and the Sources...", p. 1049.

29. FERNÁNDEZ LIESA, "El Tribunal para la antigua Yugoslavia...", p. 13. También en SASSOLI & OLSON, "The Judgment of the ICTY Appeals Chamber...", p. 734; ÁLVAREZ, "Nuremberg Revisited: The Tadic Case", p. 263; GREENWOOD, "International Humanitarian Law and the Tadic Case", p. 274.

30. TIPY, Appeals Chamber, "'Prosecutor vs. Duško Tadić'. Separate Opinion...", párrs. 5-13.

31. MONTIEL, "La 'mala costumbre' de vulnerar derechos humanos...", p. 415.

32. TIPY, "'Prosecutor vs. Duško Tadić', Decision on...", párrs. 130-132.

33. FERNÁNDEZ LIESA, "El Tribunal para la antigua Yugoslavia...", p. 39. TIPY, Appeals Chamber, "'Prosecutor vs. Duško Tadić'. Separate Opinion...", párrs. 5-13. CRYER, "International Criminal Tribunals and the Sources...", p. 1052. En este texto el autor expresa que esta postura fue sostenida por el juez Cassese, exponiendo que, hasta que no haya un código de normas sobre la guerra más completo, las altas partes contratantes consideran que se aplicarán los principios de derecho internacional.

esto último sucede a la inversa en el caso “Prosecutor c. Kupreškić”, en la sentencia de primera instancia, donde se corroboró la existencia consuetudinaria del crimen sin establecer la práctica generalizada y basándose solamente en el elemento subjetivo. De esta forma, para la prueba de la *opinio juris* se basan simplemente en una remisión a la cláusula Martens.³⁴ En efecto, las repercusiones del caso Kupreškić fueron grandes, ya que se intentó relacionar la *opinio juris* a la necesidad social como modo de sustitución del elemento subjetivo, lo que claramente se oponía a las teorías tradicionales.³⁵

Notamos que estas críticas parecen diversas a primera vista, pero en realidad comparten un denominador común: todas se vinculan con la exigencia de la norma escrita o con la falencia de los jueces para determinarla. Esta última problemática nos conduce a una primera duda: ¿el problema es la costumbre en sí o la capacidad de los tribunales para aplicarla correctamente?

III. ¿CUÁL ES EL ENFOQUE QUE SE DEBE UTILIZAR CON RESPECTO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD?

Analizados los principales problemas que presenta el uso de la costumbre, el próximo paso (o quizás el primero) es determinar cuál es la base racional y normativa sobre la cual se basan estas críticas. Es así que se debe definir el principio de legalidad al cual nos estamos refiriendo como parámetro (o *nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*), en el ámbito del DI Penal.

En primer lugar, encontramos dos acepciones dentro de este principio. Por un lado, la prohibición de imputar un delito por una ley *ex post facto*.³⁶ No obstante, su definición no termina en este punto, sino que también significa que ninguna persona puede ser sancionada si la ley no prevé la pena. Estas dos aristas del principio de legalidad deben a su vez presentar: especificidad, certeza y previsión.³⁷

34. MONTIEL, “La ‘mala costumbre’ de vulnerar derechos...”, p. 415.

35. CRYER, “International Criminal Tribunals and the Sources...”, p. 1055.

36. SHAHABUDDEN, “Does the Principle of Legality Stand...”, p. 1008.

37. SHAHABUDDEN, “Does the Principle of Legality Stand...”, p. 1008. El autor cita diversas decisiones donde se vio plasmada esta concepción del principio de legalidad, como en el

Sin embargo, esta definición tampoco plantea una uniformidad en el DI Penal. En efecto, ciertos doctrinarios sostienen que esta sería incorrecta en el ámbito en el que nos circunscribimos.³⁸ En este sentido, no consideran necesaria la presencia de una disposición detallada del crimen internacional. Es decir que no se precisaría de un comportamiento precisamente identificado para imputar la responsabilidad internacional penal.³⁹ En conclusión, bastaría la constatación de que el autor estaba sometido a normas jurídicas, claras y accesibles que establezcan una definición del crimen al momento de la acción. Este principio no debe ser tomado como contrario al desarrollo del DI Penal, el cual se puede dar a través de la jurisprudencia de los tribunales y las cortes. No obstante, estos desarrollos deberán penalizar la conducta que en el momento que se cometió podría razonablemente considerarse legítima.⁴⁰ Esta tesis no solo es sostenida por doctrinarios, sino que también encuentra asidero en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como fue el caso “S. W. v. The United Kingdom”, donde se definió el principio de legalidad en este sentido.⁴¹ Asimismo, si bien podríamos pensar que esta visión corresponde a los parámetros del sistema del *Common Law*, notamos su aplicación por parte de otros tribunales.⁴² En esta misma línea, el TIPY en el caso “Fiscal c. Dedalic” determinó que el principio de legalidad varía en el ordenamiento penal interno y en el ámbito del DI Penal, y establece que el objetivo

caso Veeber v. Estonia, en el cual se entiende la extensión de este principio con respecto a la pena.

38. PELLET, “The Statute and General International Law”, p. 1057.

39. PELLET, “The Statute and General International Law”, p. 1057. El autor hace referencia a una conferencia dada por Condorelli.

40. GREENWOOD, “International Humanitarian Law and the Tadic Case”, p. 281. Específicamente, Greenwood determina que el caso Tadić entraría dentro de esta categoría de desarrollo del derecho progresivo permitida.

41. TEDH, “S.W. v. The United Kingdom”, párr. 34. También SHAHABUDDIN, “Does the Principle of Legality Stand...”, p. 1012. El autor nombra también los casos “X Ltd and Y v. The United Kingdom” y “C. R. v. The United Kingdom”, el primero de la Antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, el segundo de la Corte Europea de Derechos Humanos.

42. CSJN, “Simón”, p. 49. En este fallo se establece que el principio de legalidad no puede significar un obstáculo a la aplicación de la costumbre internacional, y determina: “en lo que atañe al mandato de certeza, es un principio entendido que la descripción y regulación de los elementos generales del delito no necesitan el estándar de precisión que es condición de validez para la formulación de los tipos delictivos de la parte especial”.

común de ambas concepciones es mantener la balanza entre hacer prueba de justicia con respecto al acusado y la necesidad de preservar el orden mundial.⁴³

De este modo, llegaríamos a la premisa de que el principio de legalidad en el DI Penal configura una ley previa y no retroactiva, pero no necesariamente cierta. Según esta postura, la costumbre internacional es una fuente con la misma jerarquía que los tratados y, por lo tanto, igual de apta para constituir la indispensable ley.⁴⁴

Hay que tener en cuenta que el requisito de la definición detallada de la norma solo sería posible de manera escrita. Esta exigencia se ve requerida en los ordenamientos de derecho penal interno de los Estados que forman parte del sistema continental y, por lo tanto, la utilización de la costumbre siempre generó un roce en el ámbito internacional para estos países.⁴⁵ Sin embargo, esta situación no es la misma en el sistema del *Common Law*, donde la norma escrita no posee tal valor.⁴⁶ Este ideario que se ha creado alrededor de la máxima de que la norma internacional penal debe ser escrita no se adecúa a la realidad. En efecto, los países pertenecientes al sistema del *Common Law* nunca lo han reconocido como un principio del derecho internacional.⁴⁷ En relación con este punto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que el principio de legalidad no debe ser leído como una prohibición de la codificación gradual de las reglas de responsabilidad penal, siempre y cuando el desarrollo sea consistente con la esencia del crimen y pueda ser razonablemente previsto.⁴⁸

A pesar de plantear una alternativa del principio de legalidad, de ningún modo esto debe ser entendido como un principio laxo. En efecto, la definición del crimen debe ser construida y bajo ningún punto puede ser extendida a través de la analogía.⁴⁹ Eventualmente, en caso de ambigüedad, la definición deberá ser interpretada a favor de la persona investigada, siguiendo los estándares del principio *in dubio pro reo*.⁵⁰ Aun a través de la

43. TIPY, "Prosecutor vs. Zejnil Delalic et al", párr. 405.

44. PELLET, "The Statute and General International Law", p. 1067.

45. COLLANTES, "Crímenes de derecho internacional y la...", p. 66.

46. AKANDE, "Sources of International Criminal Law", p. 47.

47. CASSESE & GAETA, "Cassese's International Criminal Law", p. 141.

48. TEDH, "S.W. vs. Reino Unido", párr. 34.

49. AKANDE, "Sources of International Criminal Law", p. 47.

50. CARDOZA BRAVO, "Principios fundamentales en el Derecho Internacional...", p. 119.

aplicación de la costumbre internacional, este principio deberá mantenerse como un control constante para las diferentes imputaciones penales que se realicen.⁵¹ En este aspecto el TIPY determinó que las leyes penales deben ser interpretadas de manera restrictiva, limitando de esta forma que el juez defina el crimen e imponga una sanción según su parecer y sin ajustarse a las normas.⁵² Por este motivo, al utilizar la costumbre como fuente del DI Penal, se debe realizar un examen de los elementos constitutivos de las infracciones alegadas.⁵³ El hecho de que la costumbre no sea escrita no quiere decir que este concepto coincida con una abstracción absoluta. Aun cuando la costumbre posea esta característica fundamental, se utilizan documentos escritos para probar su existencia y no se basan en cuestiones abstractas.⁵⁴ A título de ejemplo, en el caso Tadić se utilizó no solo la práctica de los Estados, sino también documentos escritos, como es el caso de manuales militares o pronunciamientos oficiales.⁵⁵

En otras palabras, la concepción que se ha construido en torno al principio de legalidad en el ámbito del DI Penal es restrictiva e incluso errónea. Sin lugar a dudas, si nos posicionamos desde esa óptica será complejo y dificultoso considerar a la costumbre internacional desde un punto de vista legítimo. Ahora bien, la pregunta en este momento se transforma y deriva en: ¿cuál es la óptica que hay que adoptar para dejar de deslegitimar la costumbre internacional y poder reflotar sus aspectos legítimos en el ámbito del DI Penal?

IV. HACIA UNA CONCEPCIÓN LEGITIMANTE DE LA COSTUMBRE EN EL DI PENAL

En primer lugar, se debe determinar desde dónde analizaremos este principio. Es así que, si bien en el derecho penal interno de un Estado perteneciente al sistema de derecho continental el principio de legalidad se asocia con la forma escrita, esto no significa que sea análogo en el DI

51. AKANDE, "Sources of International Criminal Law", p. 47. Akande hace referencia a que en el caso del TIPY se siguió esta línea.

52. TIPY, "Prosecutor vs. Zejnir Delalic et al", párr. 408.

53. TIPY, "Prosecutor vs. Zejnir Delalic et al", párr. 418.

54. CIJ, "Nicaragua contra Estados Unidos", párrs. 187-201.

55. TIPY, "Prosecutor vs. Duško Tadić", Decision on...", párr. 263.

Penal. Por esta razón, apartaré en una primera instancia esta relación que se suele dar de manera cuasi natural en los ordenamientos de este sistema.

Si tomamos esta afirmación como base, podemos comenzar a plantear otras alternativas y visiones de la costumbre. De ninguna forma buscamos asimilar la costumbre con los tratados internacionales, ya que en esa diferencia radica la "riqueza" de cada uno de los procesos creadores del derecho. Siguiendo esta línea, se debe aceptar la naturaleza distintiva de cada una de estas fuentes tomando los aspectos útiles que nos puede proveer cada una. De este modo, así como los tratados internacionales pueden determinar de manera minuciosa algunos detalles de los elementos de los crímenes, o aun en materia procedimental,⁵⁶ también es posible hallar puntos positivos con respecto a la costumbre internacional en el ámbito del DI Penal. Es así que buscaremos conciliar la postura de la costumbre como "enemiga" del principio de legalidad, e intentaremos abordarla como un modo de cumplir el *nullum crimen sine lege*. Asimismo, hay que recordar que el ámbito de aplicación del DI Penal busca sancionar crímenes que poseen interés para la comunidad internacional, como vimos anteriormente. Por esta razón, se puede pensar que la exigencia de norma general y no detallada se puede ver incluso justificada, ya que va a ser una representación de la comunidad internacional en su generalidad.⁵⁷

En segundo lugar, no hay que olvidar que gran parte de las normas del derecho internacional público surgen de la costumbre. Este último posee una interrelación con el DI Penal, ya que en este ámbito la costumbre también se constituyó como una de las principales fuentes creadoras.⁵⁸ De esta manera, en el caso de tribunales *ad hoc* que presentaban la posibilidad de establecer normas escritas en sus estatutos se utilizó de todas formas la costumbre.⁵⁹ Particularmente, en el caso Tadić se especificaron diversas cuestiones de los elementos de los crímenes a través de esta norma, los cuales no se encontraban codificados en tratados ni en su estatuto,⁶⁰ aunque ya habían pasado varias décadas desde los juzgamientos de los Tribunales de Núremberg. Este

56. CURRAT, "Les crimes contre l'humanité dans le...", p. 28.

57. MONTIEL, "La 'mala costumbre' de vulnerar derechos...", p. 410.

58. MONTIEL, "La 'mala costumbre' de vulnerar derechos...", p. 410. También: ONU, S/25704, párr. 35.

59. AKANDE, "Sources of International Criminal Law", p. 50.

60. TIPY, Appeals Chamber, "'Prosecutor vs. Duško Tadić'. Decision on...", párr. 70. También en: SASSÓLI & OLSON, "The Judgment of the ICTY Appeals...", p. 572.

caso resultó ser de gran relevancia para la dilucidación de varias cuestiones del derecho internacional humanitario y la adjudicación de su responsabilidad, más allá de las disidencias sobre ciertos temas.⁶¹ Especialmente, resultó de fundamental importancia la definición de las violaciones en caso de conflictos armados no internacionales.⁶² Para la corroboración de esta norma consuetudinaria se analizaron las reglas que derivaban de la práctica internacional a la luz de la Guerra Civil española, pero también a través de otros conflictos armados como el de China o Yemen. Asimismo, se refieren a las declaraciones de representantes de Estados, de órganos y organizaciones internacionales, manuales militares y acciones del Comité Internacional de la Cruz Roja.⁶³ Cabe destacar que, como ya vimos, una de las críticas recurrentes del uso de la costumbre —y específicamente de la aplicación por parte del TIPY— fue la falta de corroboración de la *opinio juris*. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la corroboración de la costumbre en el derecho internacional humanitario es diferente por su naturaleza y los instrumentos utilizados para probarla son otros, como por ejemplo los pronunciamientos oficiales o manuales militares.⁶⁴

Como observamos, este uso se ve claramente encuadrado con respecto a los crímenes de guerra, los cuales ya de por sí constan con una base consuetudinaria⁶⁵ y siguieron formándose en este sentido. Si bien es cierto que este uso de la costumbre por parte del TIPY fue criticado en múltiples ocasiones por carecer de una corroboración detallada, estos conceptos de los crímenes fueron usados posteriormente en otros casos (tanto por parte de tribunales *ad hoc* como también por la Corte Penal Internacional),⁶⁶ lo que demuestra la consolidación de un estándar que generó un avance en la reducción de situaciones de carencia de juzgamiento de los crímenes

61. ÁLVAREZ, “Nuremberg Revisited: The Tadic Case”, p. 274.

62. FERNÁNDEZ LIESA, “El Tribunal para la antigua Yugoslavia...”, pp. 40 y 41. El autor hace referencia a los autores Pesce y Christakis, quienes critican el uso de la costumbre por debilitar los derechos a la defensa.

63. TIPY, Appeals Chamber, “‘Prosecutor vs. Duško Tadić’. Decision on...”, párrs. 100-120. También en: FERNÁNDEZ LIESA, “El Tribunal para la antigua Yugoslavia...”, p. 35.

64. TIPY, Appeals Chamber, “‘Prosecutor vs. Duško Tadić’. Decision on...”, párr. 99. También en: FERNÁNDEZ LIESA, “El Tribunal para la antigua Yugoslavia...”, p. 34.

65. CICR, “Los crímenes de guerra según el...”, p. 2.

66. ROBERGE, “Jurisdicción de los tribunales *ad hoc*...”. También en: ODRIÓZOLA GURRUTXAGA, “La doctrina de la empresa criminal conjunta...”, pp. 87 y 88.

internacionales.⁶⁷ Este rol de la jurisprudencia como reflejo del derecho internacional consuetudinario es expuesto por el TIPY, el cual la considera pertinente para determinar la existencia de una costumbre.⁶⁸ Esto no significa que los tribunales deben realizar la aplicación idéntica de un caso o una serie de casos, sino que debe ser utilizado como evidencia de la práctica y de la *opinio juris*.⁶⁹

Asimismo, esta utilización no solo fue útil con respecto a la definición de los crímenes en caso de conflicto armado no internacional, sino que también notamos la utilización de la costumbre para el establecimiento de la relación criminal⁷⁰ y, específicamente, para la determinación del *mens rea* y del *actus reus*.⁷¹ Para este fin, el TIPY hace un examen exhaustivo de la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial⁷² para formar la primera definición de la teoría de la empresa criminal conjunta y sus diferentes categorías (las cuales varían sus elementos objetivos y subjetivos, dependiendo a qué categoría pertenezcan). En resumen, concluye que el derecho consuetudinario establece una forma de responsabilidad según el designio común de un grupo, pudiendo aplicar la figura del coautor cuando no haya participado concretamente en la materialización del crimen.⁷³ Cabe resaltar que esta demostración no se basó solamente en la jurisprudencia, sino también a partir de tratados internacionales.⁷⁴

A través de estos ejemplos podemos observar que la costumbre es fuente creadora de responsabilidad internacional y la base criminal⁷⁵ y que esa misma responsabilidad e infracción no se trató de una invención del TIPY de acuerdo con sus fines prácticos, sino que fueron corroboradas con el paso del tiempo y los nuevos juzgamientos, lo que demuestra su legitimidad, de acuerdo con la concepción que tomamos del principio de legalidad.

Por último, aunque no menos importante, la costumbre puede ser funcional al principio de legalidad si lo pensamos desde su utilización para

67. FERNÁNDEZ LIESA, "El Tribunal para la antigua Yugoslavia...", p. 40.

68. TIPY, "'Prosecutor vs. Duško Tadić', Decision on...", párr. 256.

69. CRYER, "International Criminal Tribunals and the Sources...", p. 1057.

70. AMBOS, "'Joint criminal enterprise' y responsabilidad del superior", p. 40.

71. TIPY, "'Prosecutor vs. Duško Tadić', Decision on...", párr. 194. También en: WERLE & JESSBERGER, "Unless Otherwise Provided: Article 30 of...", p. 37.

72. TIPY, "'Prosecutor vs. Duško Tadić', Decision on...", párrs. 194-220.

73. TIPY, "'Prosecutor vs. Duško Tadić', Decision on...", párr. 220.

74. TIPY, "'Prosecutor vs. Duško Tadić', Decision on...", párr. 221.

75. BASSIOUNI & BLAKESLEY, "The Need for an International Criminal Court...", p. 175.

argumentar la defensa. Si bien en el caso Tadić no se registra un uso en este sentido, sí fue utilizado en el caso “Fiscal c. Erdemovic”,⁷⁶ donde se analizó la aplicación de la excepción por coacción. El TIPY analizó si la excepción por coacción era aplicable en el caso de los crímenes internacionales a partir del derecho consuetudinario. En este caso el imputado alegó haber actuado bajo amenaza y, por lo tanto, pedía la aplicación de la excepción por coacción. La opinión individual del juez Cassese, luego de hacer un examen minucioso de la práctica y la *opinio juris*, concluye que la coacción puede ser invocada como un medio de defensa en casos de crímenes guerra.⁷⁷ Asimismo, agrega una consideración personal donde establece que el derecho internacional no es ambiguo ni indeterminado y que para respetar el principio de legalidad hay que basarse en las reglas y fuentes existentes del derecho internacional.⁷⁸ La postura expuesta por el juez Cassese ha sido considerada como una búsqueda de humanizar el derecho internacional humanitario teniendo en cuenta los diferentes tipos de acusados.⁷⁹ Esto nos demuestra que la costumbre no es solo utilizada como base de imputación, sino también para la defensa en un juicio internacional penal.

V. CONCLUSIONES, REFLEXIONES PERSONALES Y POSIBLES SOLUCIONES

A partir del desarrollo de este trabajo, considero que no hay dudas con respecto a que la costumbre internacional es una fuente del DI Penal. El problema radica en la importancia que se le da a esa fuente: si se la considera apta para la creación de los crímenes y aspectos que determinan la responsabilidad o si se pone al nivel de una norma de corroboración que sirve de apoyo para completar solo algunos aspectos.

Como observamos, la costumbre también puede ser de gran utilidad para la imputación de la responsabilidad penal internacional. Esto se refleja en gran medida con la extendida utilización y relevancia que tuvieron los conceptos definidos a partir de la costumbre por el TIPY.

No se puede negar que la utilización de la costumbre precisa de un ejercicio más complejo de prueba en comparación a la norma escrita para no recaer

76. TIPY, Appeals Chamber, “Prosecutor vs. Dražen Erdemovic”, Judgement of...”, párr. 41.

77. TIPY, Appeals Chamber, ‘Fiscal vs. Dražen Erdemovic’, Separate and...”, párr. 50.

78. TIPY, Sala de Apelaciones, “Prosecutor vs. Dražen Erdemovic”, Judgement of...” párr. 49.

79. CRYER, “International Criminal Tribunals and the Sources...”, p. 1052.

en arbitrariedades en el ámbito del DI Penal,⁸⁰ sin embargo, el hecho de que la prueba sea menos simple que la referencia a un artículo establecido en un tratado no implica desecharla o considerarla contraria al principio de legalidad.

Esta sensación de oposición de la costumbre con el principio de legalidad se da por la creencia de que legalidad es sinónimo de escritura. Si bien esto puede ser correcto en un sistema de derecho penal interno, no quiere decir que estas reglas se trasladen de manera idéntica en el ordenamiento jurídico internacional. Es así que no considero conveniente hacer un copiar y pegar ni de las normas del derecho penal interno, ni del derecho internacional público, ya que se trata de una rama particular, con características compartidas, pero también propias.⁸¹ No se puede pretender la aplicabilidad absoluta de ninguna de las dos, ya que llegaríamos a un resultado erróneo, teniendo en cuenta que ambas son incompletas para este ámbito. Por todos estos motivos, considero que la hipótesis ha sido corroborada.

A modo de cierre, creo que la elección de las fuentes o los procesos creadores de normas responde a una casuística y es incorrecto hacer una jerarquización de cuál resulta más o menos válida. Remarcamos que los tratados brindan certeza terminológica, no obstante, a veces estos aspectos resultan incompletos y deben ser detallados por la costumbre, la cual también sirve como muestra del desarrollo progresivo del DI Penal.⁸² La idea sería no centrarse en las fuentes como conceptos cerrados, completos y autosuficientes, sino permitir la interrelación entre ellas,⁸³ utilizando sus mejores atribuciones para cada caso. Para un análisis más extendido, sería interesante ver cómo se define el principio de legalidad en otros sistemas jurídicos que no sean el continental ni el *Common Law*.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AKANDE, Dapo, "Sources of International Criminal Law", en CASSESE, Antonio, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, 2009, Oxford.

80. MONTIEL, "La 'mala costumbre' de vulnerar derechos...", p. 415.

81. MONTIEL, "La 'mala costumbre' de vulnerar derechos...", p. 415. Montiel plantea que no debemos buscar ni un derecho internacional público punitivo ni un derecho penal nacional internacionalizado.

82. SHAHABUDDIN, "Does The Principle of Legality Stand...", p. 1013.

83. POCAR, "Interacción de las fuentes del derecho...", p. 201.

- AKEHURT, Michael, “Custom as a Source of International Law”, en *British Yearbook of International Law*, Vol. 47, N° 1, 1975, pp. 1-53.
- ÁLVAREZ, José E., “Nuremberg Revisited: The Tadic Case” en *European Journal of International Law*, Vol. 7, N° 2, 1996, pp. 245-264.
- AMBOS, Kai, “‘Joint criminal enterprise’ y responsabilidad del superior”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 2, N° 19, 2007, pp. 39-78.
- ARAJÄRVI, Noora, “The Role of the International Criminal Judge in the Formation of Customary International Law”, en *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, N° 2, 2007, pp. 1-31.
- ARENDT, Hannah, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, 4^a ed., Penguin Books, 2006, New York, 2006, p. 257.
- BASSIOUNI, Mahmoud C. & BLAKESLEY, Christopher L., “The Need for an International Criminal Court in the New International World Order” en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 25, N° 2, 1992, pp. 151-182.
- BESSON, Samantha & D’ASPREMONT, Jean, *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford University Press, 2018, Oxford.
- CARDOZA BRAVO, Adela, “Principios fundamentales en el Derecho Internacional Penal”, en *Encuentro*, Vol. 3, N° 49, 1999, pp. 114-123.
- CASSESE, Antonio & GAETA, Paola, *Cassese’s International Criminal Law*, 3^a ed., Oxford University Press, 2013, Oxford.
- CASSESE, Antonio, ACQUAVIVA, Guido, FAN, Mary & otros/as, *International Criminal Law – Cases and Commentary*, Oxford University Press, 2011, Oxford.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, “Los Crímenes de guerra según el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y su base en el DIH”, 31/10/2012, URL https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/sp_-_crimenes_de_guerra_cuadro_comparativo.pdf.
- COLLANTES, Jorge L., “Crímenes de derecho internacional y la justicia penal de los Estados”, en *Iuris Dicto, Revista de la Universidad San Francisco de Quito*, Vol. 5, N° 8, 2004, pp. 66-82.
- Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/15 + Corr.1, Report on the Question of International Criminal Jurisdiction by Ricardo J. Alfaro, Special Rapporteur, en *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1950.
- Corte Internacional de Justicia, “Caso Nicaragua contra Estados Unidos”, “Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua”, 26/11/1984.
- Corte Suprema de Justicia Argentina, “Simón”, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.”, 14/06/2005, *Fallos* 328:2056.

- CURRAT, Philippe, “Les Crimes contre l’ humanité dans le statut de la Cour Pénale Internationale”, Schulthess, 2006, Ginebra.
- CRYER, Robert, “International Criminal Tribunals and the Sources of International Law- Antonio Cassese’s Contribution to the Canon”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, N° 5, 2002, pp. 1045-1061.
- DOBOVSEK, José, “La jurisdicción internacional penal”, en *Aequitas Virtual*-Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas del Salvador, Vol. 4, N° 14, 2002, pp. 1-21.
- Statut du Tribunal Militaire de Nuremberg, 08/08/1945, Londres, Reino Unido, e.v. 06/10/1945.
- FEIERSTEIN, Daniel, “Algunos interrogantes sobre las modalidades de juzgamiento de los crímenes estatales masivos”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, N° 5, 2013, N° especial “Redefiniendo la cuestión criminal: Crímenes de Estado, atrocidades masivas y daño social”, pp. 46-62.
- FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., “El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del derecho internacional”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 28, N° 2, 1996, pp. 11-44.
- GARIBIAN, Sevane, “Le recours au droit international pour la repression des crimes du passé: regards croisés sur les affaires Touvier (France) et Simon (Argentine)”, en *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 56, 2010, pp. 197-215.
- GREENWOOD, Christopher, “International Humanitarian Law and the Tadic Case”, en *European Journal of International Law*, Vol. 7, N° 2, 1996, pp. 265-283.
- GREPPI, Edoardo, “La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1999, URL: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdnnf.htm> consultado 13/06/2021.
- LUTERSTEIN, Natalia M., “¿Una casa tomada? Un análisis de las fuentes del derecho internacional penal y su relación con del derecho internacional público”, en BUIS, Emiliano J., *La guerra ante la fragmentación del derecho internacional. Interacciones, intercambios, interferencias*, Libro digital DOC Académica Sempithidia, 2016, Buenos Aires.
- MEDINA SEMINARIO, Mirtha E. & VÁZQUEZ ARANA, César A., “Los crímenes de Lesa Humanidad y su juzgamiento”, en *Lex - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 9, N° 8, 2011, pp. 107-124.
- METTRAUX, Guénaél, “Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda”, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 43, N° 1, 2002, pp. 238-247.

- MONTIEL, Juan P., “La ‘mala costumbre’ de vulnerar derechos humanos: análisis y pronóstico de la costumbre como fuente del derecho penal internacional”, en *La crisis del principio de legalidad en el derecho penal internacional: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, 2012, Madrid-Barcelona.
- ODRIOZOLA GURRUTXAGA, Miren, “La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales *ad hoc* y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Vol. 1, 2013, pp. 86-104.
- Organización de Naciones Unidas, S/25704, Rapport du Secrétaire Général établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de Sécurité 03/05/1995.
- PELLET, Alain, “The Statute and General International Law”, en CASSESE, Antonio, GAETA, Paola & JONES, John R. D. W., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. II, Oxford University Press, 2002, Oxford.
- POCAR, Fausto, “Interacción de las fuentes del derecho penal internacional: de la teoría a la práctica”, en *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2009, pp. 185-223.
- REMIRO BROTONS, Antonio, “La expansión y diversificación material del derecho internacional y el riesgo de su fragmentación”, en *Derecho Internacional*, Tirant lo blanch, 2007, Valencia.
- ROBERGE, Marie C., “Jurisdicción de los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1997, pp. 695-710.
- SASSÒLI, Marco & OLSON, Laura, “The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadić Case. New Horizons for International Humanitarian and Criminal Law?”, en *International Review of the Red Cross*, Vol. 82, N° 839, 2000, pp. 733-769.
- , “Prosecutor v. Tadić (Judgement). Case N° IT-94-a-A. 38 ILM 1518 (1999)”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 94, N° 3, 2000, pp. 571-578.
- SHAHABUDEEN, Mohamed, “Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law”, en *Journal of International Criminal Justice – Oxford University Press*, Vol. 2, N° 4, 2004, pp. 1007-1017.
- THIRLWAY, Hugh, “Alternative Approaches”, en *The Sources of International Law*, 2ª ed., Oxford University Press, 2019, Oxford.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “S.W. vs. The United Kingdom”, 22/11/1995, Application N° 20166/92.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, “Caso Erdemovic”, ““Prosecutor vs. Dražen Erdemovic”, Judgement of the Appeal Chamber” 07/10/1997.

——, “Caso Erdemovic”, ““Prosecutor vs. Dražen Erdemovic”, Separate and Dissenting Opinion of the Judge Cassese”, 07/10/1997.

——, “Caso Tadić”, ““Prosecutor vs. Duško Tadić”, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction”, 02/10/1995.

——, “Caso Tadić”, ““Prosecutor vs. Duško Tadić”, Separate Opinion of Judge Li on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction”, 02/10/1995.

——, “Caso Tadić”, ““Prosecutor vs. Duško Tadić”, Judgement of the Appeal Chamber”, 15/07/1999.

——, ““Prosecutor vs. Zejnil Delalic et al’”, Judgement of Trial Chamber”, 16/11/1998.

WERLE, Gerhard & JESSBERGER, Florian, “Unless Otherwise Provided: Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes Under International Criminal Law”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, N° 1, 2005, pp. 33-55.

LOS PARLAMENTOS MAPUCHE, UNA PERSPECTIVA DESDE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL*

FLORENCIA ZUBELDIA CASCÓN**

“Suenan muy futuras ciertas voces del pasado americano muy pasado”

EDUARDO GALEANO¹

Resumen: El presente trabajo buscará analizar la figura de los parlamentos mapuches, firmados por el pueblo mapuche con España en el siglo XVII, y en particular el Parlamento de Quillín (1641), desde una perspectiva jurídica de las fuentes del derecho internacional público. Los parlamentos mapuches o *koyang* fueron el instrumento mediante el cual el pueblo mapuche negoció con los españoles acordando la paz, los límites, los intercambios, etc. Los parlamentos son, en general, instrumentos desconocidos y negados por tendencias históricas e indigenistas que les han restado importancia y trascendencia. Para ello, se analizarán las particularidades de estos instrumentos a la luz del derecho de los tratados, teniendo en cuenta la situación de los sujetos intervinientes y el contexto histórico. Se buscará problematizar estos aspectos desde una mirada moderna pero situada en la particular situación de la colonización de América Latina. El objetivo del presente artículo no es emitir una conclusión sobre la validez o no de dichos instrumentos, sino una consideración de su importancia y su aporte histórico, desde el análisis jurídico como modo de creación de normas en el derecho internacional público, hacia una comprensión de los procesos históricos que han forjado la historia de nuestro subcontinente. Es por esto que la hipótesis será si la figura de los parlamentos, en general, y del Parlamento de Quillín, en particular, constituyó una fuente de normas internacionales en la época en la que se inscriben. El análisis jurídico, no desvinculado del contexto y sus particularidades,

* Recepción del original: 24/10/2021. Aceptación: 02/12/2021.

** A Joha por su ayuda en la traducción. A Fede, por su apoyo y sostén.

1. GALEANO, “Las tradiciones futuras”, *El libro de los abrazos*.

puede aportar una nueva mirada sobre los actores y las implicancias de este periodo de nuestra historia.

Palabras clave: pueblos indígenas — mapuche — derecho internacional — fuentes del derecho internacional — sujetos del derecho internacional — tratados — colonialismo

Abstract: This paper will analyze the Mapuche Parliaments, signed between the Mapuche people and Spain in the 17th century, particularly the Quillín Parliament (1641), from the perspective of the sources of international law. To do this, the specificities of these instruments will be studied with consideration of the law of treaties while accounting for historical context and the specific situations of all involved individuals. These matters will be analyzed through a modern lens while taking into account Latin America’s colonization.

Keywords: parliaments — mapuche — sources of international law — law of treaties — colonization — twail

I. INTRODUCCIÓN

La técnica de pactar o establecer acuerdos con las poblaciones indígenas fue bastante utilizada por los españoles para lograr la penetración en los territorios del “Nuevo Mundo”.² Sustentada, de cierta manera, por la doctrina de Francisco de Vitoria (1495—1546), teólogo y profesor, que se preocupó por intentar dar un marco legal a la relación de España con los indios de América y la aplicación del *ius gentium*³ a los indígenas que, de todas formas, también celebraban acuerdos y arreglos entre diferentes comunidades.

En particular este trabajo se centrará en el uso de estos acuerdos en el siglo XVII, por parte de los españoles con el pueblo mapuche en la zona de la Araucanía (actual Patagonia chilena y parte de la argentina), que pertenecía a la Capitanía de Chile y dependía del Virreinato del Perú. Estos acuerdos se llamaron *parlamentos* o *koyang* en lengua mapudungun

2. Práctica que también había sido llevada a cabo antes en la conquista de las Canarias, por ejemplo. Véase LEVAGGI, *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras...*, p. 30.

3. Idea que resulta más controversial de lo que parece. Para ver una discusión sobre el tema: ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of...*

y fueron una suerte de reinención de las reuniones que ya tenían los caciques mapuches para tratar cuestiones de importancia.

Es importante aclarar, en este punto, que la sociedad mapuche no se organizaba de manera jerárquica respondiendo a un único líder o cacique, sino que estaba compuesta por diferentes familias extendidas, *lof*, ubicadas en diferentes regiones, representadas por diferentes *lonkos* o caciques. En definitiva, se trataba de una sociedad sin organización centralizada, esquema que contrastaba con el de la Corona española, una sociedad organizada de una manera más o menos asimilable a un Estado con un soberano a la cabeza, el rey, del cual los gobernadores o enviados a negociar con los mapuches solo eran representantes.

Desde la llegada de los españoles a la zona ocupada por los mapuches en la Araucanía, los enfrentamientos, conflictos y guerras fueron casi permanentes.⁴ Si bien las miradas de los historiadores y antropólogos son diversas sobre este momento,⁵ coinciden en que fue una época marcada por enfrentamientos, en la que los españoles buscaban conquistar las tierras del pueblo mapuche y se encontraron con su respuesta y resistencia. Esta etapa, que se mantiene hasta 1641 aproximadamente, y es habitualmente llamada "guerra ofensiva", fue profundamente criticada por los jesuitas, que ingresaron al territorio transformando el dispositivo de conquista y cuestionando sus fundamentos.⁶

Siguiendo a Boccara, podemos decir que "[...] si existe un hecho certero en la historia de la Araucanía, es que la población mapuche no fue dominada o reducida".⁷ En el período entre los siglos XVII y XIX, de supuesta paz, los mecanismos para lograr la dominación se transformaron y, entre otros dispositivos, aparecieron los parlamentos, como una institución de negociación entre mapuche y españoles. En las próximas páginas serán desarrollados con mayor profundidad.

4. Hubo varios intentos de establecer acuerdos de paz en 1541, 1550, 1551, 1593, 1605, 1610, 1612, 1615, antes del Tratado de Quillín de 1641. Véase CONTRERAS PAINEMAL, *Koyang: Parlamento y Protocolo en la...*, y LEVAGGI, *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras...* (pueden aparecer ciertas diferencias en las fechas).

5. BOCCARA, *Los vencedores. Historia del pueblo mapuche en la época colonial*, pp. 202 y ss.

6. BOCCARA, *Los vencedores. Historia del pueblo mapuche en la época colonial*, p. 209.

7. BOCCARA, *Los vencedores. Historia del pueblo mapuche en la época colonial*, p. 211.

II. CONTEXTUALIZACIÓN Y DEFINICIÓN DE LOS PARLAMENTOS. ANTECEDENTES, IMPORTANCIA, ETNOGÉNESIS

Los tratados o parlamentos fueron el instrumento jurídico de la política de "penetración pacífica",⁸ que, aunque no resultó tan pacífica, sí estuvo marcada por una cierta reducción del conflicto y un cambio en la manera de dominación⁹ que no implicó una renuncia a la expansión del dominio español hacia el sur del río Bío-Bío, territorio mapuche.¹⁰ Fue un cambio de estrategia impulsado por los jesuitas a partir de 1610, principalmente por Luis de Valdivia,¹¹ cuando comenzó la guerra defensiva y el intento de negociaciones, que culminaron en 1641.

Los parlamentos, como ya se mencionó, tenían un origen mapuche. El *koyang* era la reunión autoconvocada para decidir asuntos de importancia, principalmente la paz o la guerra. La convocatoria y el desarrollo se encontraban impregnados de rituales y simbolismos, muchos de los cuales siguieron estando presentes en los parlamentos con el *huinca*, los españoles.¹²

Los parlamentos llevados a cabo con los españoles eran llamados habitualmente tratados de paz o de paces que. De todas formas, no era su única función, sino que fueron fenómenos realmente complejos.¹³ Estos tratados buscaban llegar a entendimientos para evitar la mutua agresión, es por ello que el principal objetivo perseguido por los españoles estaba en lograr que los caciques aceptaran las condiciones propuestas.¹⁴ Como explica Zavala, este es el rol más formal del parlamento, que corresponde con la tradición europea de tratados y acuerdos entre naciones como fuente de legitimidad y, por esta razón, eran importantes para los españoles:

8. LEVAGGI, *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de América*, p. 30.

9. BOCCARA, *Los vencedores. Historia del pueblo mapuche en la época colonial*, p. 213.

10. OBREGÓN ITURRA, *Des Indiens rebelles face à leurs...*, p. 169.

11. LEVAGGI, *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras...*, p. 29. CONTRERAS PAINE-
MAL, *Koyang: Parlamento y Protocolo en la...*, p. 44.

12. Puede verse un gran desarrollo del ritual y el simbolismo de los *koyang* en CONTRERAS
PAINEMAL, *Koyang: Parlamento y Protocolo en la...*

13. Los parlamentos tenían un impacto social, económico y político, OBREGÓN ITURRA, *Des
Indiens rebelles face à leurs...*, p. 167, y ZAVALA CEPEDA, "Aproximación antropológica a
los Parlamentos Hispano-mapuche del siglo XVIII", p. 50.

14. OBREGÓN ITURRA, *Des Indiens rebelles face à leurs...*, p. 172.

"En efecto, para los españoles el parlamento comprometía jurídicamente a las dos partes respecto de los "acuerdos" establecidos en esta ocasión bajo la forma de "capitulaciones" o "artículos" y definidos generalmente con anterioridad por las autoridades españolas".¹⁵

Aún con lo expresado anteriormente, tal y como expresa Zavala, "el parlamento es una institución híbrida y transcultural"¹⁶ en el sentido de que no fue una imposición española, ni el resultado del accionar mapuche bajo una presión española,¹⁷ sino el resultado de un espacio de diálogo intercultural.¹⁸ Por un lado Zavala va a sostener que:

"[...] se trata sin duda de un instrumento de contacto utilizado por los españoles; pero también, de un instrumento utilizado por los mapuches para entablar relaciones con los españoles según sus propios criterios".¹⁹

A lo que Boccara le agregará que "conforman una de las piezas maestras de una nueva estrategia de sujeción y vigilancia"²⁰ de los españoles a los mapuches. Se trata de visiones no del todo opuestas en cuanto al valor de los parlamentos para ambas facetas.

III. EL PARLAMENTO DE QUILLÍN COMO CASO DE ESTUDIO. EL PARLAMENTO COMO FUENTE DE DERECHO INTERNACIONAL

El Parlamento de Quillín se firma el 6 de enero de 1641, en los llanos de Quillín, con la participación de 160 caciques y el gobernador español Francisco López de Zúñiga, marqués de Baides y conde de Pedrosa.²¹ Este parlamento se celebra debido al fracaso de la guerra ofensiva, aunque esta no es la única causa. Por un lado, el gobernador López de Zúñiga había

15. ZAVALA CEPEDA, "Aproximación antropológica a los Parlamentos Hispano-mapuche del siglo XVIII", p. 50.

16. ZAVALA CEPEDA, *Los mapuches del siglo XVIII. Dinámica...*, p. 160.

17. LEVAGGI, *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de América*, p. 32.

18. BOCCARA, *Los Vencedores. Historia del Pueblo Mapuche en la Época Colonial*, p. 218.

19. ZAVALA CEPEDA, *Los mapuches del siglo XVIII. Dinámica...*, p. 160.

20. BOCCARA, *Los vencedores. Historia del pueblo mapuche en la época colonial*, p. 218.

21. LEVAGGI, *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de América*, p. 76.

llevado adelante expediciones sumamente violentas y los indígenas se encontraban en una situación bastante precaria. Por otro lado, España se encontraba en una situación financiera difícil y sus colonias eran amenazadas por las intenciones expansionistas holandesas, por lo que se necesitaba acabar con gastos de guerra y comenzar a aumentar la producción.²² Además, como señala Boccara, se debe tener en cuenta el cambio ideológico que acontece, debido a que la guerra violenta, las mutilaciones, el esclavismo, etc., se volvían cada vez menos justificables tanto como ineficaces para conseguir mano de obra.²³

En las siguientes páginas se buscará describir el Parlamento de Quillín, y la figura de los parlamentos en general, como una fuente del derecho internacional para la época. Para eso se analizarán distintos aspectos del tratado como reveladores de su naturaleza.

Antes de analizar el Parlamento de Quillín como fuente normativa, debe considerarse la cuestión de la subjetividad internacional de los actores. Para esto es preciso situarse en el momento histórico, previo a la Paz de Westfalia (1648), cuando la figura del Estado estaba aún en proceso de transformación y distaba de ser lo que hoy en día podemos considerar como tal.

La Convención de Montevideo sobre Deberes y Derechos de los Estados define el Estado como aquel que tiene: población permanente, territorio definido, gobierno y capacidad para entablar relaciones con otros Estados.²⁴ Esta es una definición muy posterior al siglo XVII, cuando esos conceptos no estaban totalmente consolidados,²⁵ por lo que sería un error aplicarla de manera anacrónica a un ámbito claramente diferente, “signado por particularidades propias que resultan muy diferentes de aquellas que determinan el sustrato jurídico de otras civilizaciones”.²⁶

España era, en cierto modo, un Estado, tomando el sentido más moderno del concepto, pues cumplía con los elementos anteriormente nombrados. Por el lado mapuche, las características estatales pueden verse un poco difusas. El pueblo mapuche contaba con población permanente y un

22. BOCCARA, *Los vencedores. Historia del pueblo mapuche en la época colonial*, p. 258.

23. BOCCARA, *Los vencedores. Historia del pueblo mapuche en la época colonial*, p. 258.

24. Convención de Montevideo sobre Deberes y Derechos de los Estados, 26/12/1933, Art. 1.

25. Pensemos en los Estados aún no unificados de Europa, la categoría jurídica del “Nuevo Mundo”, y todas las discusiones acerca de la soberanía y el poder papal.

26. BUIS, *La Súplica de Eris. Derecho Internacional...* p. 80.

territorio bastante definido al sur del río Bío-Bío en la Patagonia chilena, hasta la isla de Chiloé y con cierta presencia en la Pampa.²⁷ El gobierno, entendido en términos modernos, no es un elemento presente en el pueblo mapuche, pero sí contaba con una organización sociopolítica descentralizada y no jerárquica (con los recaudos que amerita la utilización de estos términos). La complejidad de la organización sociopolítica en agrupaciones locales *lof*, *rewé*, territorial *ayllarewé* y regional *vutanmapu*, permiten hablar de una organización que se articulaba en diferentes niveles estableciendo alianzas políticas según las circunstancias históricas (en los parlamentos participaban los representantes de cada *vutanmapu*). Lo que resulta indudable (y el mismo desarrollo histórico lo prueba) es la capacidad de estos de entablar relaciones con otros sujetos como los incas, los españoles, los holandeses.

Los datos históricos y arqueológicos muestran que el pueblo mapuche ejercía dominio y posesión sobre un territorio antes de la llegada de los españoles, aun cuando utilizar estos términos occidentales para explicar la relación de los indígenas con el territorio resulta problemático pero clarificador en los términos de explicar su autonomía. En esa misma época se desarrollaron ciertas teorías jurídicas que, de cierta forma, confirmaron esta realidad. Ya se ha nombrado a Francisco de Vitoria, quien rechaza la idea de la donación papal de América a España como suficiente legitimación para la conquista y la imposición del poder español²⁸ y declara que los indios eran los verdaderos dueños de su tierra.²⁹ De todas formas, justifica la administración española de las tierras y relaciones por encontrarse los indígenas menos desarrollados en algunas cuestiones (artes, derecho, etc., desde el estándar europeo), y la guerra “justa” cuando los indígenas incumplían con la obligaciones (que son la contracara de tener derechos) del *ius gentium*, esto es, básicamente, aceptar la imposición española “por su

27. Los movimientos demogeográficos de los mapuches fueron varios y la circunscripción a ese ámbito se debe a ciertas circunstancias que exceden este trabajo. Para una explicación más detallada véase ZAVALA CEPEDA, *Los mapuches del siglo XVIII. Dinámica...*

28. El papa Alejandro VI a través de las Bulas Alejandrinas de 1493, otorga a los Reyes Católicos el dominio de las tierras descubiertas y por descubrir, por tratarse de tierras de infieles que debían convertirse al cristianismo. Posteriormente España y Portugal firmaron el Tratado de Tordesillas (1494) para dividir el territorio descubierto.

29. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, p. 16.

propio beneficio".³⁰ En un sentido consecuente, aunque con algunas diferencias, se expresó Hugo Grocio (1583-1645), al afirmar que la capacidad de entrar en relaciones de acuerdo o negociación es una consecuencia de los derechos naturales de todas las personas. Como bien expresa Anaya, esta expresión de derechos puede verse reflejada en el subsiguiente modelo de creación de tratados entre los poderes europeos y los indígenas.³¹

Por estas particularidades, los términos "Estado" o "sujeto" no resultan adecuados para describir una realidad histórica anterior a su conceptualización. Para ello, la categoría introducida por Higgins, "participantes del derecho internacional",³² parece más adecuada a la luz de analizar una situación fáctica, que aún fuera de ciertos estándares jurídicos sucedió como una interacción entre sujetos, estableciendo normas jurídicas en un plano no interno. Higgins explica a los participantes como aquellos que efectivamente participan en el proceso dinámico de la creación de normas. Considerar la efectiva participación y el proceso de creación de normas como dinámico ayuda a entender casos como el de estudio, en donde las categorías rígidas dejan de lado situaciones que por su valor histórico merecen ser tenidas en cuenta.

IV. NEGOCIACIONES PREVIAS Y RITUALISMO DURANTE SU CELEBRACIÓN

Los parlamentos implicaban negociaciones anteriores a su celebración. Tal como en los tratados modernos, debía haber un acuerdo de las partes para comenzar a discutir la celebración de un acuerdo. A partir de ese momento, toda la ceremonia de negociación y celebración estaba cargada de ritualismo y protocolo, sumamente importante para darle significación al acuerdo. También en este aspecto puede hacerse un paralelismo con el ritualismo y el protocolo que rodea a las conferencias internacionales o a Naciones Unidas. Pueden nombrarse como ejemplos las normas ceremoniales y de etiqueta, incluyendo el respeto y la consideración de las culturas involucradas en la negociación, la organización protocolar en

30. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, p. 18. La traducción es propia.

31. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, p. 18.

32. HIGGINS, "International Law and the Avoidance, Containment...", p. 68.

Naciones Unidas, la posibilidad de expresión de los Estados de las consideraciones durante los *travaux préparatoires* de un tratado, la negociación de cláusulas, del lenguaje utilizado y de las obligaciones para las partes, las pautas formales como los plenos poderes, la utilización de varias lenguas y de intérpretes para dar fe de lo negociado y pactado, etc.

Los parlamentos entre mapuches eran convocados por un mensajero o *werken*, que se encargaba de comunicar³³ a todos los caciques el día y lugar del encuentro. Dada la particular forma de organización sociopolítica mapuche, cuando el asunto concernía a todo el pueblo debían convocarse a todos los indígenas, en particular a los caciques, dado que un cacique no invitado podía considerarse fuera del acuerdo y romper la paz. Esta negociación colectiva estará en oposición con las formas españolas, cuyo representante solo era el gobernador. Los gobernadores españoles tenían mucho cuidado de respetar esta lógica colectiva, ya que era la manera de acordar una paz más duradera.

Es por esto que el Tratado de Quillín es convocado, tras una incursión del ejército español al territorio mapuche, por el gobernados López de Zúñiga y el cacique Loncopichun, quien se acerca al gobernador a ofrecer negociar la paz. El Parlamento de Quillín convoca a 160 caciques y 2.000 mocetones,³⁴ aunque esto no consta en el texto del tratado (véase Anexo) donde solo se nombra a cinco caciques y "otros de parte de los indios".

Si bien es cierto que la ceremonia tradicional mapuche, el *koyang*, sufrió algunas transformaciones al convertirse en el instrumento de negociación con los españoles, se conservan ciertos aspectos que lo acercan más al mundo mapuche. Por un lado, el ritualismo (que se describirá a continuación) es, en gran parte, de tradición mapuche. Y por otro, se utiliza la lengua y también el estilo discursivo mapuche, se respeta la lógica del "don" como una forma de interacción política, y se celebra en territorio mapuche.³⁵

La celebración de los parlamentos contaba entonces con diferentes etapas y simbología. Comenzando con la rama de canelo que debían portar

33. La forma de comunicar la reunión se realizaba a través de una punta de flecha ensangrentada para informar que se trataría de un asunto de guerra. Para ver más CONTRERAS PAINEMAL, *Koyang: Parlamento y protocolo en la diplomacia....*

34. ZAVALA CEPEDA, "Aproximación antropológica a los Parlamentos Hispano-mapuche del siglo XVIII", p. 50.

35. ZAVALA CEPEDA, "Aproximación antropológica a los Parlamentos Hispano-mapuche del siglo XVIII", p. 51.

los caciques y el representante español, como el símbolo de paz por excelencia. Antes de tratar los temas por los que se convocó el parlamento se sacrificaban "ovejas de la tierra"³⁶ para extraerles el corazón y con la sangre untar el ramo de canelo. Pasaban el corazón y la rama de canelo de mano en mano para simbolizar así la unión en una misma voluntad.^{37,38} Una vez finalizado este ritual, que involucraba el honor y la unión de los presentes en un compromiso mutuo, comenzaban los discursos, en lengua mapudungun, con intervención de intérpretes para los españoles. Los mapuches daban mucha importancia a la palabra, por lo que sus discursos eran largos y complejos, aquellos presentes en el parlamento se destacaban precisamente por esta habilidad en el uso de la palabra.³⁹ Por el lado español la toma de la palabra concernía solo al gobernador, quien exponía a los indígenas los capítulos del tratado, traducidos luego en lengua mapuche por un intérprete. Por el contrario, del lado mapuche, era necesario que cada cacique pronunciara públicamente su compromiso y su acuerdo, ya que no existía una delegación de poder.⁴⁰

El jesuita Alonso de Ovalle describe esta parte de la ceremonia en la celebración del Parlamento de Quillín:

"Después de esta ceremonia se sentaron todos al derredor de las ovejas muertas, y hecho silencio comenzaron a tratar, y conferir entre sí sobre el asiento de las paces perpetuas, y el modo, calidad, y condiciones de jurarlas, y entablarlas: habiendo hablado sobre esto con grande concierto y elegancia Lincopichon, y Antegueno (que son naturalmente retóricos estos indios, y se precian de hacer un buen parlamento) y replicando de nuestra parte lo que pareció conveniente, proponiéndoles las condiciones y pactos que parecieron más importantes al servicio de entrambas majestades, y habiendo dado y tomado sobre la materia, se levantó Liencura, cacique muy

36. Algunos autores las nombran llamas, por ejemplo, BOCCARA, *Los vencedores. Historia del pueblo mapuche...*, p. 259.

37. Existe alguna diferencia en los relatos a propósito de esta ceremonia, en cuanto a beber la sangre, hacer pasar solo el corazón o solo la rama de canelo ensangrentada.

38. BOCCARA, *Los vencedores. Historia del pueblo mapuche...*, p. 258. CONTRERAS PAINE-MAL, *Koyang: Parlamento y protocolo en la...*, p. 99.

39. CONTRERAS PAINE-MAL, *Koyang: Parlamento y protocolo en la...*, p. 106.

40. ZAVALA CEPEDA, "Aproximación antropológica a los Parlamentos Hispano-mapuche del siglo XVIII", p. 53.

principal, hombre sagaz, gran soldado, de muy vivo ingenio, muy entendido y práctico, de edad de sesenta años, y que hasta entonces se vivía con recelo de sus astucias, e hizo tal razonamiento a los suyos acerca de la paz, y condiciones de que se trataba, representándoles la infelicidad y trabajos de las armas, causó tal moción en todos, que se levantaron en pie, y clamaron apellidando a voces la paz, y nombrando sus antiguas tierras de donde los tenían desterrados las guerras, prometieron volverse a ellas dentro de los seis meses como se les había propuesto".⁴¹

A partir de esta descripción es posible notar cómo españoles y mapuches negociaban las condiciones del acuerdo. Zavala explica detalladamente los pasos de negociación en los que, en un primer día, el gobernador exponía los puntos a acordar y los caciques respondían y, en un segundo día, todos los representantes mapuches de los *vutanmapu* expresaban sus consideraciones sobre el acuerdo.⁴² En esta parte era fundamental la intervención de los intérpretes que realizaban la traducción en ambas lenguas (y a los cuales se les tomaba un juramento al comenzar la negociación).⁴³

Esta ceremonia terminaba con el entierro de las armas al pie de un canelo para dar por enterradas las enemistades.⁴⁴ López de Zúñiga, en Quillín, adhiere a la tradición mapuche y los españoles también sepultan sus armas al pie del canelo,⁴⁵ simbolizando así la unión entre los caciques presentes y el representante del rey, el gobernador.⁴⁶ Al finalizar la celebración de los parlamentos se realizaba un intercambio de presentes, que mayormente estaba dado por los españoles a los indígenas, la entrega del "don" era una suerte de reconocimiento de una deuda con los que aceptaban la paz.⁴⁷

41. OVALLE, *Histórica Relación del Reyno de Chile*, 1646, citado en LEVAGGI, *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de...*, p. 77.

42. ZAVALA CEPEDA, "Aproximación antropológica a los Parlamentos Hispano-mapuche del siglo XVIII", p. 54.

43. Véase ZAVALA CEPEDA, "Aproximación antropológica a los Parlamentos Hispano-mapuche..." para un detalle de las tres etapas de los parlamentos y el flujo discursivo producido.

44. CONTRERAS PAINEMAL, *Koyang: Parlamento y Protocolo en la...*, p. 100.

45. BOCCARA, *Los Vencedores. Historia del Pueblo Mapuche en la Época Colonial*, p. 259.

46. ZAVALA CEPEDA, "Aproximación antropológica a los Parlamentos Hispano-mapuche del siglo XVIII", p. 54.

47. Véase ZAVALA CEPEDA, "Aproximación antropológica a los Parlamentos Hispano-mapuche..." para un desarrollo más profundo sobre la importancia y el rol del "don" entre españoles y mapuches.

Como se puede apreciar de lo relatado, el ritual que envolvía a los parlamentos era de suma importancia. En él, españoles y mapuches negociaban y pactaban las paces, estableciendo acuerdos para regular las relaciones mutuas a partir de entonces. Muchos autores no coinciden en ver a esta negociación como una negociación entre iguales,⁴⁸ aun así, no se debe restar importancia a este espacio de comunicación interétnica que facilitó el acuerdo de paces y tratados. Aun cuando la intención de los españoles fuera solo "agradar" al mapuche para ejercer una dominación,⁴⁹ lo cierto es que debieron aceptar sus formas y tradiciones y negociar, del mismo modo en que lo hacían con otros Estados.

Incluso en la actualidad, debe cuestionarse si realmente todos los Estados negocian en un pie de igualdad. Buis explica que, además,

"[...] pretender el reconocimiento de una igualdad soberana entre Estados de modo similar a la que sustenta las relaciones internacionales actuales, desde un punto de vista teórico, implica sin embargo proyectar una conceptualización moderna del derecho internacional a otros contextos históricos y culturales, fundados en patrones claramente diferentes".⁵⁰

Es por esto que resulta de suma importancia para el análisis identificar a través de la descripción de los aspectos ceremoniales de los parlamentos, los elementos que permiten afirmar que existió una negociación entre ambas partes, con una discusión sobre el contenido y un ritualismo que demuestra que no se trató de una simple aceptación de condiciones impuestas sino de un verdadero acuerdo.

V. CONTENIDO DEL TRATADO: LENGUAJE, CLÁUSULAS, OBLIGACIONES, RECONOCIMIENTOS

En el Anexo se encuentra el texto del tratado que pertenece a la colección de los tratados de paz, alianza, neutralidad, garantía, protección, tregua, mediación, adhesión, reglamento de límites, comercio, navegación,

48. BOCCARA, *Los vencedores. Historia del pueblo mapuche...*, p. 254. Obregón Iturra, *Des Indiens rebelles face à leurs* del siglo XVIII, p. 169.

49. BOCCARA, *Los vencedores. Historia del pueblo mapuche en la época colonial*, p. 256.

50. BUIS, *La Súplica de Eris. Derecho Internacional...*, p. 30.

etc.,⁵¹ y que, por lo expresado en el documento, parece ser un resumen elaborado por Alonso de Ovalle, quien presenció el parlamento. Como puede observarse, se trata de un texto sumamente corto donde se establecen ciertos puntos para destacar.

En primer lugar, se establece que los mapuches (los Indios) no serán encomendados a los españoles, sino que estarán bajo el amparo de su majestad (Felipe IV). Que podrán entonces recuperar sus tierras, esto significa el territorio ubicado al sur de río Bío-Bío del que se habían retirado debido a las incursiones militares,⁵² y que los españoles podrían reconstruir sus ciudades (que habían sido destruidas en el levantamiento de 1598).

En segundo lugar, se establece que estarán los mapuches obligados a salir en defensa de su Majestad. Además, se comprometen a devolver a los españoles e indios cristianos cautivos, y, como contrapartida, se establece que debían entregar "dos indios de los más importantes como rehenes" para asegurar el cumplimiento del acuerdo.

Estas disposiciones muestran la voluntad del momento, luego de años de enfrentamientos, de establecer un marco, que podría decirse jurídico, de entendimiento y de acción. Para Lázaro Ávila:

"[...] el mérito de Baides era haber transmitido los beneficios de la propuesta jurídica jesuita al complejo marco histórico de dos culturas que se veían obligadas a pactar debido al curso que estaban tomando los acontecimientos en su seno".⁵³

Siguiendo los lineamientos de Levaggi y Ávila Martel⁵⁴ puede decirse:

"[...] el instrumento natural de la relación entre naciones era el tratado. No debe, pues, extrañar la aplicación de una institución del Derecho de Gentes a esas relaciones porque fue en consideración a

51. ABREU y BERTODANO, *Colección de los tratados de paz...*, p. 416.

52. El tratado no nombra específicamente el río Bío-Bío, para una explicación de por qué se entiende esta la frontera véase LÁZARO ÁVILA, "La diplomacia de las fronteras indias en América", p. 59.

53. LÁZARO ÁVILA, "La diplomacia de las fronteras indias en América", p. 91.

54. Estos autores parten de la idea de considerar al pueblo mapuche como una nación o un "Estado". Por lo que la sujeción al rey no tiene ningún significado, en cuanto no rendían tributo alguno, solo era una cláusula exigida por los españoles.

ellas, precisamente, que Vitoria desarrolló la doctrina fundadora del Derecho Internacional moderno”.⁵⁵

Del lenguaje usado en el tratado surge el establecimiento de obligaciones de ambas partes, como en cualquier tratado firmado en la época por la Corona española con otras naciones, y

“[...] su contenido ha de ser considerado tanto una expresión del derecho indiano como del derecho indígena respectivo pues, concordantes en todo o en parte con este, los aborígenes los aceptaron y se obligaron a respetarlos, incorporando sus normas —si es que no regían desde antes— a su sistema jurídico”.⁵⁶

VI. CONSECUENCIAS DE SU ADOPCIÓN

López de Zúñiga comunicó al rey sobre la firma del tratado, y este lo aprobó por su cédula del 29 de abril de 1643,⁵⁷ tiempo después fue incluido en la *Colección de tratados de paz*,⁵⁸ es importante destacar aquí que es el único tratado de este tipo incluido en dicha *Colección*.

Cuenta Lázaro Ávila que:

“Después de Quillín, ambas partes volvieron a demostrar el recelo y desconfianza [...]. Existió un descontento palpable entre aquellas parcialidades indígenas que, por la suscripción del tratado, se veían obligados a proporcionar rehenes como garantía de adhesión a lo acordado, y entre aquellas otras comunidades que no habían sido agasajados como los principales inductores de la paz o no habían acudido al parlamento. La base de esos celos residía en la significación que el marqués de Baides había hecho con algunos caciques mediante la entrega de bastones con puños de plata, capotes y ropas españolas”.⁵⁹

Aun así, luego de la celebración del parlamento se realizaban reuniones o juntas que tenían como objetivo asegurar lo establecido en las bases del

55. LEVAGGI, “Los tratados entre la Corona y...”, p. 89.

56. LEVAGGI, “Los tratados entre la Corona y...”, p. 91.

57. LEVAGGI, *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de...*, p. 79.

58. ABREU y BERTODANO, *Colección de los tratados de paz...*, p. 416.

59. LÁZARO ÁVILA, “La diplomacia de las fronteras indias en América”, p. 61.

Tratado de Quillín, el respeto del territorio indígena, la alianza defensiva, etc. Parecía existir, entre ambas partes, una intención de cumplimiento del tratado. Lázaro Ávila profundiza en esta aparente paz y dice que, a partir del Tratado de Quillín, los parlamentos comenzarán a suscitar nuevos intereses como el comercio, que modificarán las relaciones hispano-indígenas y aumentarán el deseo de apaciguar las contradicciones o disputas internas del pueblo mapuche.⁶⁰

En 1643, los mapuches entablan contacto con los holandeses, que buscaban una alianza en contra de la Corona española. Esto preocupa a los españoles que deciden en 1646 realizar un nuevo parlamento con el nuevo gobernador Martín de Mujica. En 1651, el siguiente gobernador, Antonio de Acuña y Cabrera realiza un nuevo parlamento en Boroa donde se imponen condiciones mucho más duras, por lo que finalmente estalla la insurrección en 1655, debido a las reiteradas violaciones por parte de los españoles. La opresión de la que eran víctimas, la reducción a la esclavitud y el servicio personal, hicieron que los mapuches se vieran forzados a quebrantar los acuerdos.⁶¹ Levaggi, con mucho criterio señala:

“Si también sucedió que ambas partes los violaron varias veces, no es este un hecho que los diferencie de cualesquiera otros de la historia diplomática, una historia plagada de ejemplos de ruptura”.⁶²

VII. CONCLUSIONES

El recorrido histórico y antropológico propuesto debe llevar a concluir la importancia de los parlamentos, en especial del Parlamento de Quillín, como tratados que posibilitaron la relación interétnica entre dos pueblos. No se pretende discutir su vigencia, sino intentar comprender el papel fundamental que cumplieron estos tratados en cuanto a las relaciones hispano-indígenas en el siglo XVII.

Siguiendo lo planteado por Buis para su estudio de las póleis griegas y el derecho internacional,

“[...] las particularidades de las normas jurídicas positivas vigentes en una determinada época no pueden ser aprehendidas sin un

60. LÁZARO ÁVILA, “La diplomacia de las fronteras indias en América”, p. 63.

61. LEVAGGI, *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de...*, p. 80.

62. LEVAGGI, “Los tratados entre la Corona y...”, p. 91.

adecuado estudio de sus relaciones con la sociedad en la que se insertan".⁶³

Es por esto por lo que se ha planteado en este trabajo como central la descripción del contexto histórico y las particularidades de la sociedad mapuche junto con el ritualismo que rodeó a los parlamentos. A través del conocimiento de estas características particulares y del modo en el cual los parlamentos eran realizados, es posible vislumbrar tanto la condición de los participantes como entidades diferenciadas que negociaron a un nivel político y diplomático, como a los instrumentos generados, en tanto reguladores de las relaciones entre estos, en un marco no estatal, que podría decirse internacional.

Si siguiendo a Buis "se comprende que el derecho internacional es un sistema complejo de normas jurídicas destinadas a la regulación de las relaciones que fundamentalmente se dan entre sus sujetos",⁶⁴ desconocer a los parlamentos como instrumentos que regularon las relaciones (siempre complejas y no carentes de conflicto) de los españoles con los mapuches es una manera de desempoderar e inhabilitar la capacidad del pueblo mapuche. Aun cuando puede alegarse que no existió un perfecto equilibrio entre las partes, ello no permite desconocer que existieron relaciones y vínculos entre dos sujetos o participantes, actuando en representación de entidades colectivas, ni la utilización de vínculos diplomáticos de negociación de acuerdos (tal como lo expresa Buis en su estudio de las relaciones *inter-póles*).⁶⁵

La extrapolación de las teorías europeas sobre el derecho, y sobre el derecho internacional en particular, es algo que ha sido muy problemático para el mundo no europeo. Anghie se cuestiona sobre la legitimidad de teorías legales como las de Vitoria, que expresaban, en definitiva, la voluntad de dominación y el imperialismo, a través de constructos de una tradición normativa que nada tenía que ver con el mundo indígena. Estas teorías que si bien parecían reconocer a los nativos americanos como sujetos, también sirvieron para imponer la proyección de la identidad normativa europea como modelo universal, dando origen a un derecho internacional basado en el colonialismo, en donde el no reconocimiento de los indígenas como

63. BUIS, *La Súplica de Eris. Derecho internacional...*, p. 28.

64. BUIS, *La Súplica de Eris. Derecho internacional...*, p. 29.

65. BUIS, *La Súplica de Eris. Derecho internacional...*, p. 122.

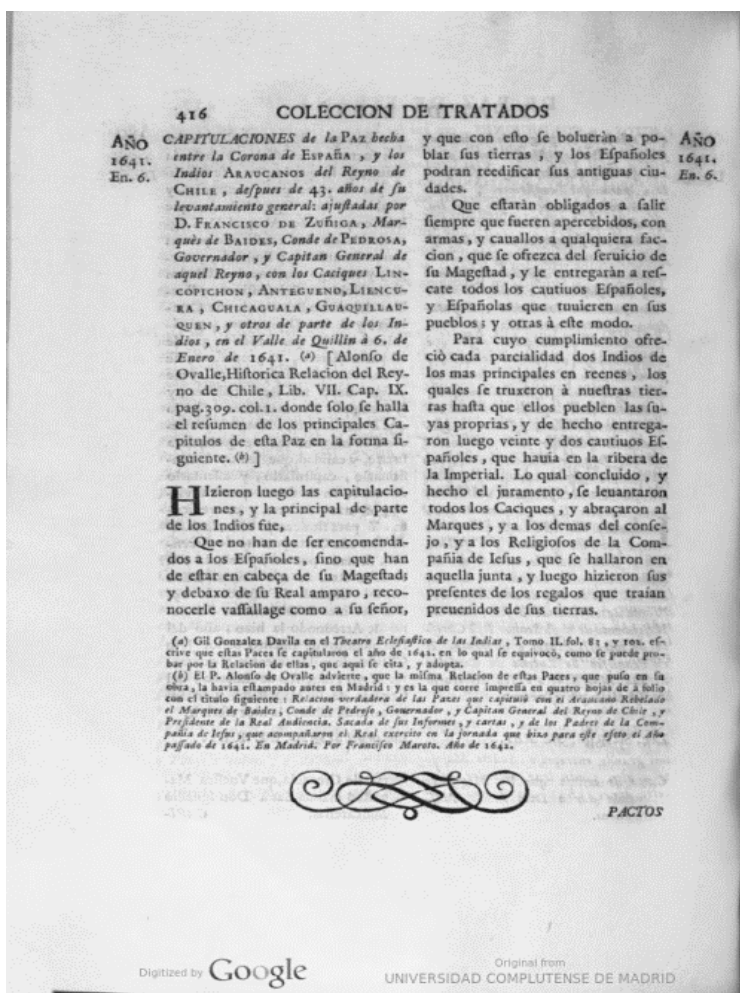
soberanos radicó solamente en su paganismo.⁶⁶ Esta falta de reconocimiento de soberanía a los nativos del "Nuevo Mundo" sirvió para justificar el imperialismo en la teoría, pero lo cierto es que no fue siempre así en la práctica. Los españoles se vieron muchas veces obligados a pactar con los pueblos y comunidades, reconociendo de cierta forma su soberanía.

Tal y como propone Anghie, una historia alternativa del mundo colonial podría ser contada si se adopta un marco diferente y se cuestionan ciertos conceptos. En primer lugar, ¿cómo se determinó que el mundo colonial no era soberano? ¿Cómo es posible que un número limitado de ideas, originadas en Europa, pudieran ser presentadas como universalmente aplicables? ¿Cómo, a través de estos conceptos, los imperios europeos conquistaron y dominaron territorios no europeos? ¿Cómo la resistencia al colonialismo, la resistencia indígena al sometimiento, se volvió una justificación más para la guerra "justa", para el imperialismo?⁶⁷ Las líneas de este trabajo buscaron dar algunas respuestas y, sobre todo, mostrar cómo la relación hispano-mapuche presentó diferentes facetas, no siempre en correspondencia con las teorías legales, que fueron adaptaciones a las contingencias particulares de esta relación, con diferentes niveles de conflicto y entendimiento, cuyas implicancias y consecuencias pueden rastrearse hasta el día de hoy.

66. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, p. 30.

67. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, p. 30. Traducción propia.

VIII. ANEXO



IX. BIBLIOGRAFÍA

ABREU Y BERTODANO, José A., *Colección de los tratados de paz, alianza, neutralidad, garantía, protección, tregua, mediación, accesión, reglamento de límites, comercio, navegación, etc. hechos por los pueblos,*

reyes, y príncipes de España con los pueblos, reyes, príncipes, repúblicas, y demás potencias de Europa, y otras partes del mundo, y entre sí mismos, y con sus respectivos adversarios, y juntamente de los hechos directa, ò indirectamente contra ella. Desde antes del Establecimiento de la Monarquía Gothica, hasta el Feliz Reynado del Rey N. S. D. Phelipe V. Parte III., Diego Peralta, Antonio Marin, y Juan de Zuñiga, 1740, Madrid.

ANAYA, James, *Indigenous Peoples in International Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2004, Oxford.

ANGHIE, Antony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2005, New York.

BOCCARA, Guillaume, *Los vencedores. Historia del pueblo mapuche en la época colonial*, coedición con el Fondo Americanista de la Universidad de Chile, 2008, Santiago de Chile.

BUIS, Emiliano J., *La Súplica de Eris. Derecho internacional, discurso normativo y restricciones de la guerra en la Antigua Grecia*, Eudeba, 2015, Buenos Aires.

CONTRERAS PAINEMAL, Carlos, *Koyang: Parlamento y protocolo en la diplomacia mapuche-castellana. Siglos XVI-XIX*, Ñuke Mapuförlaget, 2007, Berlín.

—, "Los Tratados Mapuche" en *Revista de estudios Latinoamericanos*, Centro de Estudios Latinoamericanos (CEL), Universidad de Valparaíso, Chile, Segundo Semestre, Año 1, N° 2. 2009, pp. 50-79.

Convención de Montevideo sobre Deberes y Derechos de los Estados, Montevideo, 26/12/1933, e.v. 26/12/1934, Séptima Conferencia Internacional Americana.

HIGGINS, Rosalyn, "International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes", en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 230, 1991.

LÁZARO ÁVILA, Carlos, "La diplomacia de las fronteras indias en América", en GALLEGRO, José Andrés, *Tres grandes cuestiones de la historia de Iberoamérica: ensayos y monografías*, Fundación Mapfre, 2005, Madrid.

LEVAGGI, Abelardo, "Los tratados entre la Corona y los indios, y el plan de conquista pacífica" en *Revista Complutense de Historia de América*, N° 19, 1993, Universidad Complutense, Madrid, p. 81-91.

—, *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de América: historia de los tratados entre la monarquía española y las comunidades*

aborígenes, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, Madrid.

OBREGÓN ITURRA, Jimena P., *Des Indiens rebelles face à leurs juges: Espagnols et Araucans-Mapuche dans le Chili colonial, fin XVII^e siècle*, Presses universitaires de Rennes, 2015, Rennes.

OVALLE, Alonso, *Histórica relación del Reyno de Chile*, Colección de Historiadores de Chile y de Documentos relativos a la Historia Nacional, 1888, Santiago de Chile.

ZAVALA CEPEDA, José M., “Aproximación antropológica a los Parlamentos Hispano-mapuche del siglo XVIII” en *Revista Austerra*, N° 2, 2005, Universidad Bolivariana, Escuela de Antropología Social, Santiago de Chile, pp. 49-58.

—, *Los mapuches del siglo XVIII. Dinámica interétnica y estrategias de resistencia*, Editorial Universidad Bolivariana S.A., 2008, Santiago de Chile.

**XVIII CONCURSO DE ENSAYOS “IGNACIO WINIZKY”
SOBRE DERECHO AMBIENTAL**

DEL DERECHO AL AMBIENTE HACIA LOS DERECHOS DEL AMBIENTE: IMPLICANCIAS DE UNA NUEVA SUBJETIVIDAD AMBIENTAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS*

NATALIA DANAE ZORZIN**

Resumen: El derecho humano a un ambiente sano se fue construyendo en torno a un paradigma tradicional, que desconoce el desarrollo de la naturaleza como sujeto de derechos, propio de las culturas de los pueblos indígenas y comunidades tribales alrededor del mundo, pero especialmente en Latinoamérica. El presente trabajo pretende demostrar de manera concisa que los órganos de protección de derechos humanos a nivel americano tienen a su alcance numerosas herramientas para desarrollar una interpretación verdaderamente pluricultural en materia ambiental, así como la potestad de reconocer la titularidad del derecho a un ambiente sano a la naturaleza misma, en su carácter de sujeto. Para ello, analizaré algunas prácticas de reverdecimiento del derecho internacional y la doctrina del *buen vivir*, propia de las comunidades indígenas latinoamericanas. Abordaré, asimismo, distintas fundamentaciones filosóficas y jurídicas para justificar la viabilidad de la hipótesis. Para finalizar, concluiré que, efectivamente, resulta posible que el sistema interamericano de derechos humanos deje de lado el enfoque antropocéntrico del derecho al ambiente sano y adopte una concepción “biocéntrica”. De este modo, los seres humanos abandonaríamos nuestro carácter de únicos titulares del mencionado derecho, en favor de la naturaleza misma, como entidad de la cual solo formamos una pequeña parte.

Palabras clave: derechos de la naturaleza — sujeto de derecho — buen vivir — biocentrismo — derecho al ambiente sano

* Recepción del original: 11/11/2021. Aceptación: 22/03/2022. Este trabajo obtuvo el primer puesto en el XVIII Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” sobre Derecho Ambiental.

** Graduada.

Abstract: The human right to a healthy environment was built around a traditional paradigm that ignores the development of Nature as a subject of rights, which is characteristic of the Indigenous peoples and tribal communities' cultures around the world, but especially in Latin America. This paper aims to briefly demonstrate that the human rights protection bodies at the American level have at their disposal several tools to develop a truly pluricultural interpretation in environmental matters, as well as the power to recognize the ownership of the right to a healthy environment to Nature itself, as a subject. To this end, I will analyze some of the greening practices of international law, as well as the doctrine of 'good living', typical of Latin American indigenous communities. In addition, I will address different philosophical and juridical foundations to justify the viability of the hypothesis. Finally, I will conclude that it is indeed possible for the Inter-American human rights system to set aside the anthropocentric approach to the right to a healthy environment and adopt a 'biocentric' conception. In this respect, human beings would abandon our character as the sole subjects of this right, in favor of Nature itself, as an entity of which we only form a small part.

Keywords: natures rights — legal subject — good living — biocentrism — healthy environment right

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH) ha ido desarrollándose, adaptando y ampliando su campo de protección a lo largo de los años. En este contexto ha nacido el derecho a un ambiente sano, en función de la imperiosa necesidad de proteger el ecosistema ante la innegable amenaza del cambio climático, provocado justamente por el uso y el abuso humano del espacio natural. Este paradigma inicial se focalizó, precisamente, en resguardar el ambiente que permite que los seres humanos, como sujetos principales de derecho y de protección, vivan, produzcan, consuman, y desarrollen su vida en condiciones de igualdad y dignidad.

Al mismo tiempo, el creciente reconocimiento de la íntima relación de los pueblos indígenas y las comunidades tribales con la Naturaleza dio nacimiento a una reconceptualización de diversos derechos de modo que engloben a la protección ambiental. En este marco, si bien resulta indubitable que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH) avanzó progresivamente desde una protección indirecta del ambiente hacia

una mucho más explícita, tales intentos continuaron fundamentándose en la búsqueda por mitigar los efectos altamente nocivos del daño ambiental en la vida diaria de los seres humanos. Lo anterior es conteste con la tradicional concepción del derecho internacional de los derechos humanos en particular, y del derecho internacional en general: el carácter eminentemente antropocéntrico, individualista y prioritariamente occidental.

A pesar de ello, la sociedad civil, las y los defensores de derechos humanos y ambientalistas de todo el mundo no desconocen la necesidad de escapar a dicha concepción antropocéntrica e ir más allá. Por ello, la discusión actual —aún incipiente— gira en torno al reconocimiento de los derechos de la naturaleza (o *Rights of Nature*) otorgados en favor de la biodiversidad misma. Admiten algo ya notorio, pero muchas veces ignorado adrede: los seres humanos no somos ni debemos ser considerados como únicos sujetos con derecho a gozar de la protección ambiental, sino que somos solo pequeños componentes de un inmenso sistema de diversidad natural. Se trata de una corriente que dejó de reducirse a una mera cuestión doctrinaria para comenzar a aplicarse fácticamente en algunos países, sea a través de sentencias judiciales, sea a través de su incorporación legal e incluso constitucional.

Ciertamente, una interpretación pluricultural, expansiva, progresiva y socioculturalmente realista de los derechos humanos por parte del SIDH obliga a receptor y aplicar la concepción del ambiente¹ como *sujeto*, atendiendo a la idiosincrasia propia de las comunidades indígenas y los pueblos tribales que representan a gran parte de la sociedad latinoamericana. La subjetividad natural, de esta manera entendida, podría dar lugar a un paradigma verdaderamente inclusivo del DIDH, que resignifique la protección ambiental que hoy en día es considerada una problemática cuya resolución evitaría una catástrofe meramente humanitaria, para ser entendida, en un futuro cada vez más cercano, como una acción global independiente y *biocéntrica*.

A los efectos de desarrollar esta idea haré una breve recopilación en el avance del reconocimiento del derecho al ambiente sano, con especial

1. A los fines del presente trabajo y a efectos de evitar confusiones semánticas, omitiré la palabra "medio" y haré referencia al ambiente y a la naturaleza indistintamente como sinónimos. Ello sin perjuicio de advertir que la consideración ambientalista gira en torno de los derechos de los seres humanos, mientras que la naturalista hace hincapié en la Naturaleza como centro de imputación de derechos.

énfasis en el SIDH y el concepto de “reverdecimiento” del derecho internacional (A). Seguidamente, me referiré al rol que las cosmovisiones de los pueblos y comunidades indígenas tienen respecto de la Naturaleza, con foco en las prácticas del “buen vivir” y la personificación ambiental que ya se observa en algunos ordenamientos jurídicos nacionales de la región (B). Para finalizar, brindaré algunas justificaciones para alcanzar la referida personificación ambiental, tales como ciertas tendencias actuales del derecho internacional a *subjetivizar* objetos y el rol de una nueva dignidad natural como complemento de la dignidad humana que clásicamente sirvió como base para fundamentar el DIDH tal como lo conocemos hoy en día (C).

II. HACIA UN NUEVO PARADIGMA: LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS

II.A. El reverdecimiento de la protección jurídica ambiental

Las cuestiones ambientales comenzaron a ser consideradas muy recientemente en el marco de los casi cien años de desarrollo del DIDH. Así, a pesar de implicar problemáticas socioculturales reales y apremiantes que ocuparon y ocupan gran parte del activismo de la sociedad civil alrededor de todo el mundo, el sistema universal aún no cuenta con ningún tratado vinculante al respecto. Si bien se han celebrado algunas declaraciones y acuerdos en el marco de conferencias,² algunas y algunos autores los consideran instrumentos “frágiles” de *soft law* que reflejan la poca voluntad estatal de militar el carácter urgente que la protección ambiental debería tener en las relaciones internacionales,³ particularmente en lo que hace a su consideración como derecho humano fundamental.

Frente a la ausencia de convenciones que obliguen a los Estados a adoptar medidas inminentes se fue observando, como contracara, un proceso de ecologización o “reverdecimiento” (*greening*) en la jurisprudencia

2. Véase, entre otras, la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (o “Declaración de Estocolmo”) (1972), la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales (2018).

3. MITCHELL, “Problem structure, institutional design, and the...”. pp. 72-89.

del DIDH,⁴ dentro del cual pueden diferenciarse, al menos, dos etapas.

En un primer momento, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) comenzó a reconocer indirectamente cuestiones ambientales por su relación con los derechos a la vida privada,⁵ acceso a la información⁶ y protección judicial.⁷ De la misma manera, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante, Comisión Africana), en el caso "Pueblo Ogoni", interpretó que el derecho a un ambiente sano se deriva del derecho a un entorno satisfactorio para una mejor calidad de vida y de desarrollo humano, contenido en el artículo 24 de la Carta de Banjul.⁸

Tal interpretación se realizó tomando como eje a la Declaración de Estocolmo de 1972, que ya venía afirmando la necesidad de equilibrar las cuestiones productivas con la efectiva protección del "medio humano".⁹ Particularmente, el mencionado instrumento reza que "el desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al [humano] un ambiente de vida y trabajo favorable".¹⁰

De lo anterior se desprende claramente que la primera etapa de reverdecimiento no hace más que asentar la idea de subordinación del cuidado ambiental al mero cumplimiento de objetivos humanos. Elucidaciones como estas reproducen la limitada concepción del ambiente como un *medio* y no como un fin en sí mismo. Incluso, la utilización de la palabra "medio" resulta significativa en el idioma español, siendo "medioambiente" una redundancia que grafica la visión occidental del humano como único sujeto de protección legal, quien pretende desligar su existencia del entorno natural en el que se desenvuelve.

La segunda etapa, por su parte, da comienzo con el avance significativo del sistema interamericano. Tras reconocer el derecho a un ambiente sano en instrumentos ajenos a la Convención Americana de Derechos

4. MAZZUOLI & MOREIRA TEIXEIRA, "Protección jurídica del medio ambiente en...", p. 21.

5. TEDH, "Caso López Ostra c. España", 9/12/1994, y TEDH, "Caso Moreno Gómez c. España", 19/11/2004.

6. TEDH, "Caso Guerra y otros c. Italia", 19/02/1998.

7. TEDH, "Caso Öneriyildiz c. Turquía", 18/06/2002, y TEDH, "Caso Tatar c. Rumania", 31/07/2012.

8. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, "Social and Economic Rights Action Center...", 27/05/2002.

9. Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, 16/06/1972 principio 13.

10. Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, 16/06/1972 principio 8.

Humanos (en adelante, la Convención),¹¹ la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH o el Tribunal) persiguió la pionera tendencia europea y reconoció este derecho por su impacto sobre otros derechos civiles y políticos.¹²

En la misma línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la “CIDH” o la “Comisión”), reconociendo la necesidad de una “calidad medioambiental mínima” como precondition para ejercer varios derechos fundamentales,¹³ emitió algunos informes donde denunciaba explícitamente los efectos nocivos de las actividades mineras y otras industrias extractivas sobre la alimentación, al agua y, en general, la salud de quienes habiten territorios sumamente explotados, que en su mayoría son pueblos indígenas y comunidades autóctonas.¹⁴ Así, la CIDH manifestó que las condiciones de grave contaminación ambiental –que pueden causar serias enfermedades físicas, discapacidades y sufrimientos a la población local– resultan incompatibles con el derecho del ser humano a ser respetado como tal.¹⁵

Sin perjuicio de esta visión que continúa siendo marcadamente antropocéntrica, los horizontes interamericanos fueron expandidos muy poco tiempo después. En particular, la Corte IDH comenzó a derivar el derecho a la protección ambiental autónoma¹⁶ directamente de la Convención a partir de su opinión consultiva OC-23/17 y del reciente asunto contencioso “Lhaka Honhat vs. Argentina” (2020). Ambos pronunciamientos, aunque de diversa naturaleza, resultaron especialmente significativos por haber abierto una pequeña puerta hacia el pleno reconocimiento de una concepción amplia, pluricultural e inclusiva de los derechos *de la naturaleza*.

11. Protocolo de San Salvador, 17/11/1988, artículo 11; Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, 15/06/2015, artículo 25 y Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 14/06/2016, artículo XIX.

12. Corte IDH, “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayku vs. Ecuador”, 27/06/2012; “Caso Moiwana vs. Surinam” 15/06/2005; “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, 17/06/2005, “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, 30/08/2017, y “Caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam”, 28/11/2007.

13. CIDH, “Derechos de los Pueblos Indígenas y...”, párr. 190.

14. CIDH, “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos...”, párr. 273 y ss.

15. CIDH, “Derechos de los Pueblos Indígenas y...”, párr. 195.

16. Corte IDH, “Medio Ambiente y Derechos Humanos”, párrs. 54-55.

Al emitir la Opinión Consultiva OC-23/17, la Corte IDH manifestó que el derecho autónomo al ambiente sano abarca a todos los componentes ambientales —bosques, ríos, mares, y un largo etcétera— *como intereses jurídicos en sí mismos*, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a los humanos.¹⁷ Citando la Declaración de Río de Janeiro,¹⁸ el Tribunal admitió que *todos los organismos vivos con los cuales las personas comparten el planeta son también merecedores de protección*.¹⁹ Pero la Corte IDH dio un paso más allá, al *reconocer la tendencia a otorgar personería jurídica y derechos a la naturaleza*, prevista no solo en sentencias judiciales regionales²⁰ sino en ordenamientos legales, y citó expresamente las constituciones de Ecuador (su artículo 71) y Bolivia (su preámbulo).²¹ Esta cuestión resultó de vital importancia, en tanto el Tribunal interamericano comenzó a dialogar con las fuentes internas de los Estados²² y aplicarlas en sus propias resoluciones para fundamentar una doctrina con potencial para dejar atrás el paradigma antropocéntrico predominante, y avanzar hacia uno más abarcativo y protectorio.

Sin perjuicio de estas sutiles aunque importantes menciones, la Corte IDH optó por “alivianar” la Declaración de Estocolmo e interrelacionó la protección ambiental con los demás derechos humanos de manera bilateral, indicando que “la realización de la dignidad, la igualdad y la libertad [del ser humano] depende de un ambiente que les permita florecer”²³ y, al mismo tiempo, que “la protección eficaz del ambiente depende del ejercicio de derechos humanos que son vitales para la formulación de políticas informadas, transparentes y adecuadas”.²⁴ En este sentido, resulta interesante que el Tribunal haya fundamentado esta interdependencia en la dignidad humana²⁵ aunque aun desde una óptica antropocéntrica propia del derecho occidental, descartando —por el momento— el reconocimiento de otras posibles dignidades. Retomaré este tema más adelante.

17. Corte IDH, “Medio Ambiente y Derechos Humanos”, párr. 62.

18. Declaración de Río de Janeiro, 14/06/1996, principios 1 y 2.

19. Corte IDH, OC-23/17 por 15/09/2017, párrs. 62-63.

20. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622-16, 10/11/2016, pp. 9.27-9.31; Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 218-15-SEP-CC, 09/07/2015, pp. 9-10 y Corte Superior de Uttarakhand de la India, escrito de petición, 30/03/2017, pp. 61-63.

21. Corte IDH, OC-23/17 por 15/09/2017, párr. 62.

22. MAZZUOLI, “O Monismo internacionalista dialógico”, párrs. 126-177.

23. Corte IDH, OC-23/17 por 15/09/2017, párr. 51.

24. CDH, “Informe del Experto independiente sobre la...”, párr. 10.

25. Corte IDH, OC-23/17 por 15/09/2017, párr. 47.

Dos años más tarde, la Comisión mencionó tímidamente a las doctrinas del “buen vivir” —presentes también en las precitadas Constituciones ecuatoriana y boliviana— en su informe sobre la situación de los pueblos indígenas de la Panamazonia. A pesar de perseguir una interpretación aún antropocéntrica —aunque más colectiva— al entender que los daños ambientales afectaron el derecho de los pueblos a su espiritualidad, el órgano interamericano reconoció expresamente la íntima conexión de las comunidades con sus territorios, donde la naturaleza es considerada una “*entidad viva con conciencia* constituida por todos los seres dentro de ella” (resaltado en cursiva agregado).²⁶

No es casual que la gran mayoría de los casos en donde se trataron cuestiones ambientales se relacionen con pueblos indígenas. Los órganos de protección ahondaron en la idiosincrasia autóctona de las comunidades, que han sido invisibilizadas y resultaron víctimas de atroces violaciones a sus derechos, y comenzaron a reconocer algo que hoy en día parece obvio, pero que necesitaba explicitarse lo más claramente posible: que los recursos naturales “son necesarios para [su] propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida”.²⁷ Por ello, la Corte IDH eligió el caso “Lhaka Honhat” para finalmente realizar una transición hacia este antropocentrismo ligeramente más suavizado, más colectivo, e interpretar que el derecho a un ambiente sano se encuentra reconocido directamente en el artículo 26 de la Convención, que actúa como corolario de todos aquellos procesos ecológicos esenciales y sistemas de vida que dependen del derecho al desarrollo integral.²⁸ Así, en principio siguiendo las tendencias de la Declaración de Estocolmo y del mencionado caso africano “Pueblo Ongoni”, el Tribunal tomó la vinculación entre ambas cuestiones —protección ambiental y desarrollo integral— para finalmente habilitar la justiciabilidad ambiental y salvar, de esa manera, las limitaciones impuestas por el propio Protocolo de San Salvador.²⁹

26. CIDH, “Situación de los Derechos Humanos de...”, párrs. 48 y 149.

27. Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, 17/06/2005, párr. 137; “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, 30/08/2017, párr. 118; “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”, párrs. 121 y 122, y “Caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam”, 28/11/2007, párr. 173.

28. Cf: Corte IDH, “Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, 6/02/2020, párr. 204.

29. El artículo 19.6 del mencionado instrumento faculta, exclusivamente, a acceder a la Comisión Interamericana (y en su caso, a la jurisdicción contenciosa de la Corte) ante violaciones de los artículos 8 (derechos sindicales) y 13 (derecho a la educación).

Cabe insistir en que el hecho de que la Corte haya efectuado la mencionada interrelación desde la óptica antropocéntrica del derecho a una vida digna,³⁰ con énfasis en la utilización de la naturaleza como recurso, no es óbice para ignorar tamaño avance interpretativo en el ámbito contencioso. En efecto, ya para ese entonces el Tribunal había interpretado ampliamente ciertos derechos civiles a través de la introyección de preceptos propios de las comunidades tradicionales. Por ejemplo, al abarcar el derecho de la propiedad comunal dentro del derecho clásico a la propiedad contenido en artículo 21 de la Convención en virtud del fuerte enlace de los pueblos con la naturaleza,³¹ se sentaron las bases de una tendencia muy amplia de interpretación de todos los restantes derechos convencionales.³²

En definitiva, la Corte IDH demostró estar abierta a la interpretación pluricultural de derechos tradicionalmente estáticos, lo cual merece ser considerado como el punto de partida hacia el reconocimiento jurídico de doctrinas tradicionales e inclusivas, tales como el “buen vivir” y la subjetividad de la naturaleza.

II.B. La transición hacia los derechos de la naturaleza

La protección del derecho a un ambiente sano equivale a la protección jurídica del ambiente. Hay quienes sostienen que estos avances respecto del primer derecho son insuficientes para detener —y mucho menos para revertir— los graves daños ambientales, porque la naturaleza está, por definición, subordinada a los intereses antropogénicos y económicos.³³

A nivel interamericano, la exigencia de víctimas concretas, individualizadas y determinadas resulta *a priori* un obstáculo procesal adicional que acrecienta esta sensación de insuficiencia.³⁴ Parecería que, a simple vista, el estatus de víctima ambiental puede exceder una singularidad para abarcar a la comunidad indígena, por ejemplo, pero no extenderse mucho más. Para poder superar esto, autores como Boyle han considerado necesario reconocer a los pueblos o comunidades tradicionales un “derecho colectivo de solidaridad”, a los efectos de determinar la manera en que los

30. Cfr. Corte IDH, OC-23/17 de 15/09/2017, párr. 48.

31. Cfr. “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, 17/06/2005, párr. 131.

32. MAZZUOLI & MOREIRA TEIXEIRA, “Protección jurídica del medio ambiente en...”, p. 39.

33. BIGGS, LAKE & GOLDTOOTH, “Rights of Nature & Mother Earth...”.

34. Cfr. CIDH, “Mario Roberto Chang Bravo. Guatemala”, 24/07/2008, párr. 38.

denominados “bienes ambientales” deben ser protegidos y manejados,³⁵ de un modo que guarda muchas similitudes con el derecho a la autodeterminación de los pueblos.

Sin embargo, tal opción no abandona el enfoque antropocéntrico que se propone dejar atrás. Por tanto, se necesita una visión superadora que tenga por fin la obtención del *bienestar* “*biocéntrico*”,³⁶ donde el humano deja de ser protagonista y pasa a encontrarse a la par de todos sus congéneres naturales. Para ello, en este proceso de reverdecimiento y pluriculturalidad de los compromisos internacionales, es razonable esperar que la Corte Interamericana de lugar a una tercera etapa y comience a incorporar los conceptos latinoamericanos del “buen vivir”.

Tal como mencionó introductoriamente la Comisión en el año 2019, el llamado *suma qamaña* (de la cultura aymara) o *suma kawsay* (de la cultura quechua)³⁷ es un concepto orientador de vida³⁸ que surge como propuesta alternativa al modelo occidental de crecimiento económico, entendido como responsable de la actual crisis ambiental.³⁹ En este sentido, la doctrina del “buen vivir” no pretende mejorar la calidad de vida humana aprovechando la naturaleza como recurso sustentable, sino que refiere a un equilibrio espiritual y material de convivencia pacífica con la Madre Tierra donde el ser humano se reconoce como un componente más de ella, en igualdad de condiciones con los ríos, los bosques, el viento, el suelo y ese largo etcétera compuesto por la rica pero delicada biodiversidad existente en nuestro planeta.⁴⁰

Esta concepción, consagrada constitucionalmente en Ecuador y Bolivia, refleja la tarea estatal de acondicionar la convivencia para todos los seres naturales y no solo para los humanos. De esta manera, la normativa ambiental se amplía bajo un paradigma que se aleja del antropocentrismo para acercarse al “biocentrismo”, cuestionando la economía política dominante:⁴¹ la naturaleza vale por sí misma, independientemente de su utilidad para el ser humano, y recibe el estatus de un *nuevo sujeto político y jurídico*.

35. BOYLE, “Human rights or Environmental Rights? A Reassessment”, pp. 471-511.

36. GUDYNAS, “La ecología política del giro biocéntrico...”, pp. 34-47.

37. Revista Fusión, “La contribución latinoamericana a la geosociedad”, 8/08/2011.

38. BEDÓN GARZÓN, “Aplicación de los Derechos de la Naturaleza en Ecuador”, p. 15.

39. PÉREZ-MORÓN & CARDOSO-RUIZ, “Construcción del Buen Vivir o Sumak...”, p. 50.

40. Revista Fusión, “La contribución latinoamericana a la geosociedad”, 8/08/2011.

41. BONILLA MALDONADO, “El constitucionalismo radical ambiental y la...”.

En este marco, la Constitución de Ecuador otorga a la naturaleza carácter de sujeto con derecho a la vida y a la reestructuración de sus ciclos vitales.⁴² Por su parte, a través de la Ley de Derechos de la Madre Tierra (2010), Bolivia reconoce los derechos de la Pachamama⁴³ y concede a toda la ciudadanía la titularidad de los derechos de la naturaleza como parte de la comunidad humana inherente a ella.⁴⁴

Al respecto, cabe aclarar que la Constitución de Bolivia no le otorga directamente subjetividad propia a la Madre Tierra. Sin embargo, su legislación desafía enormemente la concepción antropocéntrica de los humanos como seres superiores que usan y abusan de su “entorno” y sus semejantes naturales. La ciudadanía boliviana continúa teniendo derecho a vivir en un ambiente sano, pero este derecho ya no se fundamenta en el ejercicio de otros derechos sino en respetar y proteger el sistema natural e integral de la Pachamama.⁴⁵

Si se entiende que las regulaciones que hasta ahora permitieron al ser humano transgredir los límites ambientales para satisfacer sus necesidades hacen peligrar constantemente los ecosistemas de todo el mundo, resulta sumamente razonable pretender un cambio en la cosmovisión de la protección ambiental. Pero esta reforma no implica una “extensión” desde el ser humano hacia los “demás” componentes ambientales, sino a la inversa: que la protección intrínseca que merece la naturaleza “englobe” al humano, lo incluya y lo absorba en igualdad de condiciones con los restantes seres vivos del ciclo natural. Por ello, el “*buen vivir*” no es totalmente incompatible con la doctrina de la Corte IDH, en la medida en que incluye varios derechos humanos —como al agua, a la cultura, al trabajo, a beneficiarse de los progresos científicos e incluso a un ambiente sano—. ⁴⁶ De allí que autores como Bonilla consideren que, al constitucionalizarse, el “*buen vivir*” se convierte en un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales, no siendo una institución alternativa a estos, sino una manera de reconstruirlos.⁴⁷

42. Constitución de la República del Ecuador, arts. 71-74.

43. Estado Plurinacional de Bolivia, Ley 071/2010, art. 1.

44. Estado Plurinacional de Bolivia, Ley 071/2010, preámbulo y arts. 5 y 6.

45. MILA MALDONADO & YÁNEZ YÁNEZ, “El constitucionalismo ambiental en Ecuador”, p. 15.

46. BONILLA MALDONADO, “El constitucionalismo radical ambiental y la...”, p. 18.

47. BONILLA MALDONADO, “El constitucionalismo radical ambiental y la...”, p.18.

Es que, en cierto modo, la doctrina del “*buen vivir*” sirve de nexo entre la concepción internacional que cataloga a los derechos de la naturaleza como derechos ecológicos y no como derechos humanos ambientales.⁴⁸ Así, ubicando al ser humano *dentro* de la naturaleza, todos los derechos pueden compatibilizarse y potenciarse en miras de lograr un objetivo común: evitar el colapso de la vida en general, no solo de la humana.⁴⁹

No sería posible formular esta nueva cosmovisión sin los infinitamente valiosos aportes de los pueblos indígenas y tribales en el marco del principio de pluriculturalidad,⁵⁰ que no solo está fuertemente arraigado en Bolivia y Ecuador sino que también encuentra su correlato en otras partes del mundo.

Así, en Nueva Zelanda se han sancionado leyes y desarrollado diversas políticas públicas que reconocen el derecho de las comunidades maoríes a la protección de su cosmología relacional con el ambiente.⁵¹ El más famoso de ellos es el acuerdo sobre el río Whanganui, que le otorgó al mencionado río el carácter de ente con personalidad jurídica propia desde el año 2017.⁵² También en 2017, el Tribunal Superior de Uttarakhand en India reconoció la personalidad jurídica de los ríos Ganges y Yamuna y de los ecosistemas en general.⁵³ Poco tiempo después, en el año 2019, el Tribunal Supremo de Bangladesh reconoció al río Turag como entidad legal con derechos propios.⁵⁴

Estos ejemplos demuestran el potencial que las corrientes “biocéntricas” tienen para revertir la cosmovisión dominante y realizar una transición hacia la plena incorporación de la idiosincrasia indígena por el bien de todos los componentes de la naturaleza.⁵⁵

II.C. Otros fundamentos para la “*subjetivización*” ambiental

Pueden mencionarse al menos dos argumentos adicionales para avanzar hacia la “*subjetivización*” ambiental en el marco del Sistema

48. Amnistía Internacional, “Sin derechos de la naturaleza no...”, 15/07/2019.

49. Amnistía Internacional, “Sin derechos de la naturaleza no...”, 15/07/2019.

50. BONILLA MALDONADO, “El constitucionalismo radical ambiental y la...”, p. 12.

51. IORNS, “Maori Cultural Rights in Aotearoa New...”, p. 283.

52. IORNS, “Maori Cultural Rights in Aotearoa New...”, p. 315.

53. KAUFFMAN & MARTIN, “When Rivers Have Rights: Case Comparisons...”, p. 13.

54. The Daily Star, “Transboundary cooperation key to enforcing rivers’...”.

55. IORNS, “Maori Cultural Rights in Aotearoa New...”, p. 274.

Interamericano: otras tendencias de personificación, sea en sistemas de protección de derechos humanos (europeo y africano), sea en el marco del derecho internacional humanitario (en adelante, DIH) (1) y la incorporación del principio *pro natura* y de una nueva dignidad ambiental como base filosófica de los derechos de la naturaleza (2).

II.C.1. Las tendencias de personificación a nivel internacional

A pesar de tener como finalidad última la protección de las personas civiles, el ámbito de protección material del DIH también alcanza a los bienes y al ambiente. En efecto, a poco tiempo de haberse firmado la Declaración de Estocolmo, tuvo lugar la Convención ENMOD en 1976,⁵⁶ que procuró evitar las técnicas de modificación ambiental con fines hostiles. No obstante, es fácil dilucidar que el espíritu de este tratado era simplemente sortear la posibilidad de utilizar el “medio” ambiente como un arma de guerra, y no la preservación ambiental en sí.

Sin embargo, la protección de los bienes indispensables para la supervivencia de las personas protegidas adquirió posteriormente un carácter más amplio. En lo que aquí interesa, las disposiciones humanitarias parecen abiertas a considerar las doctrinas expuestas por autores como Latour, para quien los objetos no son pasivos sino “entes actuantes”, en cuya relación bidimensional se construye la sociedad.⁵⁷ En este marco, aplicando también la especial cosmología de los pueblos originarios, Colombia *aceptó el territorio indígena como una “víctima en sí misma”* que sufre daños como consecuencia de conflictos armados internos.⁵⁸ En el mismo sentido, la Jurisdicción Especial para la Paz de ese mismo Estado determinó que el gran territorio Katsa Su del pueblo awá es un *ente vivo*, cuyo rol debe ser considerado por el DIH como mucho más activo que el que detentan los bienes civiles tradicionales.⁵⁹

A partir de estas concepciones que otorgan a los objetos cierta vitalidad y personificación, especialmente en el marco de las sociedades latinoamericanas, pretender que el DIDH expanda su visión protectora de modo que tutele también objetos no solo parece probable sino altamente

56. Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u otros Fines Hostiles, 10/12/1976.

57. LATOUR, “Reassembling the Social, An introduction to...”, pp. 63 y ss.

58. República de Colombia, Decreto Ley 4633/2011, artículos 3 y 45.

59. Jurisdicción Especial para la Paz, auto SRVBIT, caso 002, 079/2019, párrs. 81 y ss.

relevante, aun si esta tutela se justifica inicialmente por su relación con los individuos. El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos se asemejaría, de esta manera, al de las personas jurídicas.⁶⁰

Lo anterior cobra mayor sentido si se analiza la consideración amplia del sistema europeo de protección en relación con quienes resultan titulares de los derechos humanos. En este sentido, el Protocolo Primero del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) consagra explícitamente que tanto los seres humanos como las personas jurídicas gozan del derecho a la propiedad (artículo 1). A raíz de esta habilitación, sumada al artículo 34 del CEDH y su legitimación amplia para presentar peticiones, el TEDH ha analizado casos relacionados con otros derechos de las personas jurídicas, tales como a la no discriminación,⁶¹ a un proceso equitativo⁶² o a la vida privada.⁶³

El sistema africano, por su parte, parece aún más promisorio en lo que a la cuestión biocentrista se refiere. Es que la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, al no definir el término “persona” y también reconocer una legitimación activa amplia, podría llegar a acobijar a personas jurídicas u otros sujetos de derecho. Así lo entendió la Corte IDH, al interpretar que el mencionado tratado acoge “un enfoque de *actio popularis*, de acuerdo con el cual el autor de la comunicación no debe conocer ni tener algún vínculo con la víctima de la violación que alega, siempre y cuando la comunicación cumpla con los requisitos de forma”.⁶⁴

Gracias al análisis de los mencionados sistemas de protección y sin perjuicio de reconocer el tratamiento diferenciado de las personas jurídicas respecto de sus miembros,⁶⁵ el Tribunal Interamericano asumió que las comunidades indígenas y tribales podrían ser titulares de derechos humanos, además de las personas que forman parte de ellas.⁶⁶ Resaltando su propia

60. BONILLA MALDONADO, “El constitucionalismo radical ambiental y la...”, p. 15.

61. TEDH, “Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas y otros c. Austria”, 31/07/2008, párrs. 87-99.

62. TEDH, “Ern Makina Sanayi y Ticaret AS c. Turquía”, 3/05/2007, párrs. 28-30, y “Asunto Stoeterij Zangersheide N. V. y otros c. Bélgica”, 22/12/2004, párr. 36.

63. TEDH, “Colas Est y otros c. Francia”, 16/04/2002, párrs. 40-41, y “Ernst y otros c. Bélgica”, 15/07/2003, párr. 109.

64. Cfr: Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-22/16”, párr. 58; Comisión Africana, “Caso Artículo 19 c. El Estado de Eritrea”, 30/05/2007, párr. 65.

65. Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-22/16”, párr. 70.

66. Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-22/16”, párr. 82.

jurisprudencia,⁶⁷ recordó que el Convenio N° 169 de la OIT⁶⁸ y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas⁶⁹ de 2007 ya reconocen la titularidad de derechos humanos tanto a las comunidades indígenas como a sus miembros.⁷⁰

II.C.2. *El principio pronatura y la nueva dignidad ambiental*

Tal como se introdujo al mencionar la importancia de la Opinión Consultiva OC-23/17, es menester resaltar que el Tribunal ha hecho referencia a que la dignidad del ser humano depende de un ambiente que le permita florecer. Curiosamente, esta frase guarda similitudes con lo ya expresado por la autora Martha Nussbaum, quien teorizó sobre los derechos de los animales no humanos e indicó que el propósito de la cooperación entre especies debería consistir en vivir dignamente y de manera conjunta, de modo que cada cosa “florezca como lo que es”.⁷¹

La analogía no es casual. Nussbaum reconoce que las personas “negamos” a los animales no humanos su dignidad para justificar su utilización como medios que pueden ser sacrificados por el bien social general.⁷² A través de su enfoque de las capacidades, la autora plantea que existe algo maravilloso y admirable en todas las formas de vida complejas de la naturaleza —despojando a los seres humanos de ese egocentrismo, de ese halo de especialidad— y ratifica la existencia de la “dignidad de [todos] los organismos vivos”.⁷³ Si bien solo aplica la construcción de esta

67. Cfr: Corte IDH, “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, 27/06/2012; “Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras”, 8/10/2015, y “Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras”, 8/10/2015 entre otros.

68. Su artículo 3.1 dispone que “[l]os pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación [y que l]as disposiciones de es[e] Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos”.

69. Su artículo 1 señala que “[l]os indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos”.

70. Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-22/16”, párr. 78.

71. NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre...*, pp. 344-346.

72. NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre...*, pp. 182 y 322.

73. NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre...*, p. 343.

nueva dignidad al tratamiento de los animales no humanos como sujetos,⁷⁴ la existencia de una “dignidad natural” o dignidad de la naturaleza como fundamento de sus propios derechos no parece irrazonable si entendemos que todos los animales —humanos y no humanos— formamos parte del mismo ciclo vital, a la luz de la doctrina del “buen vivir”.

Sentada esta base, es necesario hacer foco en una segunda analogía. El DIDH es regido por el principio *pro persona*, que obliga a una interpretación favorable a los derechos de los seres humanos que se configuran como víctimas. Y no podría ser de otra manera, ya que una interpretación contraria desdibujaría el sentido mismo de los sistemas de protección jurídica.

Sin embargo, varias legislaciones ya han empezado a reconocer el principio *pro naturaleza*, que lógicamente impulsa a aplicar las disposiciones legales más favorables a su protección.⁷⁵ Autores y autoras han entendido que este principio consagra una visión “ecocéntrica”, en tanto considera la naturaleza como un sujeto privilegiado frente a los otros elementos del desarrollo sustentable social y económico, dentro de los cuales están incluidos los seres humanos.⁷⁶ Sin embargo, autores como Botkin han considerado que esta cuestión también es contraproducente, ya que el equilibrio natural es un mito que pretende negar que es el ser humano quien, en muchas ocasiones, “permite la supervivencia de todo un ecosistema”.⁷⁷ De allí la importancia de una visión “biocéntrica” como balance necesario entre un antropocentrismo extremo que aísla al humano de sus congéneres naturales y un “ecocentrismo” que categoriza toda intervención humana como negativa.⁷⁸

Lo anterior fuerza a concluir que el principio *pro natura* no interfiere con el principio *pro persona* sino que incluye a este último, ya que un ambiente dañado conlleva necesariamente una violación a los derechos humanos. En otras palabras, mientras una mayor protección ambiental no puede redundar nunca en una vulneración de la dignidad humana, existen muchas maneras en las que priorizar la dignidad humana puede violar la dignidad natural. Por eso, el principio *pro persona* debe entenderse como parte

74. NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre...*, p. 347.

75. Constitución de la República del Ecuador, artículo 395, inciso 4. Véase también: Cámara de Diputados de la República Argentina, “Proyecto de ley argentina sobre nuevos ...”, 17/09/2019.

76. OLIVARES & LUCERO, “Contenido y desarrollo del principio in dubio...”, p. 627.

77. BOTKIN, “Adjusting Law to Nature’s Discordant Harmonies”, pp. 26-27.

78. NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre...*, p. 361.

integrante del principio *pro natura*, de modo que guíe el entendimiento de que lo mejor para la naturaleza misma es, en cualquier circunstancia, lo mejor para todo ser humano.

III. CONCLUSIONES

El reverdecimiento del DIDH es un fenómeno visible en todo el mundo, que adquiere mayor color en aquellas zonas con alta presencia de comunidades indígenas y tribales. La influencia de su especial cosmología e idiosincrasia ha resultado especialmente relevante al dotar a los sistemas jurídicos de herramientas interpretativas y conceptuales que les permiten pasar de un reconocimiento del derecho humano a un ambiente sano hacia la aplicación directa de los derechos de la naturaleza.

Lo anterior resulta especialmente conducente en Latinoamérica, donde la doctrina del “buen vivir” y la tendencia de los organismos judiciales de aplicar principios de pluriculturalismo en sus pronunciamientos llevaron a ampliar la visión estanca y occidental de los derechos humanos hacia conceptos mucho más inclusivos y protectorios.

Particularmente, el Sistema Interamericano ha demostrado estar abierto a interpretar derechos de manera muy amplia, de modo que permita incorporar tendencias pluriculturales que ya se esbozan en los ordenamientos internos de los Estados parte —v.g., Ecuador, Bolivia y Colombia—, en virtud de sus fructíferos diálogos interjurisdiccionales. Por ello, resulta razonable suponer que, en un futuro no muy lejano, los órganos regionales logren superar los obstáculos contenidos en la Convención y avancen hacia la admisión de demandas en favor de la naturaleza como sujeto titular de derechos autónomos, con independencia de su conveniencia económica o política en relación con los seres humanos.

En este marco, la posibilidad de “subjetivizar” la naturaleza resulta menos problemática de lo que aparenta, ya que estos obstáculos se ven superados por las propias premisas de su reconocimiento. En efecto, basta con que el SIDH compatibilice los principios *pro persona* y *pro natura* y reconozca la dignidad natural como abarcativa de la dignidad humana. De este modo, si aceptara un concepto pluricultural de la protección ambiental con base en la doctrina del *buen vivir*, en virtud de las tendencias mundiales a personificar objetos y a incorporar interpretaciones propias de los ordenamientos jurídicos internos, la naturaleza se transformaría en un

sujeto de derecho con personalidad jurídica que engloba cabalmente al ser humano como parte inherente de su ciclo vital.

Cambiar el enfoque actual, aplicar una perspectiva biocéntrica y fundamentar las decisiones en la certeza de que la dignidad humana es solo una parte de la dignidad natural. A través de estos pasos, el Sistema Interamericano se vería libre para considerar justiciables daños ambientales concretos y reconocer a la naturaleza sus antaño desmerecidos derechos.

IV. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Acuerdo de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 2016, 12/12/2015, París, Francia, e. v. 04/11/2016.
- Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú), 4/3/18, Escazú, Costa Rica, e. v. 22/04/2021.
- Amnistía internacional, "Sin Derechos de la Naturaleza no hay plenos Derechos Humanos", ACOSTA, Alberto, 15/07/2019, URL <https://nextstrategy.amnesty.org>, consultado 10/11/2021.
- BEDÓN GARZÓN, René P., "Aplicación de los Derechos de la Naturaleza en Ecuador", en *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Vol. 14, N° 28, 2017, pp. 13-32.
- BIGGS, Shannon, LAKE, Osprey O. & GOLDTOOTH, Tom B. K., "Rights of Nature & Mother Earth: Rights-based law for Systemic Change", Indigenous Environmental Network, Movement Rights, Women's Earth & Climate Action Network, URL <https://www.movementrights.org/>, consultado 10/11/2021.
- BONILLA MALDONADO, Daniel, "El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia", en *Revista Derecho del Estado*, N° 42, 2019, Universidad Externado de Colombia, pp. 3-23.
- BOTKIN, Daniel B., "Adjusting Law to Nature's Discordant Harmonies", en *Duke Environmental Law & Policy Forum*, N° 7, 1996, pp. 26-27.
- BOYLE, Alan, "Human rights or Environmental Rights? A Reassessment", en *Fordham Environmental Law Review*, Vol. 18, N° 3, 2010, pp. 471-511.
- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, "Caso Article 19 c. Estado de Eritrea", Comunicación N° 275/03, 30/05/2007.

- URL http://www.worldcourts.com/achpr/eng/decisions/2007.05.30_Article_19_v_Eritrea.htm
- , “Centro de Acción por los Derechos Sociales y Económicos (SE-RAC) y Centro de Derechos Económicos y Sociales (CESR) contra Nigeria”, comunicación N° 155/96, 27/5/2002, URL https://www.achpr.org/public/Document/file/English/achpr30_155_96_eng.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Mario Roberto Chang Bravo”. Guatemala. Informe de Inadmisibilidad, N° 57/08, 24/7/2008.
- , OAS/Ser.L/V/Ii. Doc. 176, 29/09/2019, Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y Tribales de la Panamazonia.
- , OEA/Ser.L/V/II . Doc. 47/15, 31/12/2015, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo.
- , OEA/Ser.L/V/Ii. Doc. 56/09, 30/12/2009, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox”, 24/12/2012, URL A/HRC/28/61/Add.1 (un.org)
- , “Derecho a un medio ambiente saludable. Informe del relator especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible”, 30/12/2019, URL A/HRC/40/55 (un.org)
- Constitución de la República del Ecuador, 20/10/2008, URL CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR (defensoria.gob.ec)
- Convención de Naciones Unidas sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (ENMOD), la Asamblea General en la Res. 10/12/1976. URL Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (ENMOD) - CICR (icrc.org)
- Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, N° 169, 05/09/1991, URL https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-622-16, 10/11/2016, URL <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 218-15-SEP-CC, 09/07/2015, URL 1281-12-ep-sen.pdf (corteconstitucional.gob.ec)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 8/10/2015, Serie C N° 304.
- , “Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras”. Fondo, Reparaciones y Costas, 8/10/2015, Serie C N° 305.
- , “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”. Fondo Reparaciones y Costas, 17/6/2005, Serie C N° 125.
- , “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, 29/03/2006, Serie C N° 146.
- , “Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname”. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas, 15/6/2005, Serie C N° 124.
- , “Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, 6/2/2020, Serie C N° 400.
- , “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28/11/2007, Serie C N° 172.
- , “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador”, Fondo y Reparaciones, 27/6/2012, Serie C N° 245.
- , Opinión Consultiva OC-23/17, “Medio Ambiente y Derechos Humanos”, 15/11/2017.
- , Opinión Consultiva OC-22/16, “Titularidad de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos, 26/2/2016.
- Corte Superior de Uttarakhand At Naintal de la India, Escrito de Petición, No. 140/2015, 30/03/2017, URL In The High Court Of Uttarakhand At Naintal (indiaenvironmentportal.org.in)
- Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 14/06/2016, Santo Domingo, República Dominicana, URL <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>
- Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales, 17/12/2018, URL <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/73/165>
- Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 13/9/2007, URL https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

- Estado Plurinacional de Bolivia, "Ley 071 de Derechos de la Madre Tierra", 21/12/2010, URL BOL 071 (ilo.org)
- GUDYNAS, Eduardo, "La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador", en *Revista de Estudios Sociales*, Vol. 32, N° 34, 2009, pp. 34-47.
- IORNS MAGALLANES, Catherine J., "Maori Cultural Rights in Aotearoa New Zealand: Protecting the Cosmology that Protects the Environment", en *Widener Law Review*, N°. 6/2016, pp. 273-327.
- Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, "Acreditar como víctimas en calidad de sujetos colectivos de derechos al "Katsa Su", gran territorio Awá, y a los treinta y dos (32) cabildos indígenas Awá", auto SRVBIT, caso 002, 079, 12/11/2019, URL 20191112-Auto_SRVR-079_12-noviembre-2019.pdf (coljuristas.org), consultado 21/5/2022.
- KAUFFMAN, Craig M. & MARTIN, Pamela L., "When Rivers Have Rights: Case Comparisons of New Zealand, Colombia and India", International Studies Association Annual Conference, URL <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload585.pdf>, consultado 3/11/2021.
- LATOUR, Bruno, *Reassembling the Social, An introduction to Actor-Network-Theory*, Oxford University Press, 2005, Oxford.
- MAZZUOLI, Valerio de O., "O Monismo internacionalista dialógico", en *Revista Jurídica Consulex*, Vol. 14, N° 324, pp. 126-177.
- & MOREIRA TEIXEIRA, Gustavo de F., "Protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año V, N° 5, 2015, pp. 19-50.
- MILA MALDONADO, Frank L. & YÁNEZ YÁNEZ, Karla A., "El Constitucionalismo Ambiental en Ecuador", en *Actualidad Jurídica Ambiental*, N° 97, 2020.
- MITCHELL, Ronald B., "Problem structure, institutional design, and the relative effectiveness of international environmental agreements", en *Global Environmental Politics*, Vol. 6, Issue 3, 2006, pp. 72-89.
- NUSSBAUM, Martha, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión.*, Paidós, 2012, México.
- OLIVARES, Alberto & LUCERO, Jairo, "Contenido y desarrollo del principio in dubio pro natura. Hacia la protección integral del medio ambiente", en *Ius et Praxis*, Vol. 24, N° 3, 2018.

- PÉREZ-MORÓN, Laura & CARDOSO-RUIZ, René P., “Construcción del Buen Vivir o Sumak Kawsay en Ecuador: una alternativa al paradigma de desarrollo occidental”, en *Contribuciones desde Coatepec*, Vol. XIII, N° 26, 2014, pp. 49-66.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), 17/11/1988, San Salvador, El Salvador, e. v. 16/11/1999, URL <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf>
- República Argentina, “Proyecto de ley sobre nuevos principios de la política ambiental”, expediente 4369-D-2019, 17/09/2019, URL Proyecto (hcdn.gob.ar)
- República de Colombia, Decreto Ley 4633, 2011, URL Decreto 4633 de 2011 Nivel Nacional (alcaldiabogota.gov.co)
- Revista Fusión, “La contribución latinoamericana a la geosociedad”, BOFF, Leonardo, 8/08/2011, URL <https://www.economiasolidaria.org/noticias/contribucion-de-america-latina-una-geosociedad/>.
- The Daily Star, “Transboundary cooperation key to enforcing rivers’ legal rights in Bangladesh”, NOOLKAR-OAK, Gauri, 11/08/2019, URL <https://www.thedailystar.net/>, consultado 3/11/2021.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Asunto Stoeterij Zangerscheide N.V. y otros c. Bélgica”, 22/12/2004.
- , “Caso Colas Est y otros c. Francia”, 16/04/2002.
- , Humanos, “Caso Ern Makina Sanayi y Ticaret AS c. Turquía”, 3/5/2007.
- , “Caso Ernst y otros c. Bélgica”, 15/7/2003.
- , “Caso Guerra y otros c. Italia”, 19/2/1998.
- , “Caso López Ostra c. España”, 9/11/1994.
- , “Caso Moreno Gómez c. España”, 16/11/2004.
- , “Caso Öneriyildiz c. Turquía”, 18/6/2002.
- , “Caso Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas y Otros vs. Austria”, 31/7/2008.
- , “Caso Tatar c. Rumania”, 27/1/2009.

**DOSSIER “VIOLENCIAS Y/O DISCRIMINACIÓN DE
GÉNEROS Y/U ORIENTACIÓN SEXUAL”**

LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL JUICIO POR JURADOS: UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA RECIENTE SANCIÓN DE LA LEY 6451 DE JUICIOS POR JURADOS DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES*

MAITE GUERRERO**

Resumen: En el presente trabajo se abordará la importancia de incluir la perspectiva de género en el litigio en los juicios por jurados a fin de evitar la presencia de estereotipos de género que resultan discriminatorios y perjudiciales para las mujeres. De este modo, se realizará un breve repaso de la legislación vigente en el país, haciendo hincapié en la reciente sanción de la Ley 6451 de Juicio por Jurados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A continuación, se analizarán las maneras en las cuales puede introducirse la perspectiva de género al litigio tradicional, haciendo especial foco en la construcción de las instrucciones al jurado y en la audiencia de *voir dire*.

Palabras clave: perspectiva de género — juicio por jurados — prejuicios de género — instrucciones al jurado — *voir dire*

Abstract: This paper will address the importance of including the gender perspective in litigation in jury trials in order to avoid the presence of gender stereotypes that are discriminatory and harmful to women. A brief review of the legislation in force in the country will be carried out, emphasizing the recent enactment of Law N° 6451 on Trial by Juries in the City of Buenos Aires. Next, the ways in which the gender perspective can be introduced to traditional litigation will be analyzed, with special focus on the construction of the instructions to the jury and on the *voir dire* hearing.

* Recepción del original: 10/12/2021. Aceptación: 04/04/2022. Este trabajo obtuvo el primer puesto en la Convocatoria de la Revista *Lecciones y Ensayos* y del Programa de Género y Derecho para el Dossier "Violencias y/o discriminación de géneros y/u orientación sexual".

** Maite Guerrero es abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires (UBA) con orientación en derecho penal. Actualmente se desempeña como abogada en el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA).

Keywords: gender perspective — trial by jury — gender bias — jury instructions — *voir dire*

I. INTRODUCCIÓN

La falta de perspectiva de género se ve reflejada incesantemente en nuestro sistema judicial a través del dictado de sentencias en las que abundan los sesgos patriarcales, así como de defensas penales ejercidas sin tener en consideración el impacto diferencial que tiene el derecho en la vida de las mujeres. Sumado a esto, la presencia de exigencias arbitrarias de comportamiento hacia las mujeres en el sistema judicial redunda en situaciones de discriminación, dificultando su acceso a la justicia y exponiéndolas a situaciones de (re)victimización.

Con la creciente incorporación del juicio por jurados a las distintas jurisdicciones del país, han empezado a surgir veredictos en donde resulta relevante preguntarnos si han sido litigados conforme a los estándares internacionales que rigen la materia. De este modo, como caso testigo podemos mencionar la reciente absolución de los tres acusados por el abuso sexual de una menor de edad en un camping en Miramar, en el cual el abogado representante de la querella denunció que:

“durante el debate, y así surge de la grabación completa del mismo, se han formulado constantemente por parte de los defensores de los acusados, estereotipos sobre la condición de la mujer, de su vulnerabilidad, de la edad, los antecedentes sexuales de la víctima, para concluir que existió un consentimiento valedero”,¹

Además, que:

“[...] en el alegato final lo que hicieron fue decir que ella los buscó, instalaron el prejuicio durante todo el juicio que los provocaba con su vestimenta y con sus actitudes”.²

1. Télam Digital, “Pidieron anular el juicio que declaró...”, 23/09/2020.

2. La Vaca, “Miramar: un jurado popular dejó impune...”, 20/09/2020.

Otro caso que podemos nombrar es el de la condena a Cristina Santillán por lesiones gravísimas hacia su pareja, por parte de quién había sufrido casi 40 años de violencia.³ Si bien la defensa intentó demostrar que el hecho se trató de un caso de legítima defensa en contexto de violencia de género, la fiscalía —la cuál sostuvo una acusación por homicidio agravado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación— sostuvo que Cristina llevó a cabo el ataque debido a que su pareja le había solicitado el divorcio,⁴ reproduciendo un estereotipo de "mujer despechada" carente de toda consideración por la violencia sufrida por la mujer.

De este modo, podemos ver cómo la violencia de género que ha sido tradicionalmente ejercida en los procesos judiciales se ha trasladado a la modalidad de juicios por jurados, donde abundan las defensas y las acusaciones fundadas en la reproducción de estereotipos y prejuicios de género que resultan estigmatizantes y (re)victimizantes para las mujeres. Se suele poner el foco en los comportamientos posteriores de las víctimas que resultan "esperables", cargando exigencias de actuación injustificadas sobre las mujeres. A su vez, se reproducen estereotipos de "buena madre", "buena esposa" o "buena víctima", a los que se suman los de "mujer fabuladora" o "mujer vengativa" que ponen a las mujeres en una posición donde sus motivaciones son cuestionadas y puestas en duda, reduciéndolas a categorías simplificadas e invisibilizando las desigualdades de género que aún persisten en nuestra sociedad.

Asimismo, se indaga innecesariamente sobre la vida privada de las mujeres, incurriendo en sensacionalismos y realizando cuestionamientos acerca de sus vidas sexuales y afectivas. Con frecuencia el razonamiento jurídico basado en los hechos y en la evidencia son reemplazados por estereotipos de género y preconceptos estigmatizantes que (re)victimizan tanto a las afectadas como a las imputadas y que dificultan el pleno acceso de las mujeres a una justicia imparcial.⁵

Este trabajo se propone, a la luz de la reciente sanción de la Ley 6451 de Juicio por Jurados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, analizar las consecuencias de litigar un juicio por jurados sin perspectiva de género, poniendo especial foco en la importancia de litigar instrucciones al jurado

3. Clarín, "El caso de Cristina Santillán. Golpeó...", 26/08/2017 & Cosecha Roja, "Después de dos años sin violencia...", 23/08/2017.

4. Infobae, "Declararon culpable a la mujer que atacó...", 26/08/2017.

5. ELA, "Propuesta de lineamientos éticos para el...", 2021.

con enfoque de género y de excluir a aquellas y aquellos jurados potenciales que presenten sesgos de género y no puedan actuar con imparcialidad.

II. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS PROCESOS JUDICIALES

A los fines de delimitar el marco teórico de este ensayo, corresponde analizar el rol que debe jugar la perspectiva de género en el ámbito del derecho y, en particular, en los procesos judiciales. El derecho es, y siempre ha sido, un campo en donde han predominado los valores masculinos. Las normas jurídicas son, en su mayoría, creadas, aplicadas e interpretadas por varones, y el campo del derecho es un ámbito del cual las mujeres se han visto históricamente excluidas.⁶ Es por esto que el feminismo ha mantenido siempre una posición de escepticismo frente a la pretendida neutralidad del derecho,⁷ la cual omite tener en consideración la realidad social, política y económica de las mujeres. En palabras de Costa, “[...] la relación entre el movimiento feminista y el derecho es indisoluble e intrincada”.⁸

De este modo, surge la necesidad de incorporar la perspectiva de género, o la “mirada de las mujeres”, al análisis de las normas jurídicas y al modo en que estas son aplicadas en los procesos judiciales. Esta necesidad de incorporar la perspectiva de género al derecho se encuentra intrínsecamente relacionada con el concepto de *discriminación indirecta*, la cual tiene lugar cuando

“una ley, una política, un programa o una práctica parece ser neutra por cuanto se refiere tanto a los hombres como a las mujeres, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra la mujer porque las desigualdades preexistentes no se han tenido en cuenta en la medida aparentemente neutra”.⁹

Así, a diferencia de discriminación directa —cuando el trato diferenciado se encuentra plasmado de forma explícita en las normas—, la discriminación indirecta:

6. FACCHI, “El pensamiento feminista sobre el Derecho...”, p. 35.

7. COSTA, “Formación jurídica y androcentrismo”, p. 63.

8. COSTA, “Feminismos jurídicos en Argentina”, p. 238.

9. CEDAW/C/GC/28, párr. 16.

"puede exacerbar las desigualdades existentes por la falta de reconocimiento de los patrones estructurales e históricos de discriminación y el desequilibrio de las relaciones de poder entre la mujer y el hombre".¹⁰

Podemos afirmar que el análisis de género es una herramienta imprescindible a la hora de analizar el impacto diferencial que tienen las normas jurídicas en la vida de las mujeres. Este debe ser aplicado especialmente a los procesos judiciales a fin de evitar la perpetuación de estereotipos de género, los cuales operan creando situaciones de discriminación y (re)victimización de las mujeres.

En nuestro país contamos con la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, la cual establece en su artículo 3.k. que las mujeres tienen derecho a recibir "un trato respetuoso [...] evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización". Además, nuestro país ha ratificado tanto la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), otorgándole jerarquía constitucional a esta última. Ambas normas imponen como obligación a los Estados el reconocimiento y el respeto a los derechos de las mujeres en el ámbito judicial.

A nivel internacional, son diversos los organismos que han exhortado a los Estados a tomar medidas a fin de eliminar los estereotipos de género en los procedimientos judiciales.

De este modo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) ha instado a los Estados a que se aseguren de que los procesos judiciales sean:

"imparciales y justos, y no se vean [afectados] por prejuicios o nociones estereotipadas sobre la sexualidad femenina y masculina",¹¹ así como a "hacer frente a las relaciones prevalentes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo a través de actos

10. CEDAW/C/GC/28, párr. 16.

11. Comité de la CEDAW, Recomendación General 25, párr. 7.

individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales”.¹²

En similar sentido, la Relatora Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha expresado que:

“los Estados deben tomar medidas para eliminar los prejuicios y cambiar las prácticas que estén basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.¹³

Sumado a esto, el Comité CEDAW también ha señalado la importancia de brindar una capacitación adecuada a las y los operadores judiciales¹⁴ para que incorporen la perspectiva de género al análisis del derecho, a fin de evitar la revictimización y la influencia de los estereotipos de género o los valores personales. Así, la Relatora Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados de la ONU también ha resaltado la importancia de que los Estados creen:

“[...] las condiciones necesarias para incorporar la perspectiva de género en el Poder Judicial, por ejemplo, mediante la sensibilización de los jueces y los funcionarios del ámbito judicial respecto de los derechos humanos de la mujer, la prohibición de la discriminación y la realización de un estudio de los principales problemas que afectan a las mujeres como usuarias del sistema judicial”.¹⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) también se ha expedido con relación a la importancia de la capacitación con perspectiva de género en los procesos judiciales, expresando que esta:

“implica no solo un aprendizaje de las normas, sino el desarrollo de capacidades para reconocer la discriminación que sufren las

12. CEDAW/C/46/D/18/2008, párr. 8.9 b.

13. A/HRC/17/30, párr. 28.

14. CEDAW/C/46/D/18/2008, párr. 8.9 b iv.

15. A/HRC/17/30, párr. 57.

mujeres en su vida cotidiana. En particular, las capacitaciones deben generar que todos los funcionarios reconozcan las afectaciones que generan en las mujeres las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos".¹⁶

Por último, cabe hacer mención a la Recomendación General N° 33 sobre Acceso a la Justicia del Comité CEDAW, en donde se estableció que "[...] los jueces, magistrados y árbitros no son los únicos agentes del sistema de justicia que aplican, refuerzan y perpetúan los estereotipos [...] Los fiscales, los encargados de hacer cumplir la ley y otros agentes suelen permitir que los estereotipos influyan en las investigaciones y los juicios, especialmente en casos de violencia basados en el género, y dejar que los estereotipos socaven las denuncias de las víctimas y los supervivientes y, al mismo tiempo, apoyan las defensas presentadas por el supuesto perpetrador [...] los estereotipos están presentes en todas las fases de la investigación y del juicio, y por último influyen en la sentencia".¹⁷

Podemos apreciar cómo, a nivel internacional, los distintos organismos han puesto el foco en los procesos judiciales como ámbito en donde se reproducen las desigualdades de poder que existen entre varones y mujeres, instando a los Estados a incorporar el enfoque de género como herramienta para salvar estas brechas.

III. EL PROCEDIMIENTO DE JUICIO POR JURADOS

En este punto corresponde realizar un breve análisis de las particularidades del litigio en el juicio por jurados y las pautas de procedimiento que guían este tipo de procesos en nuestro país.

Actualmente, y con la reciente sanción de la Ley 6451 de la Ciudad de Buenos Aires, son diez las jurisdicciones las que han implementado el juicio por jurados en sus ordenamientos.¹⁸ Las legislaciones vigentes receptan el modelo clásico angloamericano conformado por doce jurados legos, sin perjuicio de que la provincia de Córdoba adoptó un modelo escabinado,

16. Corte IDH, "Campo Algodonero", 16/11/2009, párr. 540.

17. CEDAW/C/GC/33, 03/08/2015.

18. Estas son Córdoba, Neuquén, Buenos Aires, Entre Ríos, Chaco, San Juan, Mendoza, Río Negro, Chubut y CABA.

con la participación de juezas y jueces profesionales además del jurado conformado por ciudadanas y ciudadanos.

Así, el instituto del jurado rige de acuerdo con las disposiciones procesales que regulan el procedimiento penal en cada jurisdicción, de las cuales podemos destacar algunas diferencias significativas. En primer lugar, algunas provincias han optado por la obligatoriedad del juicio por jurado bajo determinadas circunstancias, mientras que en otras la persona imputada tiene la facultad de renunciar al jurado, como por ejemplo en la Provincia de Buenos Aires. Por otro lado, se presentan variaciones en la cantidad de votos necesarios para condenar, precisando algunas jurisdicciones, por ejemplo, la unanimidad y otras sólo el voto de la mayoría de quienes integran el jurado.

Sin perjuicio de esto, el procedimiento se lleva a cabo de manera similar en todas las jurisdicciones. Las y los potenciales jurados son sorteados anualmente de acuerdo con el padrón electoral y se los convoca a una audiencia de selección previa, denominada *voir dire*. En esta audiencia, las partes¹⁹ pueden realizar preguntas y breves interrogatorios a las y los ciudadanos a fin de conocer sus experiencias personales y opiniones que pueden resultar relevantes de acuerdo con los hechos que se discuten en la causa. En esta oportunidad, las partes pueden realizar recusaciones con o sin causa para excluir a las y los jurados que consideran que no son idóneos para intervenir en el caso.

Una vez conformado el panel por las y los doce jurados, las partes realizan sus alegatos de apertura, donde exponen su teoría del caso, dando lugar a la etapa probatoria de la audiencia, en donde se realizarán los exámenes y contra exámenes de las y los testigos propuestos. Por último, luego de la exposición de los alegatos de clausura, el juez o jueza expondrá las instrucciones finales al jurado, en donde explicará la ley y los principios aplicables, la forma de valorar la prueba y la manera en que se llevará a cabo la deliberación.²⁰ El jurado pasará a deliberar y, posteriormente, comunicará su veredicto. Si arriba a un veredicto de culpabilidad, se celebrará una audiencia determinada "de cesura", donde el juez o la jueza determinará la

19. Al igual que en el procedimiento penal clásico, además de intervenir el Ministerio Público Fiscal y la defensa de la o las personas imputadas, se permite la participación de una querrela particular en representación de la o las víctimas.

20. PENNA, "Las instrucciones del juez al jurado".

pena a aplicar.²¹ En todas las jurisdicciones el veredicto de no culpabilidad es inapelable y la decisión de las y los jurados carece de fundamentación.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 6451 recepta un modelo de jurado clásico y establece su obligatoriedad para delitos con pena máxima en abstracto igual o superior a veinte años, expresando que es irrenunciable en estos casos. Al igual que en el resto de las jurisdicciones del país, indica que el veredicto será sin expresión de motivos, constituyendo:

“Las instrucciones del o la jueza al jurado, el requerimiento de elevación a juicio y el registro íntegro y obligatorio del juicio en taquigrafía, audio y/o video [...] plena y suficiente base para el control amplio de la decisión (Art. 6)”.

Además, dispone la obligatoriedad del voto unánime para condenar y la irrecurribilidad del veredicto de no culpabilidad tanto para la parte acusadora como para la o las víctimas.

Una cuestión que merece ser destacada de la ley de la Ciudad de Buenos Aires es que instaura en su Art. 13 que el panel de juradas y jurados titulares deberá conformarse con un mínimo de 5 mujeres y 5 hombres, y no pueden superar un máximo de 6 mujeres y 6 hombres, permitiendo en consecuencia la incorporación de personas fuera de las categorías binarias de género al jurado. Esto presenta un aspecto novedoso frente al resto de las provincias, las cuales requieren en su totalidad que el panel se encuentre conformado en iguales cantidades por personas que se identifiquen con los géneros femenino o masculino. Al respecto se ha dicho que:

“[...] sin decirlo expresamente, se está consagrando de modo indirecto una cláusula que va más allá de la paridad de género para tratar de contemplar en lo posible todas las identidades que hoy por hoy se están desarrollando y performando en el mundo entero. Sobre el particular, el artículo 13 de la nueva legislación es pionera en nuestro sistema jurídico”.²²

Además de esto, el Art. 33 establece determinados lineamientos para el ejercicio de la abogacía durante el juicio, expresando que:

21. PEÑALVER, “Juicio por jurados: veredicto de culpabilidad...” pp. 210-213.

22. HARFUCH, “Acerca de la ley de juicio...”, p. 2.

“[...] las partes solo podrán argumentar [...] con base en la prueba admitida y producida en el juicio oral. Las partes tienen terminantemente prohibido dar fe por ellas mismas de la credibilidad de los testigos. Tampoco darán sus opiniones personales sobre el caso, sobre el veredicto o sobre el impacto del veredicto en la sociedad. Tampoco harán comentarios sobre la prueba excluida o no admitida en el juicio, ni podrán alterar la ley o los derechos de las partes que el juez o la jueza explicara en las instrucciones, ni intentarán exhortar al jurado a que decidan el caso por fuera de la ley y/o de la prueba producida en el debate”.

Seguidamente, indica que el juez o la jueza tiene la facultad de aplicar sanciones disciplinarias a las partes que no respetaran estas reglas de ética profesional.

Ahora bien, más allá de la mención al requisito de la igualdad de género en la conformación del jurado, la legislación local no hace alusión alguna al litigio en casos de violencia de género ni a la aplicación de la perspectiva de género durante las audiencias de juicio por jurados. Si bien entre los beneficios del instituto del jurado podemos mencionar el hecho de que otorgan mayor legitimidad a las decisiones del Poder Judicial, garantizan la imparcialidad al ser la persona imputada o juzgada por sus pares y fomentan la discusión rigurosa, existe un alto riesgo de que, debido a los prejuicios de género latentes en nuestra sociedad, las mujeres sufran discriminación y revictimización por parte de las y los distintos actores si no se considera a la cuestión de género como un asunto central a tener en cuenta en este tipo de litigios.

IV. LITIGIO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO APLICADO AL JUICIO POR JURADOS

En vista de que el procedimiento clásico del juicio por jurados tal como fue expuesto en el apartado anterior adopta una perspectiva “neutra” en cuestiones de género, resulta imprescindible incorporar la herramienta de la perspectiva de género al litigio a fin de evitar la generación de situaciones de violencia y discriminación hacia las mujeres. Esto en tanto:

“[...] el diseño del juicio por jurados tradicional en Argentina presenta herramientas que —implementadas con perspectiva

de género— permitirían controlar que se permeen estereotipos de género negativos que incidan indebidamente sobre el veredicto".²³

Corresponde destacar en este punto que la Corte IDH se ha expedido sobre los recaudos que deben observarse en los juicios por jurados en el marco de casos de violencia de género en el precedente "V.R.P."²⁴, donde se discutió la responsabilidad del Estado de Nicaragua por la absolución en un juicio por jurados de un imputado por el abuso sexual de su hija menor de edad. En este caso, la Corte encontró responsable al Estado por no haber actuado en concordancia con su deber de investigar con la debida diligencia y de acuerdo con los estándares internacionales en materia de perspectiva de género.

De este modo, la sentencia sostuvo que a las dificultades propias del enjuiciamiento en casos de violencia sexual se le suman:

"[...] los prejuicios e ideas preconcebidas y estereotipadas propias del sistema patriarcal que existen en el imaginario social en torno a la violencia sexual. Los jurados son susceptibles de trasladar al procedimiento tales prejuicios e ideas y ser influenciados por ellos al momento de valorar la credibilidad de la víctima y la culpabilidad del acusado, condicionando de modo especial a quienes no poseen una capacitación especial en este tipo de delitos".²⁵

Así, puso especial foco en la importancia de reforzar las buenas prácticas contenidas en los sistemas procesales como medidas para reducir el impacto que tienen los estereotipos de género en este tipo de procesos. La sentencia menciona la prueba de expertos, las instrucciones al jurado y el procedimiento de *voir dire* como mecanismos de resguardo de la integridad del proceso²⁶ y concluye que la legislación del Estado de Nicaragua no contemplaba ninguna de estas salvaguardas, las cuales:

23. GONZÁLEZ, "Juicio por jurados y debida diligencia...", p. 137

24. Corte IDH, "Caso V.R.P, V.P.C. y otros vs. Nicaragua", 08/03/2018.

25. Corte IDH, "Caso V.R.P, V.P.C. y otros vs. Nicaragua", 08/03/2018, párr. 264.

26. Corte IDH, "Caso V.R.P, V.P.C. y otros vs. Nicaragua", 08/03/2018, párr. 265.

“[...] podrían haber puesto límites de racionalidad a una decisión y que, en definitiva, podrían haber fungido como garantías contra una decisión arbitraria [...] especialmente en este caso que trataba de un delito de violencia sexual cometido contra una niña”.²⁷

De este modo y siguiendo los lineamientos delineados por la Corte IDH en el caso mencionado, en este trabajo profundizaremos sobre la importancia de litigar instrucciones al jurado que recepten una teoría del delito con enfoque de género, así como de indagar sobre la presencia de estereotipos de género en las y los potenciales jurados en la audiencia de *voir dire*, a fin de excluirllos del panel.

IV. A. Las instrucciones al jurado

Comenzando por las instrucciones al jurado, recordemos que estas incluyen todas las explicaciones y aclaraciones que son impartidas a estos por parte de las y los jueces, en especial a lo atinente a la valoración de la prueba, la ley aplicable, las reglas de deliberación y la importancia del principio de inocencia y las garantías constitucionales en el proceso.²⁸ En estas, se comunicará al jurado que deberán aplicar la ley tal como se encuentra expuesta en las instrucciones a los hechos de la causa que fueron probados durante el juicio, de acuerdo con las reglas de valoración probatoria que también estarán descriptas en aquellas. Como podemos apreciar, la determinación del contenido de las instrucciones al jurado juega un papel fundamental en el proceso ya que son el instrumento mediante el cual se “traduce” el derecho aplicable y los elementos del delito que deben ser probados en un lenguaje simple a las y los jurados para que puedan emitir su veredicto. Al respecto, la Ley 6451 establece que:

“Las instrucciones impartidas por el juez o la jueza deben estar redactadas en lenguaje claro y sencillo, de manera de permitir que el público en general y, en especial, la persona acusada, puedan entender el significado y los fundamentos del veredicto que el jurado tiene que pronunciar en base a esas indicaciones”.

27. Corte IDH, “Caso V.R.P. V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, 08/03/2018, párr. 267.

28. PENNA, “Las instrucciones del juez al jurado”.

Es en este contexto que cobra importancia la incorporación de la perspectiva de género en las instrucciones al jurado, a fin de adecuarlas a los estándares internacionales en materia de violencia de género y de incorporar una interpretación feminista del derecho. Para esto, proponemos hacernos "la pregunta por las mujeres" —la cual consiste en indagar sobre el impacto diferencial que tienen las normas jurídicas sobre las mujeres—²⁹ a fin de:

"[...] incorporar elementos que dan cuenta del contexto de vulnerabilidad o violencia de género en el que las mujeres acusadas están inmersas y reformular, a partir de su consideración, los distintos elementos de la teoría del delito desde un enfoque de género".³⁰

De este modo, en el caso de ejercer la defensa de una mujer imputada se deben incorporar a la teoría del delito tradicionales consideraciones relativas al contexto político, social y económico en el que se encuentran inmersas las mujeres. Para esto, resultan imprescindibles los aportes de la doctrina feminista relativos al enfoque de género en las defensas penales que han sido desarrollados en los últimos años.

A modo de ejemplo, podemos mencionar el análisis de los casos de mujeres imputadas por omisión de cuidado de sus hijas y/o hijos que realizan Di Corleto, Asensio y González, en donde indican que "la centralidad de la imputación [...] está dada por el incumplimiento de deberes de amparo activo, correspondientes al rol materno de cuidado y protección".³¹

Así, en estos casos resulta imprescindible asegurarnos que las instrucciones cuenten con una descripción precisa y acotada de la conducta imputada, donde esté especificado el deber de cuidado que se habría omitido. El jurado debe ser informado, en un lenguaje claro y sencillo, cuáles son los alcances de la posición de garante y qué deberes se desprenden de aquella, sobre el estado de necesidad justificante y disculpante y que rol juega en aquellos la colisión de riesgos, así como sobre los alcances de la exigibilidad

29. DI CORLETO & ASENSIO, "Metodología feminista y dogmática penal", p. 24.

30. DI CORLETO & ASENSIO, "Metodología feminista y dogmática penal", p. 33.

31. DI CORLETO, ASENSIO & GONZÁLEZ, "Criminalización de mujeres por delitos contra...", p. 51.

de una determinada conducta.³² A su vez, las instrucciones deben individualizar con precisión la situación generadora de deber e instar a las y los jurados a analizar la capacidad individual de acción que tenía la mujer imputada en el contexto en el que se encontraba inmersa, haciendo expresa alusión a que el ordenamiento jurídico no debe exigir conductas heroicas.³³

Sumado a esto, deben incluirse consideraciones acerca del impacto que tienen en la capacidad de las mujeres de comprender la criminalidad de sus conductas la violencia de género y los contextos de vulnerabilidad en los cuales suelen estar inmersas, así como las circunstancias extraordinarias de atenuación que pueden ser aplicadas de acuerdo con los hechos del caso. A su vez, resulta imprescindible excluir de la imputación cualquier referencia ajena al hecho imputado y que haga alusión a características personales de la imputada y denote sesgos de género.³⁴

Sobre este supuesto se ha expedido la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en un caso en el cual se revisó la condena impuesta luego de un juicio por jurados a una mujer por el homicidio de su hijo en comisión por omisión.³⁵ En este caso, la pareja de la mujer también fue condenada por homicidio, pero en la modalidad comisiva por haber sido quien propinó los golpes que derivaron en el fallecimiento del menor.

Lo que resulta particular de este caso es que, si bien la mayoría del Tribunal, conformada por los jueces José A. Valerio y Mario D. Aldano, votaron por rechazar los recursos interpuestos por los imputados y confirmar la condena impuesta, el juez Omar A. Palermo concluyó en su voto que correspondía la realización de un nuevo juicio en cuanto a la imputada G.Z.C.Y por no haberse incluido la perspectiva de género en las instrucciones al jurado. Así, el magistrado expresó que:

“[...] el posible error no es imputable al jurado popular, sino a la falta de claridad en las instrucciones que se le suministraron, en particular, en materia de imputación mediante omisión y violencia de género [y que] existen indicadores de violencia

32. DI CORLETO, ASENSIO & GONZÁLEZ, “Criminalización de mujeres por delitos contra...”, pp. 63-66.

33. DI CORLETO, ASENSIO & GONZÁLEZ, “Criminalización de mujeres por delitos contra...”, p. 66.

34. DI CORLETO, ASENSIO & GONZÁLEZ, “Criminalización de mujeres por delitos contra...”, p. 64.

35. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, “T.A.S y G.Z.C.Y p/ Homicidio Calificado por el vínculo en concurso real con desobediencia judicial s/ Recurso Ext. de Casación”.

por razones de géneros y otros elementos cuya valoración desde tal perspectiva debió haber sido puesta a consideración de la ciudadanía”.

Agregó además que:

“la escasez en las directivas sobre género pudo haber incidido en la imputación de la conducta omisiva que se le reprocha a la acusada, pues la violencia de género puede incidir tanto a nivel de tipicidad como a nivel de culpabilidad en el delito de comisión por omisión”.

El juez Palermo puso especial foco en que, de haberse expuesto al jurado la violencia que sufría G.Z.C.Y de parte de su pareja y las consecuencias que esta violencia podría tener en la definición sobre su responsabilidad penal, el veredicto podría haber sido distinto. Otro punto de su exposición que merece ser destacado es la mención a que, si bien las instrucciones al jurado contuvieron una breve referencia a que debía ponderarse el contexto de violencia de género,³⁶ esto no resulta suficiente para garantizar que se juzgue a la imputada con perspectiva de género y en cumplimiento de los mandatos constitucionales y convencionales que deben:

“[...] garantizar que en todo caso que deban juzgarse hechos que involucren a mujeres –ya sea como víctimas o como acusadas– el jurado conozca en lenguaje claro y sencillo las disposiciones legales relevantes. Principalmente, y como estándar mínimo, las que emanan de la CEDAW, la Convención de Belém do Pará y la Ley 26.485; como así también los criterios jurisprudenciales que surgen de casos emblemáticos similares al que se estuviere juzgando [...]”.

Desafortunadamente, la interpretación del magistrado no tuvo acogida positiva en la sentencia, en donde los otros dos jueces argumentaron que la defensa debería haber objetado la falta de perspectiva de género en las instrucciones. Sin perjuicio de esto, sostuvieron que la defensa elaboró su

36. La referida instrucción rezaba: “deberán prestar atención a la posible violencia de género sobre la acusada y su incidencia en la conducta atribuida”.

teoría del caso con base en la violencia de género sufrida por G.Z.C.Y y que el jurado tuvo oportunidad de escucharlo al momento de decidir sobre el caso, sin verificarse de este modo falencias en el proceso.

A partir del ejemplo que nos brinda este caso podemos afirmar que la incorporación del enfoque de género en las defensas penales resulta una herramienta imprescindible para desafiar la interpretación androcéntrica del derecho a través de la teoría feminista y ejercer una defensa eficaz.

Por supuesto que el análisis del caso de imputaciones por omisión de cuidado de las hijas e hijos es solo un ejemplo entre muchos otros que podríamos analizar en donde el sistema penal perjudica y discrimina a las mujeres. De este modo, la perspectiva de género debe estar presente en todo tipo de defensas, como por ejemplo en casos de legítima defensa en contextos de violencia de género cuando no existe una agresión actual o inminente o cuando el medio utilizado no resulta proporcional a la luz de los estándares tradicionales de la teoría del delito, o en situaciones de estado de necesidad justificante cuando las mujeres son imputadas por transporte de estupefacientes. Del mismo modo se deberá proceder en casos de víctimas de femicidio, tentativa de femicidio o lesiones a la hora de definir elementos como la “relación de pareja” o el “contexto de violencia de género”.

Estas mismas consideraciones deben ser tenidas en cuenta en aquellos casos en donde la mujer resulta víctima de un delito cometido por un varón. A modo de ejemplo, a la hora de construir las instrucciones al jurado en un caso de abuso sexual donde el foco de la discusión radica en la existencia o no de consentimiento, debemos asegurarnos de que las y los jurados sean informados de que el consentimiento debe ser libre, voluntario e informado y que puede ser revocado en cualquier momento de la relación sexual. A su vez, debe explicarse que la falta de resistencia por parte de la mujer no equivale a consentimiento válido, así como que puede haber abuso sexual si el imputado y la víctima mantenían una relación de pareja o si mantuvieron relaciones consentidas con anterioridad.³⁷ En cuanto a la prueba, deben incluirse consideraciones acerca de la forma de valorar el testimonio único sin estereotipos o sesgos de género y sin consideraciones acerca de la vida privada de la víctima o su comportamiento con anterioridad o posterioridad al hecho.³⁸

37. DI CORLETO, “Límites a la prueba del consentimiento...”, pp. 7-9.

38. DI CORLETO, “Límites a la prueba del consentimiento...”, pp. 14-18.

IV. B. La audiencia de *voir dire*

La audiencia de selección del jurado, o *voir dire*, es la oportunidad que tienen las partes de excluir del potencial panel a aquellas personas que no se encuentren en condiciones de ejercer como jurados en el caso, ya sea a causa de las inhabilidades o causales de excusación que la ley contempla, como por la existencia de prejuicios o pre-condicionamientos que les impidan actuar con imparcialidad durante el juicio.

Sobre el rol que juega la audiencia de *voir dire* en casos de violencia de género —específicamente en casos de violencia sexual— la Corte IDH ha afirmado que este procedimiento cobra especial relevancia:

“a fin de establecer si los jurados portan prejuicios y creencias falsas al respecto que pudieran influir negativamente sobre su valoración del caso en concreto a través de los prejuicios y mitos presentes en el imaginario social”.³⁹

Así, sostuvo que las partes deberán cuestionar al jurado acerca de sus creencias a fin de excluir a todas aquellas personas que no se encuentren en condiciones de actuar con imparcialidad o que denoten sesgos de género.

La forma de excluir a las y los potenciales jurados es a través de las recusaciones con o sin causa. En su Art. 25, la Ley 6451 dispone que las recusaciones con causa deberán formularse:

“con especial dirección a velar por la imparcialidad y la independencia, procurándose excluir a aquéllos que hubieran manifestado pre-opiniones sustanciales respecto del caso o que tuvieran interés en el resultado del juicio, o sentimientos de afecto u odio hacia las partes o sus letrados y letradas”.

En el caso en que las partes no coincidan sobre la recusación con causa formulada, el juez o la jueza es quien decidirá si procede o no. Las recusaciones con causa que pueden ser planteadas por las partes son ilimitadas, a diferencia de las recusaciones sin causa, las cuales la ley local limita a cuatro.

Como podemos apreciar, las directivas de la ley en cuanto a la audiencia de *voir dire* no contemplan ninguna situación diferenciada para casos

39. Corte IDH, “Caso V.R.P. V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, 08/03/2018, párr. 245.

con elementos de género. Sin perjuicio de esto, durante la audiencia de selección del jurado cada abogada o abogado deberá intentar identificar en las y los potenciales jurados indicios de que si aceptarán o no su teoría del caso, en base a sus historias personales, sus convicciones, prejuicios e intereses.⁴⁰ A modo de ejemplo, en casos de violencia sexual tanto la abogada o el abogado de la víctima como la o el representante del Ministerio Público Fiscal deberán indagar acerca de los posibles preconceptos que existen acerca de las conductas esperables de las víctimas, los que podrían impactar negativamente en la recepción de la teoría del caso propuesta por parte de las y los potenciales jurados.

A modo de ejemplo, el Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Entre Ríos dictó recientemente la Instrucción General 02/2020,⁴¹ en la cual cuestionó el hecho de que la ley de juicio por jurados de la provincia no hace ningún tipo de distinción y no prevé ningún procedimiento especial para los casos de delitos donde medie violencia de género. Así, la Instrucción indica que:

“Se ha pasado por alto, con ello, que en todo el trámite del juzgamiento de estos hechos, existe una posibilidad cierta de victimización secundaria grave, al colocar a una víctima de violencia de género y sexual ante la necesidad de brindar su relato y exponer los hechos de los que fue víctima y demás circunstancias de vida relevantes, no ya ante las autoridades especializadas, sino frente un jurado de doce personas de su propia comunidad”.

De este modo, el documento insta a cada fiscal a capacitarse permanentemente en perspectiva de género y sostiene que la integración igualitaria del jurado no garantiza la eliminación de los sesgos patriarcales. Además, exige tener en consideración la cuestión de género al seleccionar al jurado, realizando preguntas que “pongan en evidencia sus creencias en torno a cuestiones susceptibles de ser condicionadas por estereotipos y prejuicios sociales”. Por último, dispone que se deben excluir del jurado a todas aquellas personas que carezcan de formación de género o cuyos prejuicios no les permitan juzgar con el grado de imparcialidad requerido.

40. NICORA, “El *voir dire*. Claves para lograr...”, p. 80.

41. Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Entre Ríos, Instrucción General CF N° 02/2020.

A fin de reconocer estos prejuicios de género, las partes deberán realizar preguntas tendientes a identificar si las o los potenciales jurados asignan roles estereotipados a las mujeres como los de "buena víctima" o "madre que todo lo sabe". Se deberá indagar acerca de sus vivencias personales a través de la utilización de un lenguaje claro y sencillo, buscando generar un ambiente de confianza para poder obtener respuestas sinceras.

Cabe tener presente que muchas veces los sesgos patriarcales no se manifiestan conscientemente o la persona se siente avergonzada de expresarlos o busca ocultarlos por algún motivo. Así, resulta de utilidad recurrir a la utilización de cuestionarios previos, tal como sugiere Nicora,⁴² los cuales pueden ser completados por la o el candidato con anterioridad a la audiencia y de forma anónima. De esta manera, al momento de celebrarse la audiencia las partes contarán con la información proporcionada en el cuestionario y podrán utilizar esta oportunidad para profundizar y repreguntar sobre las respuestas ofrecidas.

Nicora también sugiere la inclusión de la opción de contestar preguntas a través de una audiencia privada a fin de generar un ámbito de confidencialidad propicio para obtener respuestas francas. A su vez, la oportunidad de contestar preguntas en audiencia privada evita situaciones de discriminación y revictimización que pueden generarse cuando, por ejemplo, las mujeres tienen que contestar cuestiones personales tales como si fueron víctimas de violencia de género o violencia sexual.

IV. C. Otras cuestiones a tener en consideración

Si bien excede el marco de este trabajo, corresponde mencionar que resulta de especial importancia, además de las consideraciones previamente efectuadas en cuanto a las instrucciones al jurado y la audiencia de *voir dire*, que las partes sostengan una teoría del caso libre de preconcepciones estigmatizantes hacia las mujeres y que realicen un control probatorio serio, evitando situaciones de (re)victimización en los interrogatorios a víctimas, imputadas y testigos.

De este modo, deben evitarse las construcciones que giren en torno a las conductas posteriores al hecho esperables por parte de las víctimas, así como a construcciones de las mujeres imputadas que reproduzcan nociones

42. NICORA, "El *voir dire*. Claves para lograr...", pp. 89-94.

estereotipadas que resultan perjudiciales para las mujeres. La construcción de la teoría del caso debe sustentarse en la prueba que se producirá en el debate y no en especulaciones sobre el grado de credibilidad de los testimonios de víctimas, imputadas y testigos de acuerdo con aspectos de sus vidas personales que son ajenas a los hechos discutidos en la causa.

A su vez, debe procurarse que en la audiencia de exclusión probatoria donde se determinará la admisibilidad de la prueba que será introducida durante el de juicio no se incluyan aspectos que no son relevantes para su desarrollo y que sólo contribuirán a generar prejuicios arbitrarios en los jurados.⁴³

Sumado a esto, se debe fomentar la adopción de capacitaciones sobre perspectiva de género en el ámbito judicial a todas y todos los actores involucrados a lo largo del proceso penal. A modo de ejemplo, en la Provincia de Mendoza obtuvo media sanción por parte de la Cámara de Diputados un proyecto de ley que propone capacitar en perspectiva de género a quienes ejerzan como juradas o jurados. Así, el proyecto busca incorporar como requisito para integrar el panel de jurados el “cumplir obligatoriamente la capacitación en temática de género, debiendo acreditar tal condición mediante certificación [...]”.⁴⁴

Además, si bien no resulta aplicable sólo para los juicios por jurados, recientemente la Defensoría General de la Nación (DGN), en conjunto con los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y las Mujeres, Políticas de Género y Diversidad Sexual de la Provincia de Buenos Aires, firmó un convenio tripartito para la inclusión de la perspectiva de género en las defensas penales que se lleven adelante en esta provincia.⁴⁵

En el ámbito estatal, resulta imprescindible que se cumplan con las capacitaciones de la Ley 27.499, conocida como “Ley Micaela”, la cual dispone la obligatoriedad para todas las personas que se desempeñan en la función pública de contar con capacitación en cuestiones de género y violencia contra las mujeres, lo que en el ámbito judicial incluye a juezas y jueces, fiscales y defensoras y defensores públicos.

La incorporación del análisis de género en la administración de justicia resulta indispensable para alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres, en tanto:

43. MONOD NUÑEZ, “¿Es constitucional la imposibilidad de recurrir...?”.

44. Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Mendoza, “Quienes ejerzan en los juicios por jurado deberán capacitarse en perspectiva de género”, 03/09/2020.

45. MPD, “Convenio para la inclusión de la perspectiva de género en las defensas penales”.

"la existencia de un poder judicial independiente, imparcial y consciente de la perspectiva de género contribuye de manera decisiva a la promoción de los derechos humanos de la mujer, el logro de la igualdad de género y la incorporación de las consideraciones de género en la administración de justicia".⁴⁶

Sin dudas, un sistema judicial consciente del impacto diferencial que tiene el derecho en las mujeres y capacitado en cuestiones de género redundaría en sentencias más justas y respetuosas de los estándares de derechos humanos en la materia.

V. CONCLUSIÓN

Los lineamientos y las sugerencias que han sido expuestos en este trabajo han intentado ser un aporte a una práctica que se deberá seguir profundizando en los próximos años. La implementación del juicio por jurados en nuestro país vino a saldar una deuda histórica de la democracia, instaurando un sistema de juzgamiento que intenta ser cada vez más imparcial y transparente y debe ser considerado como una oportunidad para acercar a la ciudadanía a la administración de justicia.

En vista de que en la Ciudad de Buenos Aires comenzará a implementarse esta modalidad de juicio en el año 2022, debemos prestar especial atención a los antecedentes y a las experiencias de otras provincias del país, a fin de incorporar una mirada crítica sobre las decisiones a las que se han arribado en procedimientos en donde las mujeres intervienen en calidad de víctimas o de imputadas y poder adecuar nuestras prácticas de litigio.

Es por esto que, en virtud de que continúan latentes los prejuicios y estereotipos de género en nuestra sociedad, no podremos alcanzar procedimientos verdaderamente justos sin incorporar la perspectiva de género como herramienta central en estos litigios. Sólo de este modo avanzaremos hacia una sociedad más igualitaria, a través de sentencias judiciales que resulten acordes a los compromisos internacionales en materia de erradicación de las desigualdades de género en los procesos judiciales que ha asumido el Estado Argentino.

46. A/HRC/17/30, párr. 45.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Clarín, “El caso de Cristina Santillán. Golpeó a su marido con un hacha y un jurado popular la condenó”, IGLESIAS, Mariana, 26/08/2017, https://www.clarin.com/sociedad/golpeo-marido-hacha-jurado-popularcondeno_0_SkR65UJFZ.html consultado el 31/05/2022.
- Comité de la CEDAW, CEDAW/C/46/D/18/2008, Comunicación 18/2008.
- , Recomendación General 25, Medidas especiales de carácter temporal, 2004.
- , Recomendación General 33, Sobre el acceso de las mujeres a la justicia, CEDAW/C/GC/33, del 03/08/2015.
- , Recomendación General 28, Relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 2010.
- Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, A/HRC/17/30.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso V.R.P, V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 350, 08/03/2018.
- , Caso González y Otras vs. México, “Campo Algodonero”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 16/11/2009.
- Cosecha Roja, “Después de dos años sin violencia, Cristina Santillán está mejor”, 23/08/2017, <https://www.cosecharoja.org/cristina-santillan-esta-mejor/> consultado el 31/05/2022.
- COSTA, Malena, “Feminismos jurídicos en Argentina”, en *Hacia políticas judiciales de género*, Jusbaire, 2017, Buenos Aires, Coordinación de BERGALLO, Paola, y MORENO, Aluminé.
- , “Formación jurídica y androcentrismo”, en *Revista Discusiones*, UNS, N° 19 (1), 2018, p. 63.
- DI CORLETO, Julieta, “Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación”, en *Nueva doctrina penal*, N° 2, 2006, pp. 411-440.
- , “Mujeres infractoras víctimas de violencia de género. Bases para la construcción de una defensa técnica eficaz”, en *Revista Sistemas Judiciales*, N° 22, 2018.
- DI CORLETO, Julieta & ASENSIO, Raquel, “Metodología feminista y dogmática penal”, en *Colección Eurosocia*, N° 14.
- DI CORLETO, Julieta, ASENSIO, Raquel & GONZÁLEZ, Cecilia, “Criminalización de mujeres por delitos contra las personas”, en *Colección Eurosocia*, N° 14.

- LAURENZO C., Patricia, *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*, Colección Eurosocia, N° 14, 2020, Buenos Aires.
- Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), "Propuesta de lineamientos éticos para el ejercicio de la defensa y el patrocinio en juicio desde una perspectiva de género", 2021.
- FACCHI, Alessandra, "El pensamiento feminista sobre el Derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl" en *Academia, Revista de Enseñanza del Derecho*, N° 6, 2005, Dpto. de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA.
- GONZÁLEZ, Cecilia, "Juicio por jurados y debida diligencia en el juzgamiento de la violencia de género. Las instrucciones al jurado", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 19, 2021, Buenos Aires.
- HARFUCH, Andrés, "Acerca de la ley de juicio por jurados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" en *Erreijs Online*, 2021, Buenos Aires.
- , "Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico" en *Revista Derecho Penal*, Año I, N° 3, Ediciones Infojus.
- Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Mendoza, "Quienes ejerzan en los juicios por jurado deberán capacitarse en perspectiva de género", 30/09/2020, <https://www.hcdmza.gob.ar/site/noticias/6045-quienes-ejerzan-en-los-juicios-por-jurado-deberan-capacitarse-en-perspectiva-de-genero> consultado el 31/05/2022.
- Infobae, "Declararon culpable a la mujer que atacó de dos hachazos a su marido tras 40 años de violencia de género", SORIANO, Fernando, 26/08/2017, <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2017/08/26/declararon-culpable-a-la-mujer-que-ataco-de-dos-hachazos-a-su-marido-tras-40-anos-de-violencia-de-genero/> consultado el 31/05/2022.
- La Vaca, "Miramar: un jurado popular dejó impune el abuso sexual a una joven de 14 años", HAYES, Inés & ZENOBI, Melissa, 20/09/2020, <https://lavaca.org/notas/miramar-un-jurado-popular-dejo-impune-el-abuso-sexual-a-una-joven-de-14-anos/> consultado el 31/05/2022.
- Ministerio Público de la Defensa (MPD), "Convenio para la inclusión de la perspectiva de género en las defensas penales", <https://www.mpd.gov.ar/index.php/noticias-feed/5682-convenio-para-la-inclusion-de-la-perspectiva-de-genero-en-las-defensas-penales> consultado el 31/05/2022.
- Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Entre Ríos, Instrucción General CF N° 02/2020, <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/094/860/000094860.pdf> consultado el 31/05/2022

- MONOD N., Paula, “¿Es constitucional la imposibilidad de recurrir la sentencia absolutoria del jurado en casos de violencia de género, o contrariamente es violatoria de Tratados Internacionales con pasible responsabilidad para el Estado Argentino?”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal de la CABA*, Número 16, 2020.
- NICORA, Guillermo, “El *voir dire*. Claves para lograr un jurado competente, independiente e imparcial”, en LETNER, Gustavo & PIÑEYRO, Luciana, *Juicio por Jurados y procedimiento penal*, Jusbaire, 2017, Buenos Aires.
- PENNA, Cristian, “Las instrucciones del juez al jurado” en *Unidad en la Diversidad*, Ministerio Público de la Defensa de la Provincia de Buenos Aires, 2019.
- PEÑALVER, Tamara, “Juicio por jurados: veredicto de culpabilidad y determinación de la pena” en LETNER, Gustavo & PIÑEYRO, Luciana, *Juicio por jurados y procedimiento penal*, Jusbaire, 2017, Buenos Aires.
- REYES, Analía V., “Instrucciones al jurado con perspectiva de género”, en *La ley*, Año LXXXV, N. 175, Tomo La Ley 2021-E.
- Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala Segunda, “T.A.S y G.Z.C.Y p/ Homicidio Calificado por el vínculo en concurso real con desobediencia judicial s/ Recurso Ext. de Casación”, CUIJ: 13-04879377-5/1 (018602-32546).
- Télam Digital, “Pidieron anular el juicio que declaró ‘no culpables’ a los acusados de abusar de una menor en Miramar”, 23/09/2020, <https://www.telam.com.ar/notas/202109/569510-abuso-sexual-camping-miramar-pedido-nulidad-juicio.html> consultado el 31/05/2022.

VIOLENCIA OBSTÉTRICA COMO ESPECIE DE VIOLENCIA DE GÉNERO: LINEAMIENTOS TEÓRICO-CONCEPTUALES Y APORTES DESDE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL DERECHO ARGENTINO*

SEBASTIÁN CHIOSSO RAPINESE**

Resumen: El presente artículo aborda la violencia obstétrica como especie de violencia de género buscando poner de manifiesto los alcances e implicancias de un flagelo que muchas mujeres viven. Sobre esta premisa está prevista la determinación de las principales consecuencias asociadas a este tipo de violencia contra la mujer y la exposición de experiencias y testimonios que dan cuenta de un sustento empírico en el que se basa el presente artículo. Frente a este panorama, también se buscará poner de manifiesto que las posibles respuestas que el ordenamiento jurídico penal puede aportar para sancionar conductas en el marco de la violencia obstétrica.

Palabras clave: violencia obstétrica — violencia de género — responsabilidad penal

Abstract: This article deals with obstetric violence as a type of gender violence and its purpose is to highlight the magnitude and implications of a scourge that many women experience. On this premise, the main consequences associated with this type of violence against women will be identified, and experiences and testimonies will be presented to provide the empirical support on which this article is based. Against this backdrop, it will also seek to show the possible responses that the criminal legal system can provide to punish conduct in the context of obstetric violence.

Key words: obstetric violence — gender violence — criminal liability

* Recepción el original: 10/12/2021. Aceptación: 04/04/2022. Este trabajo obtuvo el segundo puesto en la Convocatoria de la Revista *Lecciones y Ensayos* y del Programa de Género y Derecho para el Dossier “Violencias y/o discriminación de géneros y/u orientación sexual”.

** Estudiante de Abogacía (UBA).

I. INTRODUCCIÓN

El desembarco de la perspectiva de género en el ámbito académico supone un avance para la formación de profesionales (actuales y futuros) y para el fomento de nuevos paradigmas rupturistas que nos permitan replantearnos diversas circunstancias y eventos que tienen lugar en la sociedad.

A los fines de este artículo, el embarazo y el nacimiento son circunstancias y eventos que ponen de manifiesto un flagelo que algunas mujeres viven: la violencia obstétrica. Si bien es un concepto de naturaleza interdisciplinaria, se centrará el análisis desde un enfoque jurídico priorizando la mención de normas rigen en la República Argentina.

Luego de esta introducción se procederá a realizar un desarrollo teórico-conceptual para delimitar los principales puntos de interés en la definición del concepto y alcance de la violencia obstétrica. Asimismo, se incluirán una serie de experiencias y testimonios a los fines de aportar un componente empírico a los postulados teóricos a desarrollar. También está previsto un apartado para el abordaje de la violencia obstétrica en contextos carcelarios, si bien es un tema sumamente extenso y complejo, se presentará ante las y los lectores un abordaje general para dejar asentado los principales estándares que rigen en la materia.

La parte central de este escrito concluye con la exposición de aportes desde la responsabilidad penal para determinar cuáles son los delitos que más se adecúan a escenarios de violencia obstétrica de acuerdo a los lineamientos teórico-conceptuales que se presentarán. Lógicamente, el análisis de la violencia obstétrica en el derecho penal supone un desafío para la teoría del delito ya que en el esquema de acción tipicidad-antijuridicidad-culpabilidad no es posible encuadrar el tipo de violencia bajo análisis como una conducta autónoma. Nótese que pese al estricto carácter antijurídico que supone la violencia obstétrica, a la fecha el legislador no estableció un tipo penal específico que contemple estos escenarios.

Para introducir a la temática de este escrito, resulta pertinente establecer que el nacimiento de los seres humanos atravesó una gran transformación a partir de mediados del siglo XIX debido al desarrollo de la medicina y los avances tecnológicos en materia de obstetricia. Así es que el nacimiento se “institucionaliza”, es decir, deja de ser un evento que tiene lugar en los hogares de las personas para realizarse en centros de salud. La causa fin de este fenómeno radicó en reducir la mortalidad y morbilidad materna e infantil. Así comienza a ganar mayor relevancia el proceso científico

técnico sobre el parto en sí mismo y comienza a denotarse una asimetría entre el médico y la usuaria del sistema de salud.¹

Esto último favorece un contexto propicio para escenarios de violencia obstétrica en el marco de un paternalismo médico que desplaza la experiencia de la mujer por el saber científico como único criterio rector.² En este entendimiento, a la asimetría aludida entre el médico y la usuaria del sistema de salud se le adiciona que "[...] existe un trasfondo de desigualdad, relaciones de poder y subalternidad que subyace a la existencia de la violencia obstétrica en la medicina".³ Es decir, hay otra asimetría subyacente entre las mismas usuarias del sistema de salud.

La mención de dichas asimetrías no es un suceso que irrumpe sorpresivamente en los estudios con perspectiva de género ya que su causa fuente se debe a que la violencia obstétrica forma parte de un fenómeno más amplio: la violencia contra las mujeres, en la cual "[...] intervienen no solamente cuestiones sociales y culturales aprendidas sino también percepciones y valoraciones personales".⁴

Para concluir esta sección y dejar asentado la importancia del estudio del alcance y posibilidad de punición de conductas en contextos de violencia obstétrica, considérese que hay grupos que son especialmente vulnerables a este tipo especial de violencia contra las mujeres. Al respecto, estudios demuestran que:

"[...] las mujeres que presentan mayor discriminación por parte de los proveedores de salud son las adolescentes solteras, las mujeres mayores con varias gestas previas, las mujeres de bajo nivel socioeconómico y las mujeres infectadas con VIH, incidiendo más negativamente sobre la calidad de atención que reciben durante el proceso del parto".⁵

1. MARCON PRIETO, "Violencia obstétrica durante el trabajo de...", p. 4.

2. GHERARDI, "Otras formas de violencia contra las...", p. 18.

3. GLEASON, "Violencia obstétrica: Los derechos de autonomía...", p. 11

4. CANEVARI BLEDEL, *Cuerpos enajenados. Experiencias de mujeres en una maternidad pública*, p. 16.

5. MARCON PRIETO, "Violencia obstétrica durante el trabajo de...", p. 11, citando a BOHREN, VOGEL, HUNTER y otros, "The Mistreatment during Childbirth in Heath Facilities Globally: A Mixed Methods Systematic Review".

II. LINEAMIENTOS TEÓRICO-CONCEPTUALES DE LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA. EXPERIENCIAS Y TESTIMONIOS. CONTEXTO CARCELARIO. CONSECUENCIAS PARA LAS VÍCTIMAS

En el año 2009, tuvo lugar un hito en el derecho interno argentino a nivel federal: se sancionó la Ley de Protección Integral de las Mujeres. En aquel cuerpo normativo se define la violencia contra las mujeres como una categoría autónoma dentro del amplio espectro de situaciones que encuadran bajo el término “violencia”. El texto legal en cuestión establece que:

“Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes”.⁶

Pero los fines de especificar los diferentes escenarios pasibles de encuadrar en supuestos de violencia contra la mujer, el legislador optó por enumerar diferentes modalidades de aquel en una suerte sistematización género-especie. En este sentido, una de las especies de violencia contra la mujer se manifiesta en la violencia obstétrica y es descripta legalmente como:

“[...] aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929”.⁷

Vemos que la redacción del texto legal remite a la Ley de Parto Humanizado. Dicho cuerpo normativo reconoce una serie de prerrogativas para la persona gestante en el marco del trabajo de parto, el parto y el postparto; verbigracia, el derecho a la información sobre las distintas intervenciones médicas que pudieren tener lugar, el derecho a un trato respetuoso y a la

6. República Argentina, Ley N° 26.485, art. 4.

7. República Argentina, Ley N° 26.485, art. 6 inc. e.

garantía de la intimidad, el derecho al parto natural evitando prácticas invasivas y suministro de medicación que no estén justificados, el derecho a la información sobre la evolución del parto y sobre su hijo o hija, el derecho a estar en compañía por una persona de su confianza y elección, el derecho a tener a su lado a su hijo o hija durante la permanencia en el establecimiento sanitario, entre otros derechos vinculados al trato y al asesoramiento e información.⁸

En este sentido, es destacable que el Poder Ejecutivo Nacional haya regulado exhaustivamente los derechos anteriormente mencionados mediante un decreto reglamentario. Entre los puntos sobresalientes, se consignó “el derecho a elegir de manera informada y con libertad, el lugar y la forma en la que va a transitar su trabajo de parto [...] y la vía de nacimiento”; el “[...] derecho a ser tratada con respeto, amabilidad, dignidad y a no ser discriminada por su cultura, etnia, religión, nivel socioeconómico, preferencias y/o elecciones de cualquier otra índole [...]”, el deber del equipo interviniente de “[...] informar en forma comprensible y suficiente[...] sobre el avance del embarazo, el estado de salud del/a hijo/a por nacer y de las demás circunstancias relativas [...]”; el deber de dicho equipo de “[...] fomentar desde el momento mismo del nacimiento e independientemente de la vía del parto, el contacto del/la recién nacido/a con su madre y familiares directos y/o acompañantes que ésta disponga [...]”, etc.⁹

En esencia, esta nueva modalidad de violencia de contra las mujeres se explica en relación a debates que giran en torno los términos de “sobremedicalización y patologización” y “deshumanización del parto”.¹⁰ Los primeros términos nos remiten a reflexionar que el evento del parto es único y diferente de los demás sucesos que ocurren en un establecimiento de salud dado que el embarazo no es, en términos clínicos, una patología. Por ende, el suministro de fármacos debe ser en razón de lo suficiente e indispensable de acuerdo a las particularidades de la mujer que acude al establecimiento de salud. De allí que el parto es único en tanto que el equipo médico debe asumir un rol de referencia, de prevención y de cuidado pasivo como principio general.¹¹

Por su parte, los términos “deshumanización del parto” suponen “[...] la marginalización de la dimensión afectiva y emocional del parto, en la

8. República Argentina, Ley N° 25.929, art. 2.

9. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto Reglamentario N° 2035/2015, anexo I, art. 2.

10. MONTIEL, “Violencia obstétrica y tres tipos de...”, pp. 126-127.

11. GLEASON, “Violencia obstétrica: Los derechos de autonomía...”, p. 13.

que la parturienta acaba ocupando el lugar de un mero objeto de intervenciones obstétricas”.¹² Ergo, la mujer no es reductible a la condición de un simple receptáculo de seres humanos de temprano desarrollo sino que, sobre esta base, la demanda de un parto humanizado resalta su autonomía “[...] a partir de reconocerle a ella el protagonismo (y no al médico) en la conducción de su proceso fisiológico”.¹³ Esto incluye los derechos de las mujeres a recibir información médica veraz y adecuada y a sus derechos a hacer solicitudes y plantear inquietudes sabiendo que serán escuchadas sin burlas ni acoso o infantilización por parte del equipo médico.¹⁴

La autonomía en un parto humanizado es elemental. En este punto, nos referimos a los derechos de las mujeres a decidir las propias prácticas, posiciones y tratamiento que se llevarán a cabo. Tampoco es posible pasar por alto que cuando la mujer acude a un establecimiento de salud, se convierte en un paciente. Por ende, resultan aplicables las normas de la Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, entre ellas se consagra la autonomía de la voluntad a los efectos de:

“[...] a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad”.¹⁵

En última instancia, la autonomía en cuestión apunta a que la mujer disponga de la libertad de transitar el parto en un establecimiento de salud con el mayor apego posible a sus preferencias y comodidades. La libertad aludida abarca incluso el sentido ambulatorio del término, por eso estamos en condiciones de aseverar que se debe rechazar de manera categórica toda conducta tendiente a inmovilizar a la mujer durante el nacimiento de su hijo/a. En este orden de ideas, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes califica como malos tratos:

12. MONTIEL, “Violencia obstétrica y tres tipos de...”, p. 129.

13. MONTIEL, “Violencia obstétrica y tres tipos de...”, p. 130.

14. GLEASON, “Violencia obstétrica: Los derechos de autonomía...”, p. 18.

15. República Argentina, Ley N° 26.529, art. 2 inc. e.

“[...] el uso de grilletes y esposas en mujeres embarazadas durante el parto e inmediatamente después de él está absolutamente prohibido e ilustra la incapacidad del sistema penitenciario para adaptar los protocolos a las situaciones que afectan exclusivamente a las mujeres”.¹⁶

De manera concomitante, a nivel reglamentario, el Poder Ejecutivo Nacional reguló el alcance del trato deshumanizado describiéndolo como aquel:

“[...] cruel, deshonroso, descalificador, humillante o amenazante ejercido por el personal de salud en el contexto de la atención del embarazo, parto y postparto, ya sea a la mujer o al/la recién nacido/a, así como en la atención de complicaciones de abortos naturales o provocados, sean punibles o no”.¹⁷

Este decreto reglamentario también se expide acerca quienes están incluidos en el personal de salud que debe respetar la norma referida a la violencia obstétrica en la Ley de Protección Integral de las Mujeres. Se adopta una fórmula amplia que integra a:

“[...] todo aquel/la que trabaja en un servicio, se trate de los/as profesionales (médicos/as, enfermeros/as, trabajadores/as sociales, psicólogos/as, obstétricas/os, etc.) o de quienes se ocupan del servicio hospitalario, administrativo o de maestranza”.¹⁸

Con basamento en los lineamientos desarrollados hasta aquí, si bien la violencia obstétrica puede darse en variopintas circunstancias y modos, es posible sintetizar la cuestión a una lista de las siguientes 7 conductas:¹⁹ (1) Abusos de índole física. Contemplando las agresiones contra la integridad física como eventos de abuso sexual.²⁰ (2) Ausencia de consentimiento para el suministro de medicamentos, prácticas procedimentales, entre otras

16. AGNU, A/HRC/31/57, 05/01/2016, párr. 21.

17. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto Reglamentario N° 1011/2010, anexo I, art. 4. inc. e.

18. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto Reglamentario N° 1011/2010, anexo I, art. 4. inc. e.

19. Véase BROWSER & HILL, “Exploring Evidence for Disrespect and Abuse...”, pp. 9-15.

20. Véase BOHREN, VOGEL, HUNTER & otros, “The Mistreatment of Women during Childbirth...”, table 1.

circunstancias que vulneren la autonomía de la voluntad de la mujer. (3) Ausencia de confidencialidad producto de la exposición de la mujer, lo que condiciona severamente su intimidad durante las prácticas obstétricas. (4) Tratos vejatorios. Se contemplan toda clase de conductas hacia la paciente que conculquen su dignidad. El espectro de potenciales conductas es muy amplio pudiendo incluirse desde agresiones verbales y burlas hasta el empleo de técnicas de inmovilización; verbigracia, el referido caso del empleo de esposas y grilletes. (5) Discriminación basada en atributos específicos de la paciente; lo que incluye diferentes criterios económicos, étnicos, sociales y culturales (6) Abandono de la paciente y omisiones de deberes de cuidado. (7) Retención injustificada de la mujer o de su hijo/a en el establecimiento.

II.A. Coincidencias de experiencias y testimonios con el desarrollo teórico-conceptual de la violencia obstétrica

Lo desarrollado hasta aquí da cuenta un considerable sustento teórico para abordar la violencia obstétrica y determinar su alcance. Empero, resulta menester exponer algunas experiencias y testimonios de víctimas de esta especie de violencia contra la mujer.

En primer lugar, corresponde mencionar una sentencia que en el año 2017 adquirió una considerable notoriedad en medios de comunicación. Esta fue emitida por un juzgado de primera instancia de la provincia de Salta e instó a una clínica y al Ministerio de Salud provincial a la adopción de variopintas medidas contra la violencia obstétrica.²¹

Haciendo énfasis en los hechos del caso, concretamente, una mujer acudió a una clínica para un control obstétrico en el que se le realizó un tacto ginecológico sin su consentimiento que produjo un desprendimiento de membranas. Como consecuencia, se aceleró el proceso de alumbramiento. Dentro de la clínica, la víctima destacó la desorganización interna del establecimiento y el hecho de que los médicos se refirieran despectivamente hacia su persona. En ese contexto, la víctima dio a luz en una posición incómoda para pujar aunque previamente había expresado su disconformidad.²²

21. Véase Juzgado de Violencia Familiar y Género 1° de Salta, “A., F. S.; A., F. S.”.

22. Véase Juzgado de Violencia Familiar y Género 1° de Salta, “A., F. S.; A., F. S.”.

También es posible encontrar testimonios en la doctrina de diferentes autores y autoras. Cabe destacar que, a pesar de la jerga empleada en los testimonios de víctimas de violencia obstétrica que se exponen a continuación, se verifica un hilo conductor en el destrato recibido por las víctimas y su angustia y malestar.

Se destaca la labor de la asociación “El Parto es Nuestro”, la cual tiene sede en España. Entre los testimonios recogidos por esta organización se encuentran:

“Me sentí como un trozo de carne listo para cortar”; “Entraron unas diez personas, gritaban, me zarandeaban [...]. Yo lloraba y temblaba muchísimo, me pusieron en la mesa como si fuera un cerdo, estaba desnuda, no paraba de entrar gente”; “Alguien me echó la bronca por temblar, me pusieron los brazos en cruz, pedí que me soltaran un brazo, dijeron que no podía ser. Me durmieron el cuerpo”; “[...] no paraba de llorar para que me trajeran al niño[...]. [...] yo gritaba que me trajeran al niño. Me decían ‘estás loca’”.²³

En similar sentido, han sido registrados otros testimonios en Argentina por la Prof. Dra. Emily Gleason. Uno de ellos relata la experiencia de una mujer que había sido atada durante el parto y que, al momento del nacimiento, solo pudo ver a su hijo a distancia. Además, la mujer señaló las profundas dolencia ulteriores que sufrió y que, a tenor de su literalidad “me costó un montón recuperarme de la cesárea, como meses. [...] anímicamente estaba destruida [...] no hay como esa cosa de acompañamiento”.²⁴

Por su parte, el Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires recopiló una serie de casos denunciados. En honor a la brevedad, cabe traer a colación el siguiente caso, en el cual una mujer manifestó: “Hablaban entre ellos y se decían que con gente así no se podía trabajar, que se querían ir a sus casas. A mí no me hablaban [...]”. La mujer también sostuvo:

“A mi marido no lo dejaron pasar. [...] Mi mamá tampoco me pudo acompañar. El bebé nació a las 5:45 de la mañana, se lo llevaron apenas nació y me lo trajeron al mediodía. Nadie me decía nada. [...]”

23. FERNÁNDEZ GUILLÉN, “¿Qué es la violencia obstétrica? Algunos...”, pp. 115-116.

24. GLEASON, “Violencia obstétrica: Los derechos de autonomía...”, p. 32.

Lo que más me dolió fue que en la sala de parto la partera me dijo:
 “Vos no tengas más hijos porque si te pones así no podes tener más”.²⁵

II.B. Violencia obstétrica y contextos carcelarios. Estándares internacionales e incidencias acerca del derecho interno argentino

Las mujeres encarceladas están inmersas en una coyuntura en la que la violencia es un componente estructural de gestión del establecimiento carcelario. Esto se debe, en parte, a la regularidad de prácticas violentas y malos tratos que ocurren en las cárceles. Ergo, se evidencia un flagelo que pone de manifiesto que la violencia inherente a la ejecución de la pena privativa de la libertad encuentra un plus en la violencia obstétrica.²⁶

Lejos de que la situación descripta en líneas anteriores parezca una mera opinión doctrinal, la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN) se remite a diversos estudios e informes para dejar asentado que el ámbito carcelario se presenta especialmente hostil frente a las necesidades de las mujeres en general.²⁷

A modo de basamento empírico, considérese la siguiente experiencia recogida por el Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires:

“Me revisó una doctora y me dijo que estaba con peligro de aborto, que era muy grave. De ahí me llevaron a hacer una ecografía, pero no me dejaban hablar con el médico y el médico tampoco me hablaba. [...] Estaba acostada en la camilla mientras me hacían la ecografía y cuando yo quise preguntarle al médico, la señora policía me agarra la cara y me dice: “Vos no le tenes que hablar al médico, el médico está para hablar con nosotros”. Mientras yo estaba desnuda el masculino me miraba. “¡Basta!”, le dije yo, “es una falta de respeto”. Pero ellos me decían: “¡Callate! Vos no podes pedir nada porque sos una presa”.²⁸

25. MALACALZA, “(In)Definiciones institucionales para el abordaje de...”, p. 155.

26. MALACALZA, “(In)Definiciones institucionales para el abordaje de...”, p. 159.

27. PPN, “*Parí como una condenada*” experiencias de..., p. 39 citando en remisión a: CE-JIL, “Mujeres privadas de libertad. Informe regional: Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay”, 2007. Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa de la Nación y Procuración Penitenciaria de la Nación, “Mujeres en prisión: los alcances del castigo, 2011”, entre otros.

28. MALACALZA, “(In)Definiciones institucionales para el abordaje de la violencia obstétrica de...”, p. 159.

La desidia que subyace frente a testimonios y experiencias de este estilo son eventos que conculcan con estándares internacionales especialmente fijados por sistemas internacionales de Derechos Humanos para personas privadas de su libertad. Como primera aproximación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que:

“[...] en relación con las personas que han sido privadas de su libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre quienes se encuentran sujetos a su custodia”.²⁹

“[...] con base en el principio de no discriminación, el derecho a la vida de las personas privadas de libertad también implica la obligación del Estado de garantizar su salud física y mental, específicamente mediante la provisión de revisión médica regular y, cuando así se requiera, de un tratamiento médico adecuado, oportuno y, en su caso, especializado y acorde a las especiales necesidades de atención que requieran las personas detenidas en cuestión”.³⁰

Respecto a la violencia obstétrica en particular, las Reglas de Bangkok en el marco de Naciones Unidas representan uno de los instrumentos más relevantes disponiendo que: “no se utilizarán medios de coerción en el caso de las mujeres que estén por dar a luz ni durante el parto ni en el período inmediatamente posterior”.³¹ De manera complementaria, las Reglas de Mandela contemplan que:

“En los establecimientos penitenciarios para mujeres habrá instalaciones especiales para el cuidado y tratamiento de las reclusas durante su embarazo, así como durante el parto e inmediatamente después. En la medida de lo posible, se procurará que el parto tenga lugar en un hospital civil”.³²

En el derecho interno argentino, la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad establece, de manera general, que el derecho a la salud del interno así como también la oportunidad de asistencia médica integral sin poder ser interferida su accesibilidad a la consulta y a los tratamientos prescriptos.³³ Por su parte, para las mujeres:

29. Corte IDH, “Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala”, párr. 168.

30. Corte IDH, “Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala”, párr. 171.

31. AGNU, Reglas de las Naciones Unidas para..., regla 24.

32. AGNU, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los..., regla 28.

33. República Argentina, Ley N° 24.660, art. 143.

“[...] deben existir dependencias especiales para la atención de las internas embarazadas y de las que han dado a luz. Se adoptarán las medidas necesarias para que el parto se lleve a cabo en un servicio de maternidad”.³⁴

II.C. Posibles consecuencias sobre las víctimas violencia obstétrica

Antes de abordar la responsabilidad legal en el derecho penal, quien escribe estas líneas cavila que resulta inexorable determinar ante las lectoras y los lectores, cuáles son las posibles consecuencias de la violencia bajo análisis.

Si bien las repercusiones sobre la víctima pueden ser muy variadas, corresponde enumerar las principales consecuencias lesivas asociadas a la violencia obstétrica. Al respecto, es posible distinguir, a grandes rasgos consecuencias físicas y consecuencias psicológicas producto de la falta de cuidados (omisiones), desidia y/o el desprecio por la paciente que sufre violencia obstétrica.

En este sentido, la doctora en Ciencias Humanas Eva Margarita García sostiene en su tesis de doctorado las siguientes consecuencias físicas: (1) Afectaciones en la lactancia materna. La sobremedicalización puede producir una alteración en la flora bacteriana que derive en obstrucciones y mastitis. Por su parte, el suero intravenoso puede hidratar en exceso a la mujer aumentando las probabilidades de ingurgitaciones. (2) Incontinencia urinaria o fecal. Las posturas antinaturales durante el parto, los pujos dirigidos, la episiotomía o el deficiente uso de instrumentalización pueden producir incontinencia en las mujeres en distintos grados. (3) Hemorragia puerperal. La causa fuente de esta potencial consecuencia radica en la sobremedicalización para manipular las contracciones farmacológicamente. (4) Desgarros de primer grado (superficiales), de segundo grado (más profundos, requieren de puntos), de tercer grado (sobre el tejido vaginal, piel del perineo y músculos del perineo que se extienden hasta el esfínter anal) y de cuarto grado (atravesaba el esfínter anal y el tejido de debajo).³⁵

34. República Argentina, Ley N° 24.660, art. 192.

35. GARCÍA, “Violencia obstétrica como violencia de género”, pp. 431-434.

Sin perjuicio de la enumeración de estas potenciales consecuencias, también debe considerarse una categoría residual de daños otros físicos provenientes de los malos tratos y omisiones al deber de cuidado en el marco de la violencia obstétrica. En este aspecto, las circunstancias del caso contribuyen a configurar variopintos supuestos; verbigracia, daños físicos producto de tocamientos bruscos sobre el cuerpo de la paciente, omisiones en diligencias tendientes a mantener determinados estándares de seguridad e higiene que den lugar a infecciones, entre muchos otros supuestos.

Por otro lado, las consecuencias psicológicas radican en: (1) Depresión posparto. En general, se trata de una tristeza momentánea producto de la bajada de los niveles hormonales. Es una de las posibles contingencias que deben tenerse en cuenta en todos los partes. Empero, uno de los factores que incrementan el riesgo de padecer este cuadro es un parto traumático o circunstancias de violencia obstétrica.³⁶ (2) Estrés post-traumático. La aludida Dra. García, señala que la conexión de esta consecuencia con pacientes que han recibido "[...] cuidados inadecuados, no teniendo ningún control sobre su experiencia de parto". Incluso puede tratarse de pacientes que "habían sido ninguneadas, tratadas de forma autoritaria y sin respeto alguno".³⁷ (3) Secuelas emocionales que pueden incidir ulteriormente en diversos aspectos de la vida de la paciente. Lo cierto es que, aunque no todas las víctimas de violencia obstétrica desarrollan cuadros psicológicos como los anteriormente mencionados, sí persiste una huella emocional de mayor o menor grado en cada caso concreto.³⁸

A partir de estos lineamientos y para finalizar esta sección, es ostensible que el alcance de la violencia obstétrica no se limita a una mera cuestión simbólica. Los contextos y conductas que supone conculcan derechos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Algunos de ellos han sido receptados en instrumentos internacionales que en la Argentina gozan de jerarquía constitucional por imperio del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. A modo de ejemplo, considérese el derecho a la integridad física,³⁹ el derecho a la libertad personal,⁴⁰ el derecho a no re-

36. Véase Mensalus, "La depresión posparto", 21/01/2015.

37. GARCÍA, "Violencia obstétrica como violencia de género", p. 435.

38. GARCÍA, "Violencia obstétrica como violencia de género", p. 435.

39. CADH, 22/11/1969, art. 5.

40. CADH, 22/11/1969, art. 7 inc. 1 y 2.

cibir tratos crueles, inhumanos o degradantes⁴¹ y el derecho a la intimidad, honra y dignidad⁴² por mencionar algunos derechos.

En consonancia, entre algunas normas internacionales específicas para la protección de las mujeres se destaca la transgresión de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando indica que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”.⁴³ Asimismo, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer también se ve comprometida frente a la violencia obstétrica al disponer que “[...] los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto [...]”.⁴⁴

III. RESPONSABILIDAD PENAL: DESAFÍOS DESDE LA TEORÍA DEL DELITO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICOPENAL

El análisis pertinente de la responsabilidad penal nos compele a partir de la siguiente premisa axiomática: el ordenamiento jurídico argentino no establece un marco jurídico que habilite una respuesta jurídicopenal específica contra la violencia obstétrica. Vale recordar al reconocido Carlos Nino, quien sostenía que el principio según el cual no hay pena sin ley previa al acto punible “[...] es, como resulta obvio, un requisito fundamental para que se consienta la asunción de responsabilidad penal”.⁴⁵

En este panorama legislativo, el principio constitucional de legalidad (consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional Argentina) imperante en el derecho penal encuentra un escollo a la hora establecer la responsabilidad penal de una persona por violencia obstétrica. Con este basamento teórico, el desafío desde la teoría del delito yace en que, a pesar de la indefinición de la violencia obstétrica por la ley penal, nada obsta a analizar la procedencia de otras conductas contenidas en un tipo penal. De este modo, la violencia obstétrica importará a un elemento descriptivo de la circunstancia en la que tuvo lugar otro injusto penal.

41. Convención contra la Tortura, 10/12/1984, art. 16.

42. PIDCP, 16/12/1996, art. 17; CADH, 22/11/1969, art. 11.

43. AGNU, DUDDH, art. 25.

44. CEDAW, 18/12/1979, art. 12.

45. NINO, Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación, p. 297.

Ergo, en los casos de violencia obstétrica debe prestarse especial observancia al resultado de aquel contexto para determinar si la conducta que llevó a su causación se encuentra tipificada por el ordenamiento jurídico-penal. Como se estableció anteriormente, es muy amplio el espectro de posibles conductas y consecuencias vinculadas a la violencia obstétrica. En este sentido, muchas de ellas son pasibles ajustarse a descripciones de tipos penales consagrados en leyes que habilitan el poder punitivo del Estado. Entonces, adquiere relevancia la teoría de la imputación objetiva para atribuir a una persona la responsabilidad penal por un resultado producto de una conducta legalmente tipificada. En acotada síntesis, habrá que verificar dos requisitos: (1) que la conducta típica haya creado el peligro para que se produzca el resultado. (2) que dicho resultado provenga de la creación de ese peligro.⁴⁶

Por eso, a la luz de este desafío, a continuación, se abordarán de manera breve algunos de los delitos que pueden encuadrar en un contexto de violencia obstétrica de acuerdo a conductas y consecuencias asociadas a este tipo de violencia. Lógicamente, la mención de las siguientes conductas típicas no es taxativa pero, a consideración de quien escribe estas líneas, son las más adecuadas para relacionar con lo desarrollado hasta aquí.

En un nivel de máxima gravedad de acuerdo a los bienes jurídicos protegidos por la ley penal, considérese aquel caso de violencia obstétrica que, en su curso causal, culmina con la muerte de la mujer. En este punto, se erigen el delito de homicidio⁴⁷ en el Código Penal (CP) y, dependiendo del aspecto subjetivo del autor, la subsunción de la conducta en el tipo penal podrá proceder a título de dolo (intención de matar) o culpa (imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión o inobservancia de reglamentos o deberes). También puede considerarse el homicidio del hijo/a de la mujer víctima de violencia obstétrica y el delito de aborto en sus distintas variantes dolosas (con o sin consentimiento de la persona gestante)⁴⁸ y la variante preterintencional⁴⁹ en el que la muerte del feto deviene de un curso causal que va más allá de lo querido por el autor.

Aquí cabe hacer una aclaración: el nacimiento de la persona señala el momento de la separación entre las diferentes figuras de aborto y las

46. Véase FRISTER, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 199-219.

47. República Argentina, CP, art. 79 y ss.

48. República Argentina, CP, art. 85.

49. República Argentina, CP, art. 87.

correspondientes al homicidio. Al respecto, “el comienzo de la vida humana coincide con el comienzo del nacimiento, lo que ocurre con las contracciones expulsivas o con el comienzo de la primera incisión de la cesárea”.⁵⁰ Nótese que, hasta entonces, solo procederán las figuras que contemplan el delito de aborto.

Por otro lado, y en atención al amplio espectro de daños que pueden sufrir las víctimas de violencia obstétrica, téngase en cuenta el delito de lesiones, sean dolosas⁵¹ o culposas.⁵² La redacción del tipo penal básico en el delito de lesiones penaliza “[...] al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño [...]”.⁵³ La inclusión del daño en la salud en la redacción legal nos remite a considerar que la salud es un estado de completo bienestar físico y mental, y no solamente es la ausencia de afecciones o enfermedades.⁵⁴ Por eso parte de la doctrina concluye que, en el delito de lesiones, “[...] el resultado es un daño que sufre la víctima en su integridad física o psíquica”.⁵⁵

Como consecuencia, estamos frente a una redacción legal amplia para regular que contempla daños en el cuerpo (afectando la integridad y funcionamiento anatómico) y daños en la salud (afectando el equilibrio funcional del organismo, sea a nivel fisiológico o psíquico). Dichos daños son distinguidos en: (1) Lesiones leves.⁵⁶ Se determinan por exclusión, es decir, son aquellas que no son graves ni gravísimas. (2) Lesiones graves. Suponen aquellas que producen una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o hayan puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.⁵⁷ (3) Lesiones gravísimas. Suponen aquellas que producen una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro,

50. DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*, tomo I, p. 19.

51. República Argentina, CP, art. 89 y ss.

52. República Argentina, CP, art. 94

53. República Argentina, CP, art. 89.

54. Constitución de la OMS, 22/07/1946, preámbulo.

55. CREUS & BOUMPADRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I, p. 75.

56. República Argentina, CP, art. 89.

57. República Argentina, CP, art. 89.

de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.⁵⁸

La pregunta esperable luego de estas precisiones es: cuando la mujer que busca asistencia obstétrica ya se encuentra “en manos” del equipo médico, ¿cuál es la respuesta jurídicopenal en el supuesto del equipo médico que omite (dolosa o culposamente) realizar diligencias en el marco de un procedimiento ya iniciado y, producto de estas, se afecta la vida o la salud suya o las de su hijo o hija? Nótese que se hace alusión al supuesto de abandono como conducta en el marco de la violencia obstétrica.

Un sector de la doctrina opta por resolver la cuestión encuadrando la conducta en “delitos de comisión por omisión”. Desde este enfoque se entiende que la omisión es equivalente a la realización de la acción típica por parte de un sujeto activo que se encontraba en una posición de garante respecto de la víctima. Otro sector, detractores de la imputación por omisión, esgrimen que el principio constitucional de legalidad nos compele a descartar aquella tesis y a adoptar otra más adecuada: la figura del abandono de persona agravada por la producción de muerte o grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima.⁵⁹

No obstante, la adopción de esta tesis presenta un pro y un contra a nivel casuístico. Como punto a favor, la punición del abandono de persona también contempla una figura simple en la cual basta la mera circunstancia de poner en peligro la vida o la salud de una persona.⁶⁰ Como punto en contra, la procedencia de estas figuras procede únicamente a título de dolo por parte del sujeto activo. De modo que el “abandono” culposo sería atípico, por ende, no pasible de punición por el Estado.

El término “abandonar” consiste en privar al sujeto pasivo, aún en forma temporaria, de los cuidados que le son debidos colocándolo en situación de desamparo y poniendo en peligro su vida o su salud. En esencia, el tipo penal bajo análisis implica que el sujeto activo del delito ya tenga al sujeto pasivo bajo su cuidado o está de alguna manera obligado a ocuparse de aquel.⁶¹

En un segundo nivel, se deben mencionar los delitos contra la integridad sexual, los cuales suponen un avasallamiento a: (1) La capacidad de la

58. República Argentina, CP, art. 91.

59. República Argentina, CP, art. 106 párr. 2 y 3; Véase Terragni Jurista, “Médicos: La obligación de intervenir”, pto. II B.

60. República Argentina, CP, art. 106 párr. 1.

61. Terragni Jurista, “Médicos: La obligación de intervenir”, pto. II “B”.

persona de libre disposición de su cuerpo a efectos sexuales y la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos. (2) La posibilidad de la persona a negarse a ejecutar o tolerar la realización por otros de actos de naturaleza sexual que no desee soportar.⁶² Desde este enfoque, adquiere relevancia la acción típica de abusar sexualmente de una persona "[...] cuando mediar violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción".⁶³ En el último caso, el aprovechamiento del sujeto pasivo supone una víctima privada de la razón, víctima privada de sentido o víctima imposibilitada de resistir el acto.⁶⁴

Asimismo, la ley penal contempla las siguientes variantes de comisión del delito de abuso sexual: (1) La figura del abuso sexual simple,⁶⁵ lo cual incluye tocamientos u otros actos corporales de carácter sexual siempre que no procedan las siguientes figuras. (2) La figura del abuso sexual gravemente ultrajante.⁶⁶ (3) La figura del abuso sexual con acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.⁶⁷

Sobre esta distinción de tipos penales, también están previstas otras figuras agravadas de abuso sexual pasibles de asociar a la violencia obstétrica. Nótese los supuestos en los que resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima⁶⁸ y que el hecho fuere cometido por dos o más personas.⁶⁹

En un tercer nivel de gravedad, corresponde ubicar los delitos contra la libertad pasibles de cometerse en un contexto de violencia obstétrica. Considérese la privación ilegítima de la libertad tanto en su figura básica⁷⁰ como en sus figuras agravadas en razón de que el hecho se cometiere con violencias o amenazas⁷¹ o en razón de que resultare grave daño a la persona

62. DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*, tomo I, p. 524.

63. República Argentina, CP, art. 119 primer párr.

64. Véase DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*, tomo I, pp. 546-549.

65. República Argentina, CP, art. 119 primer párr.

66. República Argentina, CP, art. 119 segundo párr.

67. República Argentina, CP, art. 119 tercer párr.

68. República Argentina, CP, art. 119 cuarto párr. inc. a.

69. República Argentina, CP, art. 119 cuarto párr. inc. d.

70. República Argentina, CP, art. 141.

71. República Argentina, CP, art. 142 inc. 1.

o su salud (siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor).⁷²

Para realizar la imputación de estas conductas a una persona, “[...] es suficiente que se restrinja cualquier libertad de movimiento, aunque quede a disposición de la víctima cierto grado de libertad ambulatoria [...]”.⁷³ Así es que “la anulación de cualquier manifestación de libertad corporal queda, pues, comprendida en el tipo”.⁷⁴ Además, el desarrollo de estas conductas debe corresponderse con un ataque fehaciente a la libertad sea por ausencia de consentimiento de la víctima o por tratarse de una imposición injustificada desde el punto de vista legal.

Otra figura ubicada entre los delitos contra la libertad que deben mencionarse radica en el delito de coacción, el cual reprime a “[...] el que hiere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad”.⁷⁵ En este supuesto delictivo, la ilicitud estriba la prevalencia ilegítima de la voluntad ajena sobre la propia. Sin embargo, se exige la existencia de un elemento esencial: La amenaza como medio comisivo. Es decir, el sujeto activo debe haber amenazado al sujeto pasivo con la producción de un daño futuro que puede recaer sobre el mismo sujeto pasivo o un tercero. El punto central está en que la amenaza del daño debe presentarse ante el sujeto pasivo como un evento dependiente de la voluntad del sujeto activo del delito.⁷⁶

IV. CONCLUSIONES: UNA MIRADA RETROSPECTIVA

Claro está que cuando una persona ingresa a un establecimiento de salud (sea público o privado) se convierte en un paciente y entra en un mundo en donde la ciencia puede colocarse por encima de la experiencia del usuario del sistema de salud. En este escenario, debe asegurarse que la mujer que busca asistencia obstétrica no se convierta (a los ojos de quienes la asisten) en un mero cuerpo que necesita cuidados médicos que se le limitan a la provisión de medicamentos e intervenciones procedimentales

72. República Argentina, CP, art. 142 inc. 3.

73. CREUS & BOUMPADRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I, p. 305.

74. CREUS & BOUMPADRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I, p. 305.

75. República Argentina, CP, art. 149 bis.

76. CREUS & BOUMPADRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I, pp. 366-368.

de distinta índole. Nótese que, desde este enfoque, es sumamente evidente una subordinación del paciente al profesional de la salud en un sistema de salud paternalista.

A partir de esta subordinación, entran en juego una serie de diversos que criterios (económicos, sociales, culturales, etc.) que pueden influir sobre el trato en la paciente. Al respecto, la incipiente regulación sobre violencia obstétrica en el derecho interno argentino permite configurar una defensa legal encabezada en una serie de prerrogativas en favor de la mujer que requiere asistencia obstétrica.

Esto no es más que un avance en la adopción de la perspectiva de género para observar las personas y circunstancias que nos rodean. Esto permite avanzar como sociedad hacia el reconocimiento de nuevos derechos de las mujeres y la visibilización de circunstancias reprochables que pueden naturalizarse en determinados ámbitos. Sobre esta base, el ordenamiento jurídicopenal actual nos permite colegir que es posible brindar una respuesta frente a los eventos de violencia obstétrica.

No obstante, la ausencia de un tipo penal específico dificulta diseñar una política criminal al respecto. Lo que es más, nótese que el Derecho Penal es un sistema cerrado que no admite analogías y requiere de un máximo apego a la letra ley. Esta cualidad, si bien propicia la seguridad jurídica, también deja fuera del margen de punibilidad a numerosas conductas que pueden tener lugar en el marco de la violencia obstétrica a pesar de su marcada antijuridicidad. En este entendimiento, Argentina se debe un debate a nivel parlamentario para determinar la procedencia o no de la criminalización de la violencia obstétrica en el ordenamiento jurídico

V. BIBLIOGRAFÍA

Asamblea General de Naciones Unidas, A/HRC/31/57, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 05/01/2016.

—, A/RES/65/229, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, 16/03/2011.

—, A/RES/70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, 08/01/2016.

- , Resolución 217 A (III), Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10/12/1948.
- BOHREN, Megahn A., VOGEL, Joshua P., HUNTER, Eric. C. y otros/as, “The Mistreatment of Women during Childbirth in Health Facilities Globally: A Mixed-Methods Systematic Review”, en *Plos Medicine*, 30/06/2015, URL <https://journals.plos.org/plosmedicine/article?id=10.1371/journal.pmed.1001847> consultado 24/02/2023.
- BROWSER, Diana & HILL, Kathleen, “Exploring Evidence for Disrespect and Abuse in Facility-Based Childbirth”, en *proyect USAIDTRAction*, 2010 URL https://cdn2.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/32/2014/05/Exploring-Evidence-RMC_Bowser_rep_2010.pdf consultado 08/12/2021.
- CANEVARI BLEDEL, Cecilia, *Cuerpos enajenados. Experiencias de mujeres en una maternidad pública*, Barco edita, 2011, Santiago del Estero.
- Conferencia Sanitaria Internacional, Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Nueva York, Estados Unidos, 7/04/1948.
- Congreso de la Nación Argentina, “Código Penal”, “Código Penal de la Nación Argentina”, Ley N°11.179, 27/08/1984.
- , “Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”, Ley N° 26.529, 21/10/2009.
- , “Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad”, Ley N° 24.660, 19/06/1996.
- , “Ley de Parto Humanizado”, Ley N° 25.929, 25/08/2004.
- , “Ley de Protección Integral de las Mujeres”, Ley N° 26.485, 11/03/2009.
- Convención Americana de Derechos Humanos, 22/11/1969, San José, Costa Rica, e.v. 18/07/ 1978.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 10 de Diciembre de 1984, Nueva York, Estados Unidos, e.v. 26/06/1987.
- Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 18 de Diciembre de 1979, Nueva York, Estados Unidos, e.v. 3/9/ 1981.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Chinchilla Sandoval vs. Guatemala”, 29/02/2016.
- CREUS, Carlos & BOUMPADRE, Jorge E., *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I, 7ª ed., Astrea, 2013, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, tomo I, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, 2011, Santa Fe.

- FERNÁNDEZ GUILLÉN, Francisca, “¿Qué es la violencia obstétrica? Algunos aspectos sociales, éticos y jurídicos”, en *Dilemata*, Año 7, N°18, 2015, pp. 113-128, URL <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/375> consultado 08/12/2021.
- FRISTER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Hammurabi, 2011, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- GARCÍA, Margarita E., “Violencia obstétrica como violencia de género”, tesis doctoral en Ciencias Humanas, 2018, Universidad Autónoma de Madrid, URL https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/684184/garcia_garcia_eva_margarita.pdf consultado 08/12/2021.
- GHERARDI, Natalia, “Otras formas de violencia contra las mujeres que reconocer, nombrar y visibilizar”, en *CEPAL - Serie Asuntos de Género*, 2016, N°141, pp. 5-62, URL <https://oig.cepal.org/es/documentos/otras-formas-violencia-mujeres-que-reconocer-nombrar-visibilizar> consultado 08/12/2021.
- GLEASON, Emily, “Violencia obstétrica: los derechos de autonomía reproductiva, tratamiento justo y accesibilidad en el ámbito de la salud maternal en San Carlos, Salta”, en *Independent Study Project Collection*, 2018, URL https://digitalcollections.sit.edu/isp_collection/2771/?utm_source=digitalcollections.sit.edu%2Fisp_collection%2F2771&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages consultado 08/12/2021.
- Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 5/01/2016, Nueva York, Estados Unidos.
- Juzgado de Violencia Familiar y Género 1º, “A., F. S.; A., F. S. contra O.-O. DE S. D. E.; H. P. T. C.; B., F. P. V. DE G.”, 8/09/2017, Provincia de Salta.
- MALACALZA, Laurana, “(In)Definiciones institucionales para el abordaje de la violencia obstétrica en la provincia de Buenos Aires”, en *Mora (Buenos Aires)*, Vol. 23, N° 1, 2015, pp. 154-161, URL <http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/mora/article/view/5211> consultado 08/12/2021.
- MARCON PRIETO, María E., “Violencia obstétrica durante el trabajo de parto, parto y puerperio. Propuesta de intervención para disminuir su prevalencia en el hospital zonal de Trelew, provincia de Chubut, República Argentina”, tesis para la Maestría en Salud Pública, 2017, Escuela de Salud Pública de México, URL <https://catalogoinsp.mx/files/tes/55604.pdf> consultado 08/12/2021.

- Mensalus, “La depresión posparto”, MATA, María T., 21/01/2015, URL <https://mensalus.es/blog/ansiedad-estres/2015/01/la-depresion-posparto/> consultado 08/12/2021.
- MONTIEL, Juan, P., “Violencia obstétrica y tres tipos de dilemas de cara al régimen sancionatorio de carácter penal”, en *Revista de la Facultad*, Vol. X, N° 1, 2009, nueva serie II, pp. 123-153, URL https://www.academia.edu/40091971/Violencia_obst%C3%A9trica_y_tres_dilemas_de_cara_al_r%C3%A9gimen_sancionatorio_de_car%C3%A1cter_penal consultado 08/12/2021.
- NINO, Carlos S., Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación, 2ª ed., Astrea, 1989, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16/12/1996, Nueva York, Estados Unidos, e.v. 23/03/1976.
- Poder Ejecutivo Nacional, “Reglamentación de la Ley N° 25.929”, Decreto Reglamentario N° 2035/2015, 24/09/2015.
- Poder Ejecutivo Nacional, “Reglamentación de la Ley N° 26.485”, Decreto Reglamentario N° 1011/2010, 19/07/2010.
- PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, “*Pari como una condenada: Experiencias de violencia obstétrica de mujeres privadas de la libertad*”, PPN, 2019, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, URL <https://ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/ediciones-especiales/pari-como-una-condenada.pdf> consultado 08/12/2021.
- Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, 16/03/2011, Nueva York, Estados Unidos.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, 8/01/2016, Nueva York, Estados Unidos.
- Terragni Jurista, “Médicos: La obligación de intervenir”, SINGLA, Juan L., S/F, URL <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/medicos.htm> consultado 08/12/2021.

LA LEGÍTIMA DEFENSA EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA: ¿EXISTE EL DERECHO A DEFENDERSE DEL FEMICIDIO?*

AGUSTINA LARA MARTÍNEZ**

La aplicación pretendidamente neutral del derecho, exenta de consideraciones sobre la violencia habitual, genera profundas injusticias en el tratamiento que se les otorga a las mujeres.¹

Cecilia M. Hopp

Resumen: El siguiente ensayo tiene como punto axial el estudio del instituto de la legítima defensa, en particular su carácter de actualidad en contextos generalizados de violencia por motivos de género en el ámbito intrafamiliar, tomando en consideración diversas propuestas legislativas de reforma del artículo 34, inciso 6°, del Código Penal, y una perspectiva acorde al *corpus iuris* de derechos humanos y sensible al género. Tendrá el propósito de analizar la legítima defensa a la luz de un caso en el cual una mujer víctima de violencia de género invoca dicha causa de justificación.

Se evidenciará la invisibilización de las mujeres en el entendimiento de esta cuestión, perpetrando una posición estructuralmente desigual entre varones y mujeres en relación con la legislación penal, y la persistencia de la discriminación de género en la jurisprudencia actual. Asimismo, se analizarán algunos proyectos de reforma del Código Penal que introducen expresamente entre las

* Recepción del original: 10/12/2021. Aceptación: 04/04/2022. Este trabajo obtuvo el tercer puesto en la Convocatoria de la Revista Lecciones y Ensayos y del Programa de Género y Derecho para el Dossier “Violencias y/o discriminación de géneros y/u orientación sexual”

** Estudiante avanzada de Derecho en la Universidad de Buenos Aires (UBA) con orientación en Derecho Penal. Auxiliar docente en la materia “Teoría General del Delito y Sistema de la Pena”, a cargo del Dr. Marcelo D. Lerman. Mail de contacto: martinezagustina306@est.derecho.uba.ar.

1. HOPP, “Buena madre, buena esposa, buena mujer...”, p. 17.

causas de justificación aquellos casos en los que la defensa de una mujer golpeada no coincide temporalmente con una agresión física, pero independientemente de esta cuestión, no se podrá descartar la existencia de violencia por motivos de género.

Palabras clave: legítima defensa — perspectiva de género — violencia de género — violencia intrafamiliar — causas de justificación

Abstract: The following essay focuses on the study of the institute of self-defense, in particular, its topicality, in those generalized contexts of gender-based violence in the domestic sphere, taking into consideration various legislative proposals for the reform of Article 34, paragraph 6 of the Criminal Code, and a perspective in accordance with the *corpus iuris* of human rights and gender-sensitive. The purpose is to analyze self-defense in the light of a case in which a woman victim of gender violence invokes such cause of justification.

The invisibilization of women in the understanding of this issue will be evidenced, perpetrating a structurally unequal position between men and women in relation to criminal legislation, and the persistence of gender discrimination in current case-law decisions. Likewise, some Penal Code reform projects will be analyzed which expressly introduce among the causes of justification those cases in which the defense of a battered woman does not temporarily coincide with a physical aggression, but, regardless of this issue, the existence of gender-based violence cannot be ruled out.

Key words: self defense — gender perspective — gender violence — domestic violence — causes of justification.

I. INTRODUCCIÓN

La valoración social de los comportamientos en los casos de violencia de género evidenció un cambio sustancial a lo largo de las décadas y, en particular, comenzó a variar la concepción en cuanto a la víctima que se convierte en victimaria.

La pregunta que guiará el presente ensayo es, ¿cuándo es legítima la defensa de la mujer contra una agresión en un contexto de violencia doméstica? En principio, estos casos desafían inexorablemente las concepciones tradicionales y clásicas del derecho penal, que soslayan el contexto dinámico de la praxis jurídica.

A partir de ese interrogante, se estudiarán las respuestas deficitarias que proporciona el Estado frente a las situaciones en que las víctimas de violencia intrafamiliar se defienden y, en consecuencia, hieren o matan a su agresor. De este modo, se brindará un análisis integral, que incluye discusiones doctrinarias, jurisprudencia actualizada en la materia, y los proyectos de reforma al artículo 34, inciso 6º, del Código Penal argentino, en torno a la aceptación o rechazo de la premisa que parte de que una mujer víctima de violencia de género ha actuado (o no) amparada por la legítima defensa.

En pos de dicho propósito, el presente ensayo está estructurado de la siguiente forma: para comenzar, una breve introducción y planteamiento del objeto de estudio; en el segundo apartado, un análisis dogmático de la legítima defensa; a continuación, el estudio de la legítima defensa en concreto en casos de violencia contra las mujeres. Seguidamente, se efectuará un breve comentario de dos decisorios judiciales, en los autos “Leiva” y “Pérez”, ambos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Luego, en el quinto apartado, se expondrán algunos proyectos de reforma al Código Penal argentino, modificatorios del artículo 34, inciso 6º, en lo que respecta a la explicitación de la defensa de una mujer víctima de violencia de género como conducta justificada. Finalmente, en las conclusiones preliminares, se presentará el aporte al campo del conocimiento científico que realiza el presente artículo.

II. ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

El fundamento de la legítima defensa se basa en que el derecho no tiene porqué soportar lo injusto,² partiendo del reconocimiento de que la defensa solo podrá ser legítima cuando no sea posible apelar a los órganos o medios establecidos jurídicamente.³ Está guiada por dos principios: el

2. STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General I*, pp. 227-228, con cita de BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 102.

3. Según Hans Welzel, la legítima defensa es “[...] aquella defensa necesaria para contrarrestar una agresión antijurídica actual llevada contra quien se defiende o contra un tercero. Su idea fundamental es: que el derecho no debe ceder ante lo injusto”. WELZEL, *Derecho Penal. Parte General*, p. 91.

interés del individuo en una efectiva protección de bienes jurídicos, y la idea de la preservación del derecho.⁴

De este modo, en toda justificación por legítima defensa deberán concurrir, de forma conjunta, ambos principios, en virtud de los cuales el plexo de necesidades del prevalecimiento del derecho influyen de distintas formas en la configuración de las facultades protectoras.⁵

Según el artículo 34, inciso 6º, del Código Penal argentino —vigente desde 1921—, la legítima defensa exige la concurrencia de los siguientes requisitos: una agresión ilegítima, que debe ser actual —amenaza de lesión a un interés jurídicamente protegido, aún cuando implique afectación física, como por ejemplo, a la intimidad—; la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler dicha agresión —el menos lesivo y efectivo— y la falta de provocación suficiente —no cualquier conducta excluye la legítima defensa, debe ser una conducta jurídicamente desaprobada, la reacción del provocado debe ser previsible, esperable, por eso si la provocación es intencional (dolosa o culposa) no habrá legítima defensa—.

Por ello, la acción defensiva es legítima sólo cuando se dirige contra el agresor; si no hay agresión actual no puede haber defensa y quien no realizó ninguna conducta antijurídica no puede ser lesionado.⁶

La legítima defensa exige, a los fines de su configuración, que la agresión sea inminente y/o actual. Por agresión debe entenderse una amenaza de lesión a intereses jurídicamente protegidos por medio de un comportamiento humano (que no esté amparada por un derecho de intromisión). En tal sentido, Carlos Nino señala que se ejerce defensa privada cuando se obstaculiza la ejecución de una conducta que está permitida por una norma jurídica o se perturba el goce de un bien que el derecho autoriza a disfrutar y agrega que “existe agresión aunque todavía no se haya producido el

4. WESSELS, BEULKE & SATZGER, *Derecho Penal. Parte general: el delito y su estructura*, p. 208.

5. ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, Tomo I. Fundamentos. Estructura de la teoría del delito, p. 609.

6. A los fines del presente artículo, se entenderá por agresión toda lesión de bienes o intereses jurídicamente protegidos amenazada mediante un comportamiento humano. Tiene que poseer la calidad de acción, es decir, tiene que ser dominable por la voluntad. Únicamente un comportamiento humano puede tener la calidad de agresión, y no están comprendidos como tal los ataques que provienen exclusivamente de animales. Para un mayor abundamiento, WESSELS & BEULKE & SATZGER, *Derecho Penal. Parte general: el delito y su estructura*, pp. 208 y ss.

efecto propuesto, puesto que la legitimidad de la defensa tiene lugar para evitar un mal injusto [...]”.⁷

Ahora bien, para considerar que existió una agresión ilegítima actual deben valorarse tres condiciones: conducta humana, agresiva y antijurídica. Conforme a la primera de ellas, no se admite legítima defensa contra lo que no es una acción humana que como señalamos inicialmente, puede ser una amenaza de lesión a un interés jurídicamente protegido no físico y, además, se admite que la conducta ilegítima sea de acción u omisión. Respecto a la segunda, debe existir la necesidad de dirigir la voluntad hacia la producción de una lesión. No requiere ser típica, por lo que no debe confundirse con el dolo, aunque debe requerirse una voluntad lesiva. De este modo, debería excluirse el actuar imprudente o cuando quien agrede lo hace por error, dado que la conducta no busca causar una lesión. Finalmente, la conducta debe ser, además, ilegítima, es decir, que debe afectar bienes jurídicos sin derecho.

En definitiva, entiende la doctrina que la legítima defensa no es admisible si el ataque antijurídico no es actual. Por ello:

“La defensa frente ataques futuros —si se prescinde de la legítima defensa preventiva— no está justificada, como tampoco la defensa frente a ataques ya repelidos, pero que quizá se repitan después (¡no inmediatamente!). El límite es tan difuso como el del comienzo de la tentativa”.⁸

El Código Penal, en su artículo 34, inciso 6 (b), en concreto, hace referencia a la “necesidad racional del medio empleado”. El carácter de necesidad podrá ser definido como toda defensa idónea, que sea “la más benigna de varias clases de defensa y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño”.⁹

La acción de defensa solo está justificada respecto de la injerencia en los bienes jurídicos del agresor, nunca de un tercero. Asimismo, el medio utilizado debe ser apto para repeler la agresión, por lo cual el agredido está legitimado a emplear como medios defensivos aquellos que sean realmente eficaces y que permitan esperar con seguridad la eliminación del peligro.

7. NINO, *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, p. 83.

8. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 469.

9. DONNA, “Límites a la legítima defensa en cuanto a los bienes a defender”, pp. 628-629.

Debe utilizar el medio más leve de entre los medios idóneos disponibles. Sobre la base de ello, no está obligado a recurrir a medios defensivos menos peligrosos, si es dudosa su eficacia para defenderse.¹⁰

III. LA LEGÍTIMA DEFENSA EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

En principio, las normas penales se encuentran expresadas en términos neutrales respecto del género, a fin de que no produzcan situaciones discriminatorias. No obstante, los operadores judiciales las aplican desde una óptica masculina.¹¹ Desde esta perspectiva, Piqué y Allende dicen que la administración de justicia penal opera con una *selectividad negativa*.¹² Ejemplos de este entendimiento machista y heteropatriarcal del derecho son: el “derecho de corrección” del marido; la “emoción violenta” en aquellos casos en que un varón descubre que su pareja le es infiel *in fraganti*; y el binomio/dicotomía entre lo público y lo privado.¹³

Como punto de partida, con el objeto de brindar un adecuado tratamiento al planteo bajo análisis, corresponde puntualizar que la violencia de género en el ámbito intrafamiliar constituye un problema estructural dentro de un tipo de discriminación que a través del tiempo colocó a las mujeres en un plano de desigualdad respecto de los varones. Asimismo, se concibe como una forma de control y subordinación de/hacia las mujeres que incluye tanto la violencia física, sexual, psicológica o económica.¹⁴

10. FRISTER, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 329-330.

11. DI CORLETO, LAURÍA MASARO & PIZZI, *Legítima defensa y géneros: Una cartografía...*, p. 14.

12. PIQUÉ & ALLENDE, “Hacia una alianza entre el garantismo...”, p. 5.

13. DI CORLETO, LAURÍA MASARO & PIZZI, *Legítima defensa y géneros: Una cartografía...*, p. 14.

14. En esta línea argumentativa, y a fin de ampliar el tratamiento de la violencia de género, tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que: “la violencia basada en el género, es decir la violencia dirigida contra una mujer por ser mujer o la violencia que afecta a la mujer de manera desproporcionada, es una forma de discriminación en contra de la mujer”. (Corte IDH), “Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México”, párr. 211. En igual sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su Recomendación General N° 35 sobre “Violencia por razón de género contra la mujer”, sostuvo que: “la expresión ‘violencia por razón de género contra la

En nuestro país, la sanción de Ley 26.485 el 1º de abril de 2009,¹⁵ define expresamente el concepto de violencia de género en su artículo 4:

“Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”.

En este sentido, la minimización de la violencia de género, la discriminación que sufren las mujeres víctimas que asesinan a sus parejas en el marco de una preponderante violencia sistemática y contexto de dominación y subordinación total en el ámbito doméstico, se traduce en una imperiosa necesidad de repensar los estándares utilizados por los magistrados al analizar y resolver este tipo de conflictos que llegan a su conocimiento.¹⁶

En esta inteligencia, es posible hablar de un “ciclo de la violencia” ya que, más allá de las situaciones de golpizas y maltrato físico perpetradas contra la víctima, se incluye como base una relación de pareja en la que la tortura emocional, lenta pero incesable, produce heridas invisibles.¹⁷

Ahora bien, el problema fundamental que se presenta en estas *fattispecie*s, que la jurisprudencia ha denominado como “síndrome de la impotencia

mujer’ se utiliza como un término más preciso que pone de manifiesto las causas y los efectos relacionados con el género de la violencia. La expresión refuerza aún más la noción de la violencia como problema social más que individual, que exige respuestas integrales [...] La violencia por razón de género contra la mujer es uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados”. CEDAW, Recomendación General N° 35, párrs. 9-10, con cita de BELOFF, “La protección de los derechos de las niñas en la justicia juvenil”, pp. 55-81.

15. República Argentina, “Ley de Protección Integral a las Mujeres”.

16. DI CORLETO, “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, p. 863.

17. WALKER, Descripción de ciclo de violencia conyugal. The Battered Woman, p. 1.

aprendida”¹⁸, consiste en determinar si existe —o no— una agresión ilegítima actual y, por consecuencia, se habilite la actuación de la víctima para repeler dicho ataque, de forma justificada, en virtud de la legítima defensa propia —o de terceros, en su defecto— en contextos de violencia de género.

Es evidente que, en situaciones de violencia repetidas y continuadas, la víctima tiene la certeza suficiente de que, aunque el ataque físico, sexual, psicológico o económico haya finalizado y no esté ocurriendo en el preciso momento, por cualquier situación, volverá a repetirse. En este orden de ideas, toda vez que la intervención estatal no fue efectiva para poner fin a la situación es cuando el derecho debe autorizar a quien se defiende a actuar por vías de hecho, aunque en ese momento no se esté llevando a cabo la agresión.

Sin embargo, existe una profusa doctrina en lo que respecta a los requisitos que constituyen la legítima defensa, que se desarrollará a continuación. Por tal motivo, en primer lugar se expondrán los argumentos a favor de la subsunción del caso bajo el estado de necesidad exculpante; en segundo lugar, una exposición en consonancia con la admisión de la legítima defensa y, en tercer lugar, las conclusiones preliminares en virtud de lo expuesto.

III.A. A favor del estado de necesidad exculpante

Un sector doctrinario sostiene que ante una situación de peligros duraderos no concurren los presupuestos objetivos de la legítima defensa sino aquellos característicos del estado de necesidad exculpante.

En este sentido, según Jescheck y Jakobs, corresponde negar la posibilidad de la legítima defensa sosteniendo que la agresión, aunque antijurídica, no merece una respuesta ya que la víctima debió haber eludido el ataque, o bien haber requerido el auxilio de un tercero. De este modo, quedarían excluidos

18. Este síndrome se manifiesta a través de: “a) disturbios cognitivos consistentes en recuerdos invasivos que se repiten y *flashbacks*, que hacen que la mujer reexperimente episodios agresivos anteriores y que se incrementa y afecta su percepción del peligro, b) altos niveles de ansiedad que alteran su sistema nervioso, generan un estado de hipervigilancia y en algunos casos provocan desórdenes alimenticios y de sueño, c) síntomas evitativos o de evitación consistentes en depresión, negación, minimización y represión que llevan a la mujer al aislamiento y a la pérdida de interés en las actividades que solía disfrutar”. DI CORLETO, “Mujeres que matan. Legítima defensa en...”, p. 867; y CSJN, “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple”.

del derecho de defensa necesaria aquellos casos de relaciones personales estrechas como las matrimoniales, de pareja o paterno-filiales, por existir allí una “obligación de sacrificio más elevada” (deber de garante), debiendo la persona amenazada eludir la agresión o recurrir al medio menos lesivo.¹⁹

Doctrina más reciente, como la de Eric Hilgendorf, expresa que:

“Está crecientemente discutido el grupo de casos en los que se presenta una estrecha relación personal entre el agresor y el agredido. Según la opinión anteriormente dominante, en tal caso se restringiría el derecho a la legítima defensa, puesto que podría exigirse del agredido, en razón de su posición de garante de protección una cierta medida de solidaridad y respeto mutuo. No obstante, esta limitación de las posibilidades de defensa se encuentra cada vez más cuestionada, con razón, dado que esto significaba un cheque en blanco para maltratos, por ej., dentro del matrimonio”.²⁰

Sobre ese punto, se descarta que en el momento del hecho exista una agresión antijurídica, actual o inminente de parte del agresor que haga necesaria la acción defensiva. En particular, esta afirmación se recepta —según la opinión probablemente dominante— en la jurisprudencia argentina. En los autos “Pérez, Yésica Vanesa s/ homicidio simple” del 2020, la CSJN ha dicho que:

“En atención a la intensidad de la autorización, no limitada por la proporcionalidad, la noción de ‘actualidad de la agresión’ es más restrictiva que la ‘actualidad del peligro’ del estado de necesidad, y solo abarca por ello a la agresión que se dará en forma inminente, que ha comenzado o que aún continúa, a la vez que excluye los casos de ‘defensa preventiva’ y de ‘peligro permanente’, sin perjuicio de su eventual consideración como un estado de necesidad”.²¹

En esta senda, la doctrina y la jurisprudencia admiten, en determinados casos de violencia intrafamiliar, la exculpación del homicidio del llamado “tirano de la familia”. Para que sea considerado que la mujer debe

19. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 488-489; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, pp. 310-311; BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 230.

20. HILGENDORF & VALERIUS, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 97-98.

21. CSJN. “Pérez, Yésica Vanesa s/ homicidio simple”, considerando IV.

ser exonerada de culpa, se requiere, por un lado, el acaecimiento de un peligro permanente que únicamente podría ser sorteado eficazmente respondiendo el ataque inmediatamente, y, por el otro lado, la inexistencia de alternativas para evitar/culminar con la situación generalizada de violencia y subordinación de otro modo menos lesivo.

Sin embargo, podrá efectuarse una evidente objeción a esta tesis, que incluso la ha de tornar peligrosa: de considerar que la mujer queda exonerada de culpa en virtud de la existencia de un estado de necesidad exculpante, estaríamos afirmando que su conducta es típica y antijurídica, por ende, el varón podría responder a ese ataque de forma legítima. En otras palabras, conduciría a una habilitación tácita a favor del presunto agresor en aras de violentar —nuevamente— a la mujer de manera completamente justificada (en legítima defensa).

III.B. A favor de la legítima defensa

En otro orden de ideas, podrá esgrimirse que, a favor de la legítima defensa en contextos de violencias continuadas y permanentes, no se reacciona frente a un peligro de cualquier naturaleza, sino ante un ataque o agresión contraria a derecho. Por tal motivo, no corresponde efectuar una ponderación sobre los bienes jurídicos que están en colisión. En este sentido, Jakobs asevera que:

“El agredido no tiene por qué esperar a recibir el primer golpe ni renunciar a arrebatar el botín al agresor; lo único que hace falta es que sus acciones supongan reacciones inmediatas a la acción de lesión del bien [...]”.²²

De este modo, teniendo en consideración la existencia del carácter de actualidad de la agresión —o no— en estos casos, la doctrina se encuentra dividida: por un lado, aquellos que sostienen la idea de la consumación formal del hecho, mientras que otro sector doctrinario postula que lo relevante es que la agresión no esté materialmente agotada o terminada. En este último punto, Donna argumenta que la agresión es actual cuando ocurre en forma inminente, comenzó o aún continúa, y que, aunque esté formalmente consumada, no esté materialmente agotada o terminada.²³

22. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 468-469.

23. DONNA, *Límites a la legítima defensa en cuanto a los bienes a defender*, pp. 355-367.

En esta línea argumentativa, en el caso de entender que la agresión no está materialmente agotada como *conditio sine qua non* de la legítima defensa, la doctrina efectúa una tajante diferenciación entre, por un lado, la limitación temporal de la defensa, y por el otro, la tentativa o consumación del delito. Ello así, toda vez que la finalidad de dicha causa de justificación es la protección de derechos y bienes jurídicos, y no de hechos punibles. Por tanto, la situación de defensa subsiste cuando, a pesar de haber afectado bienes jurídicos, una agresión contraria pueda neutralizar en todo o en parte una conducta agresiva.²⁴

En consecuencia:

“Cuando una mujer alega legítima defensa ejercida contra su pareja la incorporación de hechos pasados contribuye a evaluar el peligro que representaba la agresión, especialmente la representación que de él debía tener quien se defendía, la necesidad, la razonabilidad de los medios empleados y la actualidad o inminencia de la agresión ilegítima. La defensa contra quien agrede consuetudinariamente presenta varias peculiaridades que solamente pueden ser apreciadas apropiadamente en el contexto de violencia que excede la concreta agresión que finalmente desencadenó la defensa”.²⁵

Pues en estas *fattispecies* estamos ante supuestos en los que la agresión se encuentra latente —o reposando—, lo cual significa que la mujer agredida tiene la convicción interna de que, independientemente de que el ataque físico, sexual, psíquico, económico u de otra índole por motivos de género haya finalizado, podrá repetirse en el futuro cercano. Entonces, los requisitos para la configuración de la legítima defensa deben entenderse con un enfoque acorde a la perspectiva de género, sin soslayar las modalidades de este tipo de agresiones, que se producen *ex ante* y en escalada al desenlace fatal.

III.C. La legítima defensa a la luz de un enfoque sensible al género

En este sentido, habiendo descrito las dos posturas principales en lo que respecta a aquellas situaciones que, en un contexto generalizado de violen-

24. ZAFFARONI, ALAGIA & SLOKAR, *Manual de Derecho Penal*, p. 623.

25. HOPP, “Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias”, p. 50.

cia contra la mujer, ésta se defiende y agrede a su atacante —en el ámbito intrafamiliar—, por más que no estuviese siendo violentada en el momento específico, abordaré la propuesta del entendimiento de la legítima defensa, y en especial su carácter de actualidad de la defensa, a la luz de la perspectiva de género y estándares internacionales de derechos humanos.

Bajo esta óptica y partiendo, en primer lugar, de la especial situación de continuidad de la violencia contra la mujer *in casu*, como así también del condicionamiento social por motivos de género al cual se somete a la víctima golpeada, debe entenderse a la violencia intrafamiliar o doméstica como una agresión continua (y, de este modo, se extiende la legítima defensa más allá de los momentos puntuales en donde la mujer está siendo atacada). Ello así, ya que constantemente coexisten agresiones a ciertos bienes jurídicos, entre los que se encuentran: la integridad física y psíquica, la vida, la salud, la libertad personal, la seguridad, entre otros (*Cfr.* Arts. 28, 33, 42 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, entre otros).

Por otro lado, complementariamente deberá estudiarse el abanico de alternativas con el que contaba la víctima para poder defenderse de otras formas, menos lesivas, como por ejemplo, la denuncia ante las autoridades competentes y la no permanencia de la mujer en el domicilio en el cual convive con el agresor. En este sentido, si consideramos que la víctima tenía otras posibilidades de defensa menos lesivas a su alcance, el ataque al agresor resultará innecesario y excesivo. Ante dicho escenario hipotético, no cabrá entender su conducta como justificada por legítima defensa (*Cfr.* Art. 34, inc. 6º, del Código Penal). Por el contrario, quedará regulado bajo el denominado exceso en la legítima defensa (*Cfr.* Art. 35 del Código Penal), de modo que corresponderá la atenuación de la pena prevista dependiendo el tipo penal correspondiente, con la escala fijada para los delitos culposos o imprudentes.

En virtud de este bagaje argumentativo, la conducta defensiva incluye la protección de bienes jurídicos determinados que están expuestos a agresiones continuadas. Es en este sentido que una reconocida doctrina expresa:

“Nadie tiene porque correr el riesgo de sufrir lesiones graves que afecten a su integridad física, por lo tanto una esposa²⁶ podrá en

26. No debería circunscribirse únicamente a una relación de cónyuges, sino que debería extenderse dicha doctrina a toda relación manifiesta de pareja, haya mediado o no el matrimonio. De todos modos, este carácter corresponde a la noción de “posición de garante”, cuyos límites afectarían para la delimitación de este.

caso necesario defenderse incluso con un cuchillo o un revólver contra su marido si éste se dispone a golpearla en la cabeza con un objeto pesado, a atacarla con armas, a romperle los huesos, etc. [...] *y que* una mujer que es apaleada casi a diario por su marido por motivos insignificantes, ya no le debe la solidaridad de la que él mismo hace tiempo que se ha desligado; por eso puede hacerle frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defender” (las cursivas me pertenecen).²⁷

Lo antedicho es, en definitiva, lo que nos permite afirmar que ante la prevalencia de esquemas organizativos de tipo sexistas, se desconoce y/o se priva a las mujeres del ejercicio digno e igualitario de sus derechos.

Por consiguiente, las interrelaciones originadas durante los procesos históricos delimitan y condicionan el momento de creación jurídica estatal, *ergo*:

“Con frecuencia una praxis consolidada modifica las normas rectoras de la práctica hacia una regulación más laxa o más estricta [por lo que] el Derecho no puede desvincularse de la evolución de la sociedad en la que ha de tener vigencia”.²⁸

Respecto a los estándares esgrimidos por la Corte IDH, la impunidad en casos de violencia contra las mujeres se traduce en el facilitamiento y promoción de la repetición de estos hechos de violencia; y, como contracara de una misma moneda, se envía un mensaje a la sociedad toda según la cual estos actos violentos pueden ser tolerados, aceptados e incluso avalados.²⁹

Asimismo, en los casos “Vicky Hernández” y “Campo Algodonero”, el tribunal interamericano dijo que las autoridades deben tomar todas las medidas que sean razonables para develar si existen posibles motivos discriminatorios, “recolectar y asegurar las pruebas, explorar todos los medios prácticos para descubrir la verdad y emitir decisiones completamente razonadas, imparciales y objetivas, sin omitir la posible violencia motivada

27. ROXIN, *Derecho Penal. Parte general, Tomo I...*, p. 652.

28. JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, p. 29.

29. Corte IDH, “Caso Espinoza González vs. Perú”, párr. 280; y Corte IDH, “Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala”, párr. 208.

por discriminación”,³⁰ e incorporar la perspectiva de género en toda la conducción del proceso penal.³¹ Por tal motivo, es inadmisibles que en los tribunales se admita que, como la mujer ya estaba soportando el maltrato, podría haberlo soportado nuevamente, sin necesidad de recurrir a una defensa (legítima y justificada por el ordenamiento penal).³²

En esta senda, se reconoció que las víctimas de violencia de género están en una condición de vulnerabilidad.³³ Ésta, según las Reglas sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Reglas de Brasilia), puede ser entendida como una limitación significativa al “evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización [...]”.³⁴

Asimismo, la CSJN en el fallo “Góngora”, sobre la prohibición de suspensión del juicio a prueba en casos de violencia contra las mujeres, sostuvo que la Cámara de Casación, toda vez que aleja de las reglas, principios y directrices emanadas de los tratados internacionales que el Estado argentino suscribió:

“[...] en el que ha sido incluido el compromiso del Estado de sancionar esta clase de hechos, contrariando así las pautas de interpretación del artículo 31, inciso primero, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (‘Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse los términos del tratado en el contexto de estos

30. Corte IDH, “Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras”, párr. 107.

31. Corte IDH, “Campo Algodonero”, párr. 455.

32. Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala I, “D.A.I s/ homicidio”, 18/02/2009. El Tribunal resolvió: “[...] analizando la mecánica de producción del hecho, no se verifica que la misma haya corrido un serio peligro real e inminente que justificara su accionar. En efecto, la discusión iniciada en el cuarto matrimonial no era sino una más de las que la acusada lamentablemente padecía de antigua data. No existió en mi criterio un plus que aumentara el peligro de la encartada más allá de su integridad física sin afectarse otros bienes jurídico”.

33. Cabe destacar que una vertiente feminista objetó la utilización de este vocablo para referirse a aquellas mujeres víctimas de violencia de género, toda vez que debilita la imagen de las mujeres como sujetos de pleno derecho. RUBIO CASTRO, “Los límites disuasorios del Derecho y su ambivalencia”. En idéntico sentido, PIQUÉ, “Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional”, p. 6.

34. Reglas de Brasilia, 4-6/03/2008, Regla 11.

teniendo en cuenta su objeto fin’). Esto resulta así pues, conforme la exégesis que fundamenta la resolución cuestionada, la mencionada obligación convencional queda absolutamente aislada del resto de los deberes particulares asignados los *Estados Parte* en pos del cumplimiento de las finalidades generales propuestas en la ‘Convención de Belem do Pará’, saber: prevenir, sancionar erradicar todas las formas de violencia contra la mujer” (las bastardilla me pertenece).³⁵

Sobre la base de lo expuesto sucintamente, es posible decir que existen estándares de derechos humanos, consonantes con el *corpus iuris* de derecho internacional, que no pueden ser soslayados por los Estados, y que brindan un argumento a favor del entendimiento de los requisitos de la legítima defensa y la legislación penal con una perspectiva sensible al género.

IV. JURISPRUDENCIA: UN ANÁLISIS DE LOS CASOS “LEIVA” Y “PÉREZ”

IV.A. “Leiva María Cecilia s/ homicidio simple”. Sentencia de 01 de noviembre de 2011

El presente apartado tiene como finalidad el análisis de los requisitos que configuran la legítima defensa (en particular, la actualidad de la agresión y la necesidad racional del medio empleado) a la luz de *leading cases* en esta materia.

Para comenzar, en los autos “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple” (01/11/2011)³⁶ de la CSJN, la Dra. Highton de Nolasco adujo que:

“Para descartar la eventual existencia de legítima defensa, en el fallo en crisis se expresa que aun de aceptarse que hubiera mediado una agresión ilegítima por parte del *occiso* respecto de la imputada, ha sido ésta quien ‘[...] se sometió a ella libremente [...]’, de manera tal que la situación de necesidad se generó con motivo ‘[...] del concurso de su voluntad [...]’ y ‘[...] por esa razón, no puede invocarla para defenderse [...]’”.³⁷

35. CSJN, “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa N° 14.092”, considerando 7.

36. CSJN, “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple”, 01/11/2011.

37. CSJN, “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple”, considerando 2 *in fine*.

En primer lugar, con base en la Convención Belém do Pará y la Ley 26.485 de Protección Integral de la Mujer, resulta palmaria la contradicción entre el razonamiento del *a quo*, que resuelve lisa y llanamente que dada “la permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el *occiso* [...] deriva que Leiva se sometió libremente a una hipotética agresión ilegítima”,³⁸ y los instrumentos legales anteriormente mencionados.

Asimismo, para justificar la defensa necesaria se han corroborado todos los requisitos, por lo que puede esbozarse que la acusada tenía varias heridas y que, además, se encontró en la escena del crimen el artefacto homicida —palo de escoba— partido y con restos de sangre, lo cual comprobaba el relato dado por la víctima. En consecuencia, observando todos estos elementos en conjunto es posible entender que se está ante una situación de agresión ilegítima actual (*Cfr.* Art. 34, inc. 6º, del Código Penal).

En segundo lugar, es dable destacar el cumplimiento del carácter de necesidad racional del medio empleado, toda vez que el *de cujus* fue asesinado en virtud de un elemento que no era el más lesivo en ese contexto —v.gr., distinto hubiera sido el caso de ser atacado con un cuchillo—.

En tercer y último lugar, no hay provocación suficiente por parte de la mujer, en tanto y en cuanto no existe posibilidad de que la imputada hubiera provocado a su pareja a fin de sufrir una agresión.

En suma, este decisorio de la CSJN evidencia la discriminación de género en las sentencias judiciales, invisibilización y negación de la violencia de género en las relaciones intrafamiliares y, al mismo tiempo, puede ser entendida como reiteración de la violencia estructural basada en relaciones desiguales de poder conformadas históricamente.³⁹

IV.B. “Pérez, Yésica Vanesa s/ homicidio simple”. Sentencia de 17 de diciembre de 2020

Por otro lado, en la causa “Pérez, Yésica Vanesa s/ homicidio simple” (17/12/2020),⁴⁰ la CSJN no hizo lugar a una situación de legítima defensa en un caso de violencia contra una mujer por parte de su ex-pareja, quien había acuchillado y consecuentemente causado la muerte de su agresor. Lo

38. CSJN, “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple”, considerando 5.

39. HOPP, “Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias”, p. 53.

40. CSJN, “Pérez, Yésica Vanesa s/ homicidio simple”, 17/12/2020.

que se debate en el caso es el carácter de actualidad en la legítima defensa, y por otro lado, si Pérez se encontraba bajo una situación de emoción directa al momento de ocurridos los hechos, aunque este último punto no será analizado en profundidad en el presente artículo.

En cuanto los hechos del *sub examine*, la acusada se encontraba inmersa en un contexto de violencia de género, en el marco del cual era víctima de agresiones físicas y verbales, abusos sexuales y constante hostigamiento, y se sabía en peligro permanente de ser agredida por su ex-pareja. Para decidir, la Corte estimó que:

“[...] la defensa había argumentado con base en testimonios que la imputada llevaba el cuchillo permanentemente consigo, como forma de protección, de modo que su portación, la mañana del hecho, no podía ser valorada como prueba de una premeditación incompatible con el estado pasional alegado”.

Respecto de la aplicación de la legítima defensa, el Máximo Tribunal argentino confirmó la sentencia en lo referido a este punto porque:

“[...] no se advierte arbitrariedad, sino más bien conformidad con los estándares vigentes en la materia, al descartar que en el momento del hecho hubiese existido una agresión antijurídica, actual o inminente, de parte de la víctima, que hubiera hecho necesario reaccionar a la mujer, apuñalándolo”.

Por su parte, revierte parcialmente el criterio del Tribunal de Impugnación Penal de La Pampa, el cual había estribado a que no concurrían los presupuestos objetivos de la legítima defensa en el *sub iudice*. Asimismo, resuelve a *contrario sensu* del Superior Tribunal de Justicia provincial, el cual había desestimado el recurso de casación interpuesto por la defensa—quien había alegado un incumplimiento en la temática de género, derivada de la Constitución Nacional e instrumentos internacionales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Belém do Pará—.

Esta opinión se encuentra fundada en la intensidad de la autorización, en cuanto la noción de “actualidad de la agresión” es más restrictiva que la de “actualidad del peligro” que concurre en el estado de necesidad justificante. Por ello, se dice que solo abarca la agresión dada en forma inminente, que ha

comenzado su ejecución y aún continúa al momento de la defensa —excluyendo, así, los casos de “defensa preventiva” y de “peligro permanente”, que podrán ser considerados como un estado de necesidad exculpante—.

De esta forma, en el decisorio se menciona el caso del “tirano de la familia”,⁴¹ que para la doctrina mayoritaria produce la exculpación del homicidio, toda vez que las particulares circunstancias del caso permitan afirmar la concurrencia de los presupuestos de un estado de necesidad exculpante.

En virtud de este apartado puede argüirse que en aquellos casos en donde la defensa de la mujer golpeada o maltratada no coincide temporalmente con una agresión física, esta ausencia, no puede desestimar la existencia de violencia.⁴² Si bien esta temática excede el *quid* de la *quaestio*, un sector doctrinario que estudia esta temática resalta que uno de los obstáculos normativos en el acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia de género es fruto de la inexistencia de un tipo penal sobre violencia contra las mujeres o violencia doméstica.⁴³

41. Hilgendorf y Valerius describen este supuesto de la siguiente manera: “La señora F es insultada, amenazada, golpeada y maltratada con regularidad por su frecuentemente alcoholizado marido M. Una noche M llega a la casa nuevamente en estado de ebriedad, le coloca un cuchillo en el cuello a F y anuncia que primero tomará una corta siesta y que luego matará a F. Para impedir esto, F mata a golpes con un hacha a M mientras duerme. F no puede recurrir, para su delito de homicidio, a la causa de justificación de la legítima defensa. Puesto que la agresión de M contra la vida de F todavía no era inminente de modo directo, queda excluido el § 32 StGB, por falta de actualidad en la agresión. En cambio, existe un peligro actual para el bien jurídico vida, en el sentido del § 34 StGB, pasible de estado de necesidad. Dado que M se podía despertar en cualquier momento y F estaba amenazada de muerte según anuncio de aquel, existía un peligro duradero y ella solo podía acabar con ese peligro mediante medidas de defensa inmediatas. No obstante, el estado de necesidad justificante fracasa frecuentemente en los casos del tirano de la casa, a pesar de la situación de necesidad existente, ya por el hecho de que no se recurre al medio relativamente menos lesivo —como, por ej., el requerir ayuda estatal—”. HILGENDORF & VALERIUS, *Derecho Penal. Parte General*, p.107.

42. HOPP, “Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias”, p. 49.

43. PIQUÉ & PZELLINSKY, “Obstáculos en el acceso a la...”, p. 224. A mayor abundamiento, las autoras realizan un estudio de derecho comparado: “[...]en otras legislaciones sí se advierten tipos penales específicos. Por ejemplo: la Ley Orgánica 1/2004 sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de España del 28/12/04 modificatoria del Código Penal, prevé el delito de malos tratos del varón a su pareja o ex-pareja mujer, cuando el hecho no configura el delito de lesión contemplado en el mismo cuerpo legal; la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, Decreto N° 22.2008 de Guatemala. Art. 3, inc. j) Violencia contra la Mujer: Toda acción u omisión basada en la pertenencia al sexo femenino que tenga como resultado el daño inmediato o ulterior, sufrimiento físico sexual

V. PROYECTOS DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL (ART. 34, INC. 6)

En el presente apartado se estudiarán algunos de los proyectos de reforma del Código Penal de la Nación respecto de la legítima defensa y la inclusión —o flexibilización— normativa para encuadrar estos casos de violencia de género en los cuales la víctima se defiende en un momento que no estaba siendo agredida.

V.A. Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto 678/12)⁴⁴

En lo atinente a la legítima defensa, se ha de mantener la fórmula vigente, que, se ha mostrado “la más adecuada que las propias de otras tradiciones legislativas”.⁴⁵ Asimismo, respecto del doble fundamento de la legítima defensa (individual y social), en la exposición de motivos se expresa que no se los debe entender como incompatibles, toda vez que, conforme al fundamento individual todo bien jurídico puede ser defendible, y esto no encuentra limitación alguna en la regulación vigente.⁴⁶

económico o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en el ámbito público como en el ámbito privado. Art. 5) Los delitos tipificados en la presente ley son de acción pública”. PIQUÉ & PZELLINSKY, “Obstáculos en el acceso...”, nota al pie 6.

44. Véase Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, art. 5. Dicha disposición, queda redactada de la siguiente forma: Artículo 5. Eximentes. No es punible: [...] d) El que actuare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: i) agresión ilegítima; ii) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; iii) falta de provocación suficiente por parte del agredido. Se presume, salvo prueba en contrario, que concurren las circunstancias de este inciso, respecto de aquel que obrare: i) para rechazar la entrada por escalamiento, fractura o violencia en un lugar habitado, ii) por encontrar a un extraño dentro de su hogar, siempre que ofreciera resistencia. Igual presunción corresponde cuando la conducta tuviere lugar en un contexto de violencia doméstica y el agredido hubiere sufrido anteriores hechos de violencia”.

45. Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, p. 66.

46. Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, p. 67.

Sin embargo, se aduce que aunque *prima facie* no hay ponderación de males en la legítima defensa (ya que ésta es una de las principales diferencias con el estado de necesidad justificante), puede admitirse cuando la comparación entre el mal que se pretende evitar y el mal causado sea irrisoriamente desproporcionado. En este punto, se remite al clásico ejemplo del niño que hurta una manzana, y que en razón de ello es asesinado; no se podría alegar legítima defensa.

En consecuencia, le dedica un análisis a la “expresión racional”, la cual permite distinguir la legítima defensa de la meramente necesaria que, en casos de extrema disparidad no es tolerable.⁴⁷ Al mismo tiempo, en aquellos casos que la defensa puede ser necesaria, pero no es legítima, según nuestro derecho vigente, no deberá ser alterado.

Por otro lado, esgrime en la exposición de motivos que:

“Se introduce en el texto una nueva presunción *juris tantum* a favor del agente, cuando la conducta tuviere lugar en un contexto de violencia doméstica y el agredido hubiese sufrido anteriores hechos de violencia. Esta presunción responde a la desnormalización de los hechos de violencia en el ámbito familiar, en especial contra mujeres y niños”.⁴⁸

Aunque las circunstancias señaladas son las que debería tomar en cuenta el magistrado *in casu*, sin necesidad de previsión legislativa alguna, dicha inclusión es consonante con el *corpus iuris* de derecho internacional y, al mismo tiempo, introduce un límite y criterio hermenéutico en contra de la milenaria hegemonía patriarcal, que como pauta cultural da lugar a errores frecuentes.⁴⁹ A fin de ejemplificar esta *quaestio*, el derogado tipo penal de adulterio o el derecho de corrección son algunos de los ejemplos más notorios que podían encontrarse en la legislación penal argentina.

47. Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, p. 66.

48. Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, p. 67.

49. Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, p. 67.

V.B. Proyecto de ley S-3989/16⁵⁰

Este proyecto de ley tuvo como finalidad la modificación del artículo 34, inciso 6°, de la Ley 11.179 —Código Penal—, incorporando en el supuesto de legítima defensa a la mujer que sufriera una agresión en contexto de violencia de género. En esta senda, la víctima gozaría de la presunción de que obró en defensa propia, sin necesidad de acreditar aquellos requisitos que configuran la existencia de esta causa de justificación,⁵¹ y se propone su inclusión en el marco de la legítima defensa privilegiada o presuntiva, es decir, supuestos en los cuales se genera una presunción legal *iuris tantum* que concurren las condiciones de la legítima defensa.

En este proyecto legislativo, se refuerza la idea de que: “[...] el fenómeno de la criminalización de las mujeres que activan mecanismos de autodefensa ante la agresión de sus parejas, guarda relación con la interpretación androcéntrica del derecho”.⁵² Agrega que requiere considerar aspectos particulares como, por ejemplo, el carácter cíclico y continuado de la violencia entre las relaciones interpersonales, la situación de vulnerabilidad en la que se halla una mujer maltratada y la inminencia de la agresión, entre otros.

De este modo, entiende que para hacer cesar la agresión efectivamente, se requiere en dichos supuestos la utilización de medios disponibles “que impliquen un uso de fuerza mayor al que utilizaría un ‘hombre medio’, aspecto que debe considerarse con relación a la ‘necesidad racional del medio empleado’”.⁵³

En virtud de dicho bagaje argumentativo, concluye que resulta menester repensar los extremos del instituto de la legítima defensa cuando

50. Presentado por la ex-Senadora Nacional por la Provincia de Entre Ríos, Sigrid Elisabeth Kunath. La disposición *sub examine* quedaba redactada de la siguiente manera: “Artículo 1. “Modifícase el inciso 6° del artículo 34 de la Ley 11.179, Código Penal: “[...] El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia. Igualmente respecto de aquella mujer que sufre una agresión en un contexto de violencia de género “.

51. República Argentina, “Proyecto de Ley S-3989/16”, Fundamentos.

52. República Argentina, “Proyecto de Ley S-3989/16”, Fundamentos.

53. República Argentina, “Proyecto de Ley S-3989/16”, Fundamentos.

quien invoca la causal de justificación es una mujer víctima de violencia de género devenida en “victimaria”.

V.C. Proyecto de ley.⁵⁴ Expte. 0791-D-2021. Código Penal de la Nación. Incorporación del artículo 34 *bis*, sobre derechos de quien ejerce legítima defensa (18/03/2021)⁵⁵

Este proyecto de ley propone, en su artículo 1º, la incorporación del “artículo 34 bis”, en el cual se regulan las conductas justificadas en el legítimo ejercicio de un derecho, y, además, en el artículo 2º, establece la derogación de los incisos 4, 6 y 7 del artículo 34 del Código Penal. No obstante ello, no alude de manera explícita a las situaciones de violencia contra las mujeres, minorías sexuales, o niños, niñas y adolescentes.

En este sentido, expresa en sus fundamentos que, si bien el uso de la violencia en ámbitos privados para repeler una agresión ilegal siempre fue difícil de justificar:

“[...] sería una gran inconsistencia del poder público obligar a las víctimas a no reaccionar ante un hecho delictivo que

54. Propuesto por los siguientes miembros de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación: Francisco Sánchez, Ingrid Jetter, Gustavo Hein, Hernán Berisso, David Schlereth, Juan, Aicega, Julio Sahad, Jorge Enriquez y Alberto Asseff.

55. Para un mayor abundamiento, el mentado artículo rezaba: “Actuará justificadamente en el legítimo ejercicio de un derecho, quien indistintamente: a) Obrare en cumplimiento de un deber, autoridad o cargo; b) obrare en defensa propia o de sus derechos, en protección de su vida e integridad física y las de su familia, su propiedad o los mismos derechos de terceros, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: b.1) Agresión ilegítima; b.2) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla, siempre que esta limitación no implique riesgo para su vida o la de su familia; o b.3) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas circunstancias, salvo prueba en contrario, respecto de quien rechazare durante la noche el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, o aún afuera, en las inmediaciones de estos sitios; cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de quien repeliere la presencia de un extraño dentro de su hogar, siempre que este ejerza resistencia o amenace con agresión inminente o actual que implique riesgo para la vida del que repele, la de su familia o moradores presentes; cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. c) obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias mencionadas en los subincisos b.1, b.2 y b.3., de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, que no haya participado en ella el tercero defensor”.

las afecta y más aún, punir el acto de quien se defiende de una agresión ilegítima cuando esta se produce en realidad por una carencia o una imprevisión en la función protectora del Estado”.⁵⁶

V.D. Proyecto de ley.⁵⁷ Expte. 0872-D.2020. Código Penal. Modificación artículo 34, sobre inimputabilidad (03/06/21)

Dicho proyecto de ley reproduce el expediente 6045-D-2018. Esta iniciativa legislativa tiene como propósito la modificación del inciso 6° del artículo 34 del Código Penal, en aras de la incorporación de un nuevo supuesto bajo el paraguas de la legítima defensa privilegiada, en el cual se subsumen aquellos casos en que la conducta acontezca en un contexto de violencia de género.

En los fundamentos del proyecto, se analiza la necesidad de repensar los extremos del instituto de la legítima defensa, y más aún cuando quien invoca esta causal de justificación sea una mujer víctima de violencia. Ello así toda vez que la violencia de género es un fenómeno de complejidad considerable, y está arraigado contra la desigualdad histórica de las relaciones de poder entre hombres y mujeres.

56. República Argentina, “Proyecto de Ley Expte. 0791-D-2021”, Fundamentos.

57. Las comisiones de Legislación Penal y de Mujeres y Diversidad han considerado los proyectos de ley de la señora diputada Lospennato y de la señora diputada Álvarez Rodríguez y otras y otros diputados, el proyecto de ley del señor Diputado Estévez y el proyecto de ley de la señora Diputada Najul y otras diputadas. El artículo fue redactado de la siguiente manera: “Artículo 1. Sustitúyese el inciso 6° del artículo 34 del Código Penal, por el siguiente: 6°. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia y respecto de las conductas para impedir agresiones físicas en un contexto de violencia de género en el ámbito intrafamiliar, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor”.

VI. CONCLUSIONES

En este artículo se analizó de forma sintética el supuesto de hecho en el que una mujer víctima de violencia de género ataca a su agresor cuando éste no se encuentra ejerciendo violencia sobre ella. Para ello, se propuso una interpretación de los requisitos de la legítima defensa desde una perspectiva de género, con apoyo doctrinario y jurisprudencial, y en consonancia con el *corpus iuris* internacional (entre otros instrumentos, la CEDAW y la Convención Belém do Pará). Asimismo, se considera que en estos casos se da un “cambio de roles”, puesto que la mujer —víctima de violencia de género— se convierte en victimaria, dejando impune a su maltratador. Esta visión es incorrecta, puesto que el derecho internacional de los derechos humanos exige la criminalización y el juzgamiento de estas conductas.⁵⁸

Las conclusiones (preliminares) que se extraen del presente trabajo son:

- A) en estas *fattispecies* estamos ante una agresión intermitente, continuada, en la cual el peligro sigue siendo inminente;
- B) el artículo 34 del Código Penal argentino no determina que la respuesta a la agresión deba ser en el mismo momento;
- C) en el decisorio jurisprudencial “Leiva”, la CSJN abordó una de las manifestaciones de la discriminación de género que todavía persiste en las sentencias judiciales; y
- D) las reformas legislativas explicadas *ut supra* constituyen una alternativa favorable, de *lege ferenda*, a fin de unificar criterios judiciales ante un caso de tales características.

Por último, juzgar desde una mirada sensible al género resulta de imperiosa necesidad para las y los operadores del derecho que deben decidir en estos asuntos. En virtud de este bagaje argumentativo, se evidencia una progresión paulatina en aras de arribar a este propósito.

58. BELOFF & KIERSZEMBAUM, “El derecho penal como protector de...”, p. 34.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, 1987, Buenos Aires.
- BELOFF, Mary A. “La protección de los derechos de las niñas en la justicia juvenil”, en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, N° 19, 2017, Buenos Aires, pp. 55-81.
- BELOFF, Mary A. & KIERSZENBAUM, Mariano, “El derecho penal como protector de derechos fundamentales: formas alternativas al proceso penal y violencia de género”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 16, N° 1, 2018, Buenos Aires, pp. 27-67.
- Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación -Infojus, 2014, C.A.B.A., URL <http://www.saij.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>, consultado 25/11/2021.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/35, Recomendación General núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19, 26/07/2017.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Espinoza González vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 20/11/2014.
- , “Campo Algodonero”, “Caso González y otras vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 16/11/2009.
- , “Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, 28/11/2018.
- , “Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, 19/05/2014.
- , “Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, 26/03/2021.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Góngora”, “Góngora Gabriel Arnaldo s/ causa N° 14.092”, 23/04/2013, *Fallos* 336:392.
- , “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple”, 01/11/2011, *Fallos* 334:1204.
- , “Pérez, Yésica Vanesa s/ homicidio simple”, 17/12/2020, *Fallos* 343:2122.

- DI CORLETO, Julieta, “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis*, N° 5, 2006, Buenos Aires, pp. 860-869.
- DI CORLETO, Julieta, LAURÍA MASARO, Mauro & PIZZI, Lucía, *Legítima defensa y géneros: Una cartografía de la jurisprudencia argentina*, Ministerio Público de la Defensa, Referencia Jurídica e Investigación, 2020, Buenos Aires.
- DONNA, Edgardo A., “Límites a la legítima defensa en cuanto a los bienes a defender”, en BRUZZONE, Gustavo A. (coord.), *Cuestiones penales: homenaje al profesor Dr. Esteban J. A. Righi*, Ad-Hoc, 2012, Buenos Aires.
- FRISTER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, 2016, Buenos Aires.
- HILGENDORF, Eric & VALERIUS, Brian, *Derecho Penal. Parte General*, Ad-hoc, 2017, Buenos Aires.
- HOPP, Cecilia M., “Buena madre, buena esposa, buena mujer: abstracciones y estereotipos en la imputación penal”, en DI CORLETO, Julieta (comp.), *Género y Justicia Penal*, Ediciones Didot, 2017, Buenos Aires.
- , “Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias”, en PITLEVNIK, Leonardo (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Tomo 13*, Hammurabi, 2012, Buenos Aires.
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, Marcial Pons, 1991, Madrid.
- , *La imputación objetiva en derecho penal*, Ad-Hoc, 1996, Buenos Aires.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Comares, 1993, Granada, traducción de MANZANARES SAMANIEGO, José Luis.
- NINO, Carlos S., *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, Astrea, 1982, Buenos Aires.
- PIQUÉ, María L., “Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional”, en DI CORLETO, Julieta (comp.), en *Género y Justicia Penal*. Ediciones Didot, 2017, Buenos Aires.
- PIQUÉ, María L. & ALLENDE, Martina, “Hacia una alianza entre el garantismo y el feminismo: La incorporación del enfoque de género en la agenda de política criminal y sus efectos en la minimización del poder punitivo”, en GARGARELLA, Roberto & PASTOR, Daniel R., *Constitucionalismo, garantismo y democracia*, Ad-Hoc, 2017, Buenos Aires.

PIQUÉ, María L. & PZELLINSKY, Romina, “Obstáculos en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 14, N° 2, 2015, Buenos Aires, pp. 223-230.

República Argentina, “Ley de Protección Integral a las Mujeres”, Ley 26.485 de Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, 11/03/2009.

—, “Proyecto de ley S-3989/16”, “Proyecto de ley modificando el inciso 6° del art. 34 de la Ley 11.179 del Código Penal, incorporando en el supuesto de legítima defensa a la mujer que sufre una agresión en contexto de violencia de género”, 07/10/2016, URL <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/3989.16/S/PL> consultado 08/04/2023.

—, “Proyecto de ley Expte. 0791-D-2021”, “Código Penal de la Nación. Incorporación del artículo 34 *bis*, sobre derechos de quien ejerce legítima defensa”, 18/03/2021, URL <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=0791-D-2021> consultado 08/04/2023.

—, “Proyecto de ley Expte. 0872-D-2020”, “Código penal. Modificación artículo 34, sobre inimputabilidad”, 17/03/2020, URL <https://dequese-trata.com.ar/proyecto/camara-de-diputados/0872-D-2020-30437> consultado 08/04/2023.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, 1997, Madrid.

RUBIO CASTRO, Ana, “Los límites disuasorios del Derecho y su ambivalencia”, en *Themis, Revista Jurídica de Igualdad de Género*, Asociación de Mujeres Juristas Themis, 2005, Madrid, pp. 15-19.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, 4° ed., Hammurabi, 2005, Buenos Aires.

Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala I. “D.A.I s/ homicidio”, 18/02/2009, AR/JUR/399/2009.

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Reglas sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Reglas de Brasilia), 4-6/03/2008, Brasilia, Brasil.

WALKER, Leonore E., *Descripción de ciclo de violencia conyugal. The Battered Woman*, Harper Colophon Books. Harper & Row Publishers, 1979, New York, traducción de VILA DE CERILLO, María Cristina.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal. Parte General*, Roque Depalma, 1956, Buenos Aires.

WESSELS, Johannes, BEULKE, Werner & SATZGER, Helmut, *Derecho penal. Parte general: el delito y su estructura*, Instituto Pacífico, 2018, Lima.

ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal*, EDIAR, 2011, Buenos Aires.

ENTREVISTAS

ENTREVISTA A LA DRA. SILVINA ÁLVAREZ MEDINA*

Lecciones y Ensayos: —*¿Qué es el derecho?*

Silvina Álvarez Medina: —Esta es la pregunta con la que se enfrentan los estudiantes del primer año de la carrera de abogacía y que los profesores y profesoras de filosofía del derecho, por lo menos aquí en España, y en Argentina también, ven en la asignatura que se llama Teoría del Derecho. Esta materia es el primer espacio para la reflexión filosófica que encuentran en la carrera. Lo primero que les digo a los estudiantes es que los profesores de filosofía del derecho intentamos ir un poquito más allá del derecho positivo, de la ley escrita, y hacernos otro tipo de preguntas en relación con eso que está escrito.

“¿Qué es el derecho?” es una gran pregunta, y para toda gran pregunta hay muchas respuestas. Empezamos en Teoría del Derecho explicando por qué la sociedad necesita esta herramienta a la que llamamos derecho. Tiene que ver con la idea del conflicto: existe el derecho porque hay conflictos en la sociedad. Si espontáneamente nos pusiésemos de acuerdo y solucionaríamos todas las controversias sin más, no necesitaríamos esta herramienta llamada “derecho”. Necesitamos poder regular nuestras interacciones porque ponernos de acuerdo y resolver los conflictos no es tan sencillo. Me parece que esto es lo que hace el derecho como sistema normativo.

Otro paso que hay que dar normalmente con los estudiantes del primer año de la carrera es identificar un sistema que nos está hablando de la diferencia entre el “ser” y el “deber ser”, y la dificultad que a veces tiene este razonamiento en términos de proposiciones normativas —por esa distancia que nos exige—, y poder compararlo con otros sistemas normativos.

* Entrevista realizada por miembros del Consejo de Redacción de Lecciones y Ensayos el día 05 de octubre de 2021. Silvina Álvarez Medina es profesora titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Ha sido profesora visitante en el European University Institute de Florencia, así como en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y en la Universidad de Oxford. Ha trabajado sobre diversas cuestiones de filosofía moral y política, multiculturalismo, teoría feminista y derechos humanos.

A veces, cuando hablamos de derecho, vemos también cómo otro de los grandes temas de la filosofía del derecho es la relación entre el derecho y la moral. Esta última es otro gran sistema normativo, muy distinto al derecho, pero que coincide en el aspecto de la normatividad.

Para volver a la pregunta, me parece que focalizarnos en el conflicto a veces nos ayuda a entender el porqué del derecho y el porqué de las normas en esta necesidad de regular las interacciones humanas.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cómo impacta la ley en la vida de las mujeres?*

Silvina Álvarez Medina: —Bueno, la ley impacta en la vida de todos y por lo tanto, también en la vida de las mujeres. A veces se señala a las mujeres como grupo o como “minoría”, no en un sentido numérico, sino en el sentido de que ha sido un grupo que ha sufrido a lo largo de la historia distintos tipos de discriminación, y que ha sido pospuesto por el derecho. Las mujeres no han sido titulares plenas de derecho. Incluso cuando aparecen como titulares plenas en los sistemas jurídicos y en el ámbito de la participación política, seguimos encontrando numerosos obstáculos para que esa igualdad se haga efectiva. Quienes trabajamos con el derecho tenemos esta perspectiva del derecho y la ley como herramientas para superar esa discriminación y esa desigualdad. Naturalmente, el derecho no es una varita mágica, y esto muchas veces se pone de manifiesto en el debate. Pensar que porque modificamos una ley o porque modificamos la Constitución vamos a cambiar la sociedad tiene un componente casi de pensamiento mágico, pero creo que cuando uno es joven —y sobre todo si es estudiante de derecho— tiene que entusiasmarse con esta capacidad transformadora que tiene el derecho.

La ley muchas veces es reflejo de lo que sucede en la sociedad, y en ese sentido, las leyes y las normas han reforzado la discriminación que han sufrido las mujeres. Lo vemos —sin irnos demasiado lejos en la historia— en el siglo pasado, o si lo pensamos desde la perspectiva de los derechos humanos, en todas las grandes declaraciones de derechos. Hasta hace muy poco, la ausencia de las mujeres que se producía en la sociedad, en la cultura y en todos los ámbitos de la vida, era reforzada por el derecho, que reproducía esa posición de las mujeres vinculada a la vida familiar, a la vida privada, pospuesta en la vida pública, silenciada.

El derecho va reforzando las grandes reivindicaciones de las mujeres en lo que se suelen llamar las distintas olas del feminismo: en la medida en la que las reivindicaciones se van condensando en reformas legislativas, la

ley refuerza las reivindicaciones. Por este motivo la ley es tan importante, porque legitima las luchas no solo del feminismo, sino también de la clase obrera o de las personas de determinadas etnias, entre otras.

La ley tiene la capacidad de reforzar las reivindicaciones y de impulsarlas porque es como un gran proyector que permite acelerar —a veces— algunos engranajes de la sociedad. Por ejemplo, cuando se critican las leyes de cupos, se suele sostener que el verdadero cambio tiene que provenir de la sociedad. Entonces, en la manera en que espontáneamente se pueda llegar a que las mujeres estén presentes en determinados ámbitos políticos y económicos, será mucho más potente la transformación que si se hace porque lo determina una norma o una ley. Esto es verdad, pero el punto es que la ley sirve de motor para acelerar ese cambio.

Creo que la ley es una herramienta que puede impactar de muchas formas distintas: a veces la ley refuerza el *statu quo* y legitima situaciones de opresión, de dominación, de discriminación; y otras veces puede tener el impacto necesario para la reforma, para el cambio, y para apuntalar las reivindicaciones de las mujeres.

Lecciones y Ensayos: —*En línea con estas consideraciones, ¿cree que está justificada la desobediencia civil?*

Silvina Álvarez Medina: —Este es un gran tema. La desobediencia civil se puede manifestar de muchas formas y en distintos grados. La pregunta sobre si queda justificada la desobediencia civil depende de a qué nos estamos oponiendo. ¿Cuál es el estado de cosas que posibilita la desobediencia civil? Tal vez, trayendo las cosas a nuestros escenarios constitucionales y democráticos, tendemos a pensar que existen canales políticos e institucionales para poder encauzar las demandas, las reivindicaciones y las reformas, sin tener que llegar a revertir completamente ese orden institucional.

La desobediencia civil estaría justificada en aquellos casos en los cuales ese escenario no es ni lo suficientemente democrático, ni propicia el diálogo y la deliberación, ni abre los cauces para que se puedan dar transformaciones en un escenario político. Si en cambio estamos en ese escenario, yo diría que hay que privilegiar esas vías institucionales para el cambio.

Lecciones y Ensayos: —*Sí, como en parte dice Carlos Nino con la metáfora de la catedral, ¿no?*

Silvina Álvarez Medina: —Claro, Carlos Nino sigue estando muy presente. Cuando voy a Argentina siempre me sorprende ver la actualidad

que tiene todavía su figura y cómo las generaciones más jóvenes incluso siguen leyéndolo. Seguramente esto también ha sido mérito de todos sus discípulos que están allí en Argentina y que han mantenido muy viva su figura, su pensamiento, su legado.

Lecciones y Ensayos: —*Cambiando un poco el enfoque de las preguntas, nos gustaría indagar sobre su relación con la Universidad de Buenos Aires, y en este sentido, cómo ve el sistema universitario argentino en lo que pudo apreciar desde su experiencia, y comparado con España. ¿Cuáles son las diferencias que puede mencionar?*

Silvina Álvarez Medina: —Personalmente tengo una deuda enorme con la UBA, y estoy muy agradecida porque me dio la oportunidad de tener una educación universitaria. Hice la carrera de Abogacía, que era una carrera que ya estaba muy consolidada en el sistema universitario argentino y en la UBA, pero además hice la carrera de Ciencia Política, que en ese entonces era muy nueva porque se creó con la vuelta a la democracia. La carrera se fue moviendo y cambió de sede muchas veces. Empezó en la Facultad de Derecho, aunque no cursé ahí porque fui de la segunda o tercera camada. Me acuerdo que tuvimos algunas clases en la calle Florida y luego en la antigua maternidad, detrás de la calle Córdoba, por donde está el Hospital de Clínicas.

En el caso de la Facultad de Derecho —que tiene ese edificio que es tan grande y a veces hasta un poco impersonal, con esas columnas que dejan al estudiante pequeñito frente al símbolo de la institución tan majestuosa—, estudié conforme al plan de estudios que había diseñado Eugenio Bulygin, que creo, en alguna medida, sigue vigente. Teníamos unos años comunes y luego se escogía una orientación, que en mi caso fue Derecho Internacional Público, aunque luego me dediqué a la filosofía del derecho. A pesar de ser una universidad tan masiva, tan grande, con tantos estudiantes, aquel sistema permitía grupos más pequeños donde era posible participar y tener un contacto con el profesor. Recuerdo algunas clases con el propio Eugenio Bulygin que fueron maravillosas. También recuerdo que ya hacia los últimos años podíamos escoger asignaturas optativas, y entonces cursé una asignatura con Carlos Nino.

Es una universidad que recibe muchísimos estudiantes y tal vez este sea uno de los obstáculos que yo veo en la posibilidad de tener una cercanía mayor. Por ejemplo, yo ahora miro a la distancia y me sorprende el hecho de que los profesores no tengan un despacho en la facultad. No sé muy bien cómo hacíamos los estudiantes para estar en contacto con los profesores

sin poder ir a tocar su puerta y plantearles una duda. Todas estas dificultades tienen que ver con el sistema y con que muchos profesores no son exclusivamente profesores de la Universidad como sucede, por ejemplo, aquí. En mi caso, soy exclusivamente profesora de la Universidad Autónoma de Madrid. Si bien entiendo que esto ha cambiado un poco, creo que en gran medida los profesores siguen teniendo también otras ocupaciones y pocos tienen una dedicación exclusiva a la docencia. Esto hace que los estudiantes tengan un camino un poquito más difícil. Aquellos estudiantes que tienen una vocación muy clara y un contexto que les hace más favorable la dedicación al estudio continúan, pero me imagino que las tasas de deserción son mayores en la medida en que los estudiantes tienen más posibilidades de sentirse "perdidos" en una institución que tal vez no ofrece tantas referencias cercanas para la resolución de los problemas que se le presentan a todos los estudiantes.

Yo no soy quién para juzgar el sistema universitario argentino. Tengo una deuda y una gratitud enorme, porque en mi caso fue un estímulo muy grande. Yo tenía muchas ganas de estudiar. Tuve también la suerte, por ejemplo, de cruzarme con Carlos Nino y poder sumarme a sus seminarios en el Instituto Gioja. En ese momento Nino también dirigía el Centro de Estudios Institucionales, lo que me permitió el contacto con un espacio de investigación y la posterior oportunidad de pedir becas y salir al extranjero. Nino era una figura muy especial en ese contexto, porque estaba dedicado exclusivamente a la actividad académica y entonces prestaba especial atención a los alumnos. Si había estudiantes interesados, él les ofrecía una oportunidad, como en mi caso y el de muchos otros y otras, que dimos ese paso a la investigación gracias a los puentes que él tenía con la Universidad de Buenos Aires y con estos otros recursos como el Centro de Estudios Institucionales.

En relación con las diferencias con mi experiencia aquí en España, creo que tienen que ver tal vez con una mayor presencia del profesorado en universidades o facultades, que están organizadas a una escala un poco menor. Concretamente, la universidad donde yo trabajo es mucho más pequeña que la UBA en cantidad de estudiantes, aunque tengamos grupos muy grandes. Yo tengo grupos de 200 estudiantes, que luego se dividen en grupos de seminarios más pequeños para poder trabajar de manera más personalizada. Creo que lograr una enseñanza más personalizada y un contacto más directo entre profesor y estudiante es un reto para la universidad pública, ya que las universidades públicas, en general, trabajamos con

unas *ratios* que hacen que los profesores tengamos demasiados estudiantes como para poder acercarnos. Me parece que en casos como el de la Universidad de Buenos Aires, este es un problema aún más agudo.

Lecciones y Ensayos: —*Todo lo que expresas creo que lo podemos corroborar. La siguiente pregunta que teníamos para hacerle es qué o quiénes la inspiraron a introducirse en el área de la filosofía del derecho.*

Silvina Álvarez Medina: —Bueno, la figura central fue Carlos Nino. En el primer año, en Teoría del Derecho, tuve como profesor a Eugenio Bulygin. Él era un poco regañadientes, pero enseñaba filosofía del derecho con el libro de Carlos Nino. Entonces nos decía que, si bien Nino estaba equivocado en muchas cosas, íbamos a utilizar su libro porque era un libro didáctico y útil. Ese espíritu polémico que tenía Eugenio Bulygin lo expresaba muy bien, y fue seguramente un primer contacto con la filosofía que me marcó.

Pero fue luego de años, ya en el tercer o cuarto año de la carrera, que tuve la oportunidad de cursar esta asignatura que os comentaba con Carlos Nino, quien me dio la posibilidad de incorporarme al seminario que se desarrollaba cada viernes en el Instituto Gioja. En ese seminario, estaban Roberto Gargarella, Gabriela Alonso, Carlos Rosenkrantz y otros jóvenes estudiantes. Nino, en ese entonces, viajaba mucho a Yale porque era profesor allí, y traía las novedades bibliográficas en fotocopias —en ese momento no había otro soporte—. A su vez, nosotros seguíamos fotocopiando compulsivamente, leyendo y discutiendo en aquel seminario; y la verdad es que aquello fue un impulso estupendo.

Por aquél entonces, ya no recuerdo si fue en mi cuarto, quinto o sexto año, Nino estaba ya en el Centro de Estudios Institucionales, en el que también estaba Marcelo Alegre. Así, surgió la posibilidad de una pequeña beca de colaboración en un proyecto que Nino tenía sobre la reforma de la Constitución, cuya finalidad era introducir un sistema parlamentarista en la Argentina. Entonces, convocaron unas becas y nos presentamos varios, y la ganamos de manera solidaria Roberto Saba y yo. Nosotros entramos juntos y nuestra primera publicación fue un artículo conjunto sobre el sistema parlamentario. Aquello fue un impulso muy grande porque trabajamos con todos estos ahora profesionales o profesores, que ya habían tenido la experiencia de haber estado con Nino en el Consejo para la Consolidación de la Democracia.

A partir de allí, se abrieron las posibilidades de poder hacer un salto. Yo tenía claro que quería seguir estudiando afuera. La mayoría de quienes

estaban en ese entonces se habían ido a Yale, a Chicago u otras universidades norteamericanas porque Nino tenía más relación. La verdad es que yo nunca me presenté a una universidad norteamericana, sino que me atraía más el sistema universitario europeo. Me atraía mucho Inglaterra, Oxford y Cambridge. Entonces, me presenté a una beca del British Council y, aunque me dieron la admisión para Cambridge, no obtuve la beca en esa primera instancia. Sí, en cambio, obtuve una pequeña beca para venirme a España al Centro de Estudios Constitucionales. Quien lo dirigía en ese momento era Francisco Laporta, que era un catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid que tenía mucha relación con Carlos Nino.

Sin embargo, al año siguiente sí me dieron la beca para irme a Inglaterra, y entonces me fui a Cambridge a hacer un máster. Con posterioridad a mi estancia en Inglaterra, volví a España y empecé el doctorado en la Universidad Autónoma de Madrid con Francisco Laporta. Allí se definió mi vinculación con la filosofía del derecho. Me acuerdo de que quería trabajar sobre temas vinculados al nacionalismo. Finalmente, me incliné por el estudio del comunitarismo como teoría política, pero durante mi doctorado me sentía muy atraída por la filosofía moral. Todo mi doctorado fue, yo creo, un período de formación en filosofía moral. Dediqué bastante tiempo y los primeros capítulos de mi tesis doctoral a temas vinculados a la ética y a la metaética.

Así se forjó mi relación con la filosofía del derecho, a través de la filosofía política y de la filosofía moral, es decir, yo no me he dedicado a temas estrictamente de teoría del derecho. No me he dedicado al estudio de la norma, de la teoría de la acción, del sistema jurídico y de los conceptos jurídicos. Mi entrada a la filosofía del derecho estuvo más vinculada con la filosofía moral y la filosofía política y, posteriormente, me he acercado a temas más vinculados al derecho constitucional como los conflictos fundamentales.

Lecciones y Ensayos: —*Estamos fascinadas y fascinados con su historia. Algunos integrantes de la revista somos ayudantes de Marcelo Alegre y de Martín Böhmer. Es muy interesante escuchar a otra persona que estuvo involucrada en esa época y tuvo el privilegio de cursar con Bulygin, que falleció este año. Martín Böhmer le escribió un in memoriam en Lecciones y Ensayos, y también Ezequiel Monti. Va a salir ahora en el próximo número.*

Silvina Álvarez Medina: —Otro espacio, ahora que has mencionado a Bulygin, que descubrí por aquellos años y era fascinante en el ámbito de

la filosofía del derecho, era SADAF, que seguramente os suena. La SADAF, que es la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico y tiene su sede en el barrio de Palermo, era un sitio de culto para quienes por entonces hacíamos nuestros primeros pasos en la filosofía del derecho, en donde escuché por primera vez a Pablo Navarro, profesor de la Universidad de Córdoba y discípulo de Bulygin. Aquello era como el nido de la filosofía analítica porque todos, como sabéis, se mueven en este ámbito de la filosofía. Bueno, en el caso de Nino más vinculado a la lógica.

Volviendo al tema de las mujeres, había muy pocas chicas. Estaba Marcela Rodríguez, que seguramente la conocéis. Fue la primera que estuvo con este grupo desde el inicio, desde los tiempos del Consejo para la Consolidación de la Democracia. Luego entré yo, y después, Gabriela Alonso. Creo que algunas otras entraron un poco a ese ámbito propiciado por Nino. Creo que Nino estaba muy abierto y le interesaba mucho incorporar a jóvenes estudiantes y profesoras en ese espacio, pero no era fácil porque había una presencia masculina mucho mayor. Las interacciones hacen que quien no participa de los mismos códigos de comunicación tenga más difícil la integración.

A pesar de eso, creo que el espacio se fue abriendo y dimos nuestros primeros pasos. De alguna manera mis primeras lecturas feministas, por ejemplo, de Catharine Mackinnon, fueron a través de Marcela, porque ella era la que allí funcionó, en mi opinión, como la primera portavoz de esta autora, por supuesto, de la mano de Nino. Recuerdo que él llegaba de Yale y nos contaba sobre las clases de MacKinnon, que eran de aquellas clases donde no había lugar y los estudiantes se sentaban por el suelo porque estaban todos fascinados con ella y queriendo escuchar. Marcela luego se fue a estudiar a Yale y tuvo un contacto más estrecho con MacKinnon. Recuerdo, ya estando aquí en España, el libro de MacKinnon, *Only words*, donde ella introduce de una manera estupenda muchas de sus ideas sobre la pornografía y la libertad de expresión, y el gran debate que ella tiene ahí en Estados Unidos en relación con la pornografía.

Lecciones y Ensayos: —*Sí, y qué figura, ¿no? También tuvo un intercambio muy interesante con Ronald Dworkin sobre Only Words. Esta experiencia académica que nos contás, ¿considera que fue su primer acercamiento con el movimiento feminista?*

Silvina Álvarez Medina: —El primer acercamiento fue allí en el Centro de Estudios Institucionales con Marcela, pues se empezaban a plantear estas cuestiones y recuerdo que yo también empecé a reflexionar sobre

ellas. Cuando me vine aquí a España, por ejemplo, ese año que estuve en el Centro de Estudios Constitucionales, no recuerdo que el debate de teoría feminista tuviera ningún protagonismo. Cuando me fui a Inglaterra tampoco. Me dediqué más, como comentaba, a temas de nacionalismo y relacionados a la teoría política.

Una vez ya incorporada a la Universidad Autónoma de Madrid, estudiamos esos temas con dos de mis compañeras, con quienes hemos trabajado más estrechamente: Elena Beltrán, que es una profesora que ahora ya se ha jubilado, y Cristina Sánchez. Ellas también me permitieron la entrada en la Universidad Autónoma de Madrid al Instituto Universitario de Estudios de la Mujer. En la Autónoma, como en muchas universidades españolas, hay un instituto de estudios de la mujer que es un instituto interdisciplinario, es decir, donde participamos profesoras de distintas facultades. Hay historiadoras, antropólogas, economistas, médicas, profesionales y profesoras de distintas facultades. Con este contacto con el Instituto Universitario de Estudios de la Mujer, empecé a estudiar de una manera más consciente y con objetivos más concretos y específicos la teoría feminista.

Por entonces, preparamos un librito con Elena Beltrán, Cristina Sánchez y Virginia Maquieira, que es una antropóloga también de la Universidad Autónoma. Ese libro se llamó *Feminismos: debates teóricos contemporáneos*, y buscaba ofrecer un panorama para estudiantes que se iniciaban en el estudio de la teoría feminista. Hay un primer capítulo sobre la historia del feminismo, otro capítulo sobre temas antropológicos, la categoría de género, el sistema sexual de género, otro capítulo sobre igualdad y un capítulo sobre feminismo, diferencia y las distintas teorías de la diferencia. Virginia Maquieira, junto con Cristina Sánchez, me propusieron participar de este libro cuando yo todavía estaba haciendo mi tesis doctoral. Seguramente eso fue para mí un punto de partida importante, porque fue una inmersión en la teoría feminista que me permitió discutir y debatir con ellas sobre muchos temas. A partir de esta participación en el Instituto Universitario de Estudios de la Mujer empieza mi recorrido en la teoría feminista.

En aquellos años existían en las facultades de derecho, lugares muy tradicionales y conservadores —y me imagino que todavía siguen existiendo—. Un currículum que se orienta hacia temas como los de la teoría feminista no está muy bien visto. Entonces, todas hacíamos lo que se llama el “doble currículum”. Hay que tener algunos temas más estándar, tradicionales, esos que tienen la venia o el visto bueno, y luego seguir trabajando en esos otros temas un poco en la sombra con otros grupos de investigación

o circuitos académicos, editoriales, etcétera, para avanzar con los temas de la agenda feminista del feminismo jurídico.

Solo más recientemente, por ejemplo, con mi libro sobre la autonomía de las personas, donde introduzco el tema de la autonomía relacional y me dedico a toda esta vertiente de la teoría feminista, entro más de lleno en la teoría feminista sin abandonar esos temas que son, en los términos que decía antes, de la agenda oficial. La autonomía de las personas es de los temas centrales de la filosofía política, de la teoría política y también de la filosofía jurídica. No me gusta mucho esto de que las publicaciones sobre teoría feministas tengan que estar en nichos de teoría feminista o en revistas que son exclusivas de teoría jurídica feminista. Creo que lo interesante es incorporar la teoría feminista a los debates que están en las facultades de derecho, en las agendas jurídicas, en las agendas políticas, porque me parece que lo interesante es ver cómo estas herramientas, estos nuevos conceptos, estas nuevas perspectivas, nos ayudan o no para ofrecer nuevas soluciones a las cuestiones teóricas y prácticas que se nos presentan en el ámbito jurídico y político.

Ahora tengo en prensa un libro sobre protección de la vida privada y familiar, donde me interesa analizar la distinción de la teoría política entre la esfera pública y la esfera privada. Este es uno de los grandes temas de la teoría feminista, y busco ver cómo esta distinción público-privado relega a las mujeres a este último ámbito, mientras que el ámbito público —ámbito de la política de la ciudadanía, ámbito de lo jurídico— ha estado históricamente vedado a las mujeres. Mi propuesta es hacer una crítica a esa distinción y ver cómo de alguna manera no tiene vigencia y no nos ayuda a acercarnos de una forma más completa a los problemas que tenemos que solucionar. Si las personas se mueven en el ámbito público y en el ámbito privado alternativamente, y si precisamente queremos hacer que ya no haya varones en la esfera pública y mujeres en la esfera privada de forma separada, como si fueran compartimentos estancos, de lo que se trata entonces es de ver cómo hacer una teoría más integradora y no tanto ámbitos o nichos separados.

Lecciones y Ensayos: —*En relación con lo que decías sobre MacKinnon, Only Words y todo el debate acerca de la libertad de expresión, que siempre estuvo rondando la pornografía, en la era moderna en la que nos encontramos, en la cual esas plataformas tienen mucha presencia y desdibujan las esferas de lo público y lo privado, algo que quería preguntarle era si considera que podemos exigirles a las plataformas algunos estándares morales.*

Silvina Álvarez Medina: —Yo creo que es muy interesante. Este sitio que os mencionaba, el Instituto Universitario de Estudios de la Mujer, tiene un máster de estudios de género en el que yo participo. Aquí estamos comenzando ahora el curso académico que empieza en septiembre, y la conferencia inaugural la dio una filósofa que se llama Remedios Zafra, que ha escrito mucho sobre estos temas vinculados a las redes sociales, la informática y la relación de las mujeres con las nuevas tecnologías. Ella planteaba esta cuestión diciendo que las redes sociales y estas plataformas, como tú dices, desdibujan mucho la esfera pública y la privada. A veces, quienes tenemos una formación jurídica que reivindica valores y derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, vemos que la relación que tienen los jóvenes con las nuevas tecnologías, esa forma de exponer su intimidad en redes sociales, por ejemplo, está desafiando la concepción que tenemos de la intimidad y de cómo proteger la intimidad como la entendemos en la teoría constitucional más tradicional.

Remedios Zafra decía que, desde la perspectiva de las mujeres, tal vez podamos entender que en alguna medida las redes sociales han ayudado a poner de manifiesto que no se trata de compartimentos estancos, al traer a la luz también las cosas que suceden en el ámbito privado. El ámbito privado históricamente ha sido un espacio en el que las mujeres han estado privadas de ese foco de publicidad y, por tanto, allí se han fraguado relaciones de familia, relaciones de pareja, relaciones conyugales, relaciones íntimas, que muchas veces han dejado a las mujeres en una situación de vulnerabilidad, de violencia, de opresión, de discriminación. A lo mejor estas nuevas tecnologías nos dan una herramienta para echar un poquito de luz en esa intimidad, que a veces puede ser opresora y tener consecuencias para las mujeres.

Yo creo que el desafío desde la perspectiva de las mujeres es ver cómo se puede lograr una vida privada diferente, una intimidad diferente. Aquí hay distintas posiciones, por ejemplo, Catharine MacKinnon es muy crítica con esta distinción público-privado. Ella cree que esta distinción responde a un modelo estrictamente patriarcal y que, por lo tanto, si la lucha es eliminar ese sistema patriarcal y combatir el patriarcado, entonces estas categorías tienen que caer y no podemos o no debemos defender la intimidad y la vida privada, ya que va de la mano del patriarcado. Ella dice que esta es una distinción que inventa el sistema patriarcal para tener a las mujeres relegadas en el ámbito privado, dedicadas a la crianza de la familia. Sabéis que para Catharine MacKinnon la sexualidad es el centro,

el nudo del sistema patriarcal, y entonces, para ella no tiene mucho sentido seguir defendiendo una vida privada. Otras autoras, en cambio, cambian su posición y dicen que no se trata tanto de eliminar esta categoría, sino de ver cómo podemos construir para las mujeres una intimidad diferente: una intimidad en la cual puedan relacionarse con premisas de igualdad, en la cual no tengan asignados unos roles fijos como puede ser la maternidad, o el “ser esposa de”, o los cuidados, sino que puedan tener una intimidad en la cual ellas sean las protagonistas de su vida afectiva y emocional.

Creo que aquí es interesante analizar cuál es el papel que pueden tener las nuevas tecnologías, las redes sociales. Creo que también la pandemia que hemos vivido y que estamos viviendo todavía ha puesto de manifiesto muchas cosas. Sabemos que en la lucha y en la historia de las reivindicaciones no hay ninguna reivindicación que esté ganada para siempre, y siempre puede haber retrocesos. Hay que ir con cuidado porque puede haber repliegues en esa vida privada que pueden ser sinónimo de dominación o de opresión si no se establecen garantías para que se pueda desarrollar la autonomía de las personas en ese ámbito privado.

Entonces, volviendo a tu pregunta, yo creo que el tema de las plataformas y de las redes sociales me parece que es un buen desafío desde el cual repensar estas categorías de público-privado, de la intimidad de las personas y de las mujeres en particular.

Lecciones y Ensayos: —*En línea con la mención de la autonomía, le queríamos preguntar, ¿cómo cree que juega su idea de autonomía gradual y opciones relacionales en el debate de la pornografía y la prostitución?*

Silvina Álvarez Medina: —Bueno, entramos ahora en los temas difíciles, ¿no? Pornografía y prostitución son dos temas muy difíciles, incluso dentro de la teoría feminista, porque sabemos que hay distintas posiciones. En España, esto se ha puesto de manifiesto en el debate, sobre todo respecto de la prostitución, ya que la pornografía no se ha tratado tanto. No ha tenido el protagonismo que adquirió, por ejemplo, en la sociedad norteamericana en relación con la libertad de expresión y la enmienda número I. Me parece que la prostitución, por su parte, es un debate que en Europa en general está muy instalado, porque en los distintos países europeos hay distintos sistemas legales en relación con la prostitución. Por un lado, lo que se conoce como el reglamentarismo, los sistemas que regulan la prostitución, como puede ser en Alemania o en Holanda. El otro modelo que se ha ido extendiendo es el modelo abolicionista sueco. Es decir, el modelo que parte de la sanción a los consumidores de prostitución con vistas a abolir o eliminar la prostitución.

Yo creo que lo principal a la hora de abordar estos temas es tener en claro cuáles son los objetivos. Es un tema sobre el que he pensado mucho pero no he publicado nada, porque no tengo muy clara tampoco cuál es la solución al problema de la prostitución. Hay un problema que es que las mujeres son el sujeto vulnerable en todo esto. Me parece crucial preguntarnos cuáles son los sujetos más vulnerables, y en consecuencia, desde el punto de vista jurídico y desde los sistemas jurídicos, cualquiera sea la regulación que adoptemos a quiénes vamos a intentar proteger.

Si uno aborda el tema de la vivienda y se pregunta cuál es la parte débil, la parte débil son los inquilinos, no los propietarios que son los que deciden poner o quitar del mercado la propiedad. Entonces, las legislaciones sobre locación y sobre alquileres tienen que proteger a los inquilinos. Me parece que aquí también debemos tener claro que la parte débil son las mujeres que están en el mercado de la prostitución y que ofrecen su cuerpo y servicios sexuales a cambio de dinero.

Hay quienes han escrito sobre estos temas desde la otra perspectiva, desde la perspectiva del cliente, de quienes quieren, tienen el deseo o la preferencia, mas o menos fuerte, de acceso carnal o de tener relaciones sexuales. Me parece que esta es una perspectiva desenfocada, es decir que no pone la luz donde debe ponerla. Entonces, una vez que uno tiene claro que aquí hay una parte débil y que esa parte débil son las mujeres que están en el mercado de la prostitución, la pregunta es ¿cómo hacemos para regular mejor? ¿Cuál es la regulación? Aquí la teoría feminista está muy dividida.

Hay algunas teóricas y juristas feministas que entienden que la mejor forma de proteger a esas mujeres es regular la prostitución como una relación laboral. Es decir, regularla de manera que esas mujeres puedan tener acceso a la seguridad social, acceso al sistema sanitario, que puedan tener un marco legal al cual poder recurrir frente a los problemas que se pueden presentar.

Otras teóricas y juristas feministas entienden que esa regulación desde el punto de vista del derecho laboral no es suficiente para proteger a las mujeres, y no solo es insuficiente, sino que las dejaría en una situación de mayor vulnerabilidad; entre otras cosas, porque no se nos escapa que, si lo vamos a tratar desde el punto de vista de la legislación laboral, es una relación que tiene muchos matices, y que por lo tanto necesita una regulación muy *ad hoc*, es decir, muy específica y con muchos ingredientes especiales.

A mí una de las cuestiones que más me preocupa cuando pienso en este tipo de relación son las situaciones de abuso y de violencia a la que se expone toda mujer que contrata, y en esa contratación ofrece su cuerpo a cambio de dinero. Podemos poner muchos ejemplos en los cuales es verdad que las personas ponen el cuerpo en muchos tipos distintos de relaciones que pueden ser de índole laboral. Sin embargo, hay un elemento en las relaciones sexuales de intimidad y de exposición que enciende las alarmas. ¿Cómo hacemos para asegurarnos, por ejemplo, de que los términos contractuales se van a cumplir de manera estricta? ¿Cómo hacemos para asegurarnos de que una felación es una felación y no es una penetración vaginal o una penetración anal? ¿Cómo hacemos para regular esto incluso en un espacio físico?

Lo que se demuestra en los casos de los países que la han regulado —como puede ser Alemania—, es que esto no acaba con los circuitos de prostitución ilegal. Parece que en la contratación de servicios sexuales a cambio de dinero, la clandestinidad es uno de los aspectos que los consumidores de este servicio buscan: a diferencia de los circuitos legales, en los cuales, por ejemplo, el usuario puede quedar registrado, e incluso puede quedar grabado si existen cámaras. Si vamos a tener una actitud realmente garantista y queremos proteger a esa trabajadora sexual y evitar que pueda quedar expuesta a una relación violenta, nos interesa, por ejemplo, grabar. Cuando entramos a un banco ahí hay un bien jurídico protegido que es el dinero, y por eso nos graban, porque si a alguien se le ocurre tocar ese bien jurídico nos interesa que quede registrado. Si hay un bien jurídico que queremos proteger y es el cuerpo de las personas, en este caso el cuerpo en una situación de intimidad, y queremos proteger a las mujeres de posibles abusos, de posibles violencias, a lo mejor no es tan descabellado pensar que algunas escenas de todo ese *iter* contractual y prestacional puedan quedar registradas. Claro, esto se aleja mucho de lo que cualquier consumidor de prostitución tiene en su cabeza.

Entonces otra vez volvemos a la pregunta inicial: ¿cómo regularlo? El problema no es regular la prostitución, el problema es cómo. Si en el cómo regularla además introducimos el elemento de regularla para proteger a la parte más débil, parece que allí saltan las posibilidades de una regulación verdaderamente garantista. Entonces otra vez estamos en el principio, ¿es posible regularla, y a su vez, hacerlo de una manera garantista? ¿O aquí hay una incompatibilidad en los términos? Bueno, estos son algunos de los problemas que yo creo que enfrenta la prostitución.

Si entramos en el tema de la pornografía es aún más escabroso, porque esto está muy trabajado en el debate norteamericano en relación con la enmienda número I y con la libertad de expresión. Nos encontramos con ese límite de la libertad de expresión, que yo creo que también debe ser explorado. En este último libro que os mencionaba, en el que hablo de la protección de la vida privada y familiar, uno de los capítulos está dedicado a la sexualidad. Yo creo que el derecho a la libertad sexual como derecho fundamental y como derecho humano no ha sido suficientemente desarrollado. Por supuesto, no aparece como tal en las declaraciones de derechos ni en las constituciones, lo cual no quiere decir que no exista un derecho a la libertad sexual, que en la interpretación constitucional se suele desprender precisamente del derecho a la intimidad. Es decir, dentro del derecho a la intimidad se entiende que está el derecho a la libertad sexual. Creo que necesitamos más trabajo. Es decir, las bibliotecas enteras que tenemos sobre libertad de expresión no las tenemos sobre libertad sexual, y por lo tanto, no conocemos bien todo lo que está dentro de esto que llamamos libertad sexual. Una vez que hayamos desarrollado la libertad sexual como derecho fundamental y como derecho humano, entonces estaremos en condiciones de ponerlo *vis a vis* con la libertad de expresión para ver realmente cuáles son los límites en ese conflicto entre estos dos derechos fundamentales. Pero creo que hace falta mucho más trabajo todavía en el ámbito del derecho constitucional y en el ámbito del derecho de los derechos humanos, para poder explorar las fronteras de cuestiones como la prostitución y la pornografía.

Lecciones y Ensayos: —*Relacionado con lo que es su teoría, ¿considera que en los últimos años se han ampliado las opciones relevantes para las mujeres?*

Silvina Álvarez Medina: —Yo creo que sí, a partir de la autonomía relacional y de introducir las opciones. Yo me baso mucho en Raz, que es el primero que ha hablado sobre lo que él llama el abanico de opciones. A veces creo que hay un abuso de la categoría del concepto de autonomía en algunos ámbitos del derecho. A veces se utiliza la autonomía como sinónimo de libertad, lo cual es un error desde mi punto de vista, porque la autonomía no es la libertad sin más. No es la ausencia de obstáculos, sino que la autonomía es una forma calificada de libertad, que tiene que ver con la capacidad de elección. Y elegir entraña tener distintas opciones, por esto la relevancia de las opciones.

Yo creo que como categoría que define mejor la autonomía, las opciones las podemos ver como un elemento en un sentido formal, es decir,

independientemente de cuál sea el contenido de las opciones, independientemente de que, como dice Raz, puedan ser opciones relevantes o no, opciones adecuadas o no. Porque ahí hay una dimensión que es cuantitativa y otra dimensión que es cualitativa. También es interesante ver allí qué es lo que hace una persona más autónoma, sin tener más opciones en un sentido cuantitativo, o tener algunas opciones que son más relevantes o que son las adecuadas. Desde el punto de vista de una concepción más formalista de la autonomía, insisto en esa variable sustantiva, en cuanto al contenido de las opciones. A autores como Gerald Dworkin, por ejemplo, en una línea más liberal, no les interesa tanto la dimensión sustantiva, sino que les interesa más la dimensión formal, y que existan opciones, independientemente de la calidad.

Naturalmente hay un aspecto en el cual creo que no podemos renunciar a ese matiz sustantivo de las opciones. Cuando hablamos de las opciones, y si superamos la variable meramente cuantitativa, necesitamos que esas opciones sean lo suficientemente diversas también. Es decir, si las personas tienen para elegir entre distintas opciones que son muy parecidas entre sí, se reduce ese ámbito en el cual la capacidad de elección se puede expresar. Para traducir el tema de las opciones en una en una categoría más política, más institucional, como puede ser la de las oportunidades, creo que, en la medida en que el protagonismo es menor y el reconocimiento como sujetos políticos, como sujetos sociales, como sujetos culturales y como sujetos de derechos es menor, esas opciones y ese abanico de opciones es menos rico. Y en la medida en que es menos rico, entonces, parece que ese grado de autonomía es menor.

Insisto, aquí nos hacen falta muchos matices cuantitativos y cualitativos para poder determinar el grado de autonomía. Me gusta expresar esta idea de la autonomía gradual descartando los extremos. Seguramente hay muy pocas personas de las cuales podamos decir que no tienen autonomía en absoluto, es decir que no son autónomas. Entonces, así como los escenarios de no autonomía o de falta completa de autonomía son muy excepcionales, también lo son los escenarios de autonomía plena. Aunque muchas veces la teoría política y la teoría jurídica se manejan con el concepto de autonomía como si hablásemos de autonomía plena. A veces parece que el derecho presume esa autonomía plena, cuando en realidad autonomía plena, es decir, opciones lo suficientemente diversas y cuantitativamente abundantes como para que la elección responda a las preferencias genuinas de cada persona, también es un escenario que en la realidad difícilmente se va a poner de manifiesto.

Entonces, si descartamos esos dos extremos, lo que tenemos es un ámbito en el cual las personas se mueven con mayor o menor autonomía, dependiendo de muchas variables culturales, sociales, educativas, de contexto político, geográfico y geopolítico. Hay algunas dimensiones que tienen estos aspectos más sociales o culturales y otras que tienen que ver con la biografía de cada persona, es decir, con las referencias más estrictamente individuales; y en la combinación de todos estos elementos, se presenta un abanico de opciones.

Algunas autoras —por ejemplo, Diana Meyers, que se ha ocupado mucho de la autonomía relacional desde una perspectiva más sociológica— afirman que las mujeres históricamente han sido educadas para tener tanto una percepción propia de la autonomía como unas condiciones sociales que hacen que esa capacidad de autonomía sea menor. Esto ocurre en la medida en que su educación, su posición en la sociedad, su atribución de derechos, su atribución cultural, hacen que estén menos vinculadas a esa idea de persona que toma decisiones, y más vinculadas a unos determinados roles, como puede ser el de cuidadoras, el de madre, el de esposa, etcétera.

Yo creo que seguir anclados en este tipo de escenarios o avanzar hacia otros de mayor autonomía para las mujeres depende también de los cambios sociales y políticos, como sucede con los derechos reproductivos como la interrupción voluntaria del embarazo. Me parece que también en esto juegan los grados de la autonomía de las mujeres, que tienen que ver con el contexto social, político y cultural en el que se mueven. Hago esta matización porque a veces hablamos de las mujeres, pero ese plural necesariamente tiene que ser puesto en contexto. No es lo mismo hablar de las mujeres en Afganistán, que hablar de las mujeres en Alemania o que hablar de las mujeres en América Latina. Me parece que una de las herramientas que ofrece la autonomía relacional es esta dimensión contextual de poder ubicar a las personas en el contexto y ver en cada contexto qué opciones hay para las mujeres y para todas las personas.

Lecciones y Ensayos: —*Muy interesante la reflexión. Sobre todo, cómo la autonomía, desde esta perspectiva, habla de que la opción tiene que ser —a diferencia la oportunidad—, un proceso subjetivo de la persona de tomar esa oportunidad como viable para sí, como propia. También cómo la desigualdad impacta en ese aspecto subjetivo que eventualmente repercute en la autonomía.*

Silvina Álvarez Medina: —Sí, en relación con este elemento que mencionas, Remedios Zafra da un ejemplo interesante en cuando a la

autonomía de las personas. Ella habla, volviendo a las nuevas tecnologías, de cuando en España se creó la carrera de licenciatura en informática y se apuntaron muchas mujeres. Esto era en los años 80 o primeros años de los 90. La tasa de matrícula de mujeres en estas carreras llegaba al 40 %, que era muy alto. Años después hubo un gran cambio en los planes de estudios y de ser licenciatura en informática pasó a ser una ingeniería en informática. Curiosamente, la matrícula de mujeres descendió abruptamente, porque las ingenierías son tradicionalmente carreras masculinas, para las que las mujeres se sienten naturalmente excluidas. Es decir, en una carrera que se presenta como ingeniería en informática, parece que hay una autoexclusión. Es precisamente esto que tú decías: las mujeres no lo perciben como una opción para ellas. Por eso, a veces hay cosas que nos parecen muy sutiles vinculadas a cómo la sociedad va configurando esas opciones que tiene que ver con el lugar en el que nos posicionamos en una historia que heredamos que terminan teniendo un efecto enorme.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cree que podría existir algún parámetro objetivo para medir la autonomía?*

Silvina Álvarez Medina: —Bueno, yo creo que precisamente esta dimensión de las opciones tiene una parte que es más objetiva. Es decir, hay un aspecto que es más interno de esta capacidad de autonomía. Una cosa es el aspecto interno y otra cosa es el subjetivo. El primero es interno al sujeto, se vincula con su propia elaboración de los elementos que pueden estar en juego. El lado subjetivo tiene que ver con que en esa elaboración el propio sujeto pone lo que son sus dimensiones biográficas, emocionales, afectivas, etcétera.

Pero hay otra dimensión de las opciones que tiene que ver con las oportunidades, que es la categoría que se utiliza normalmente en una perspectiva institucional y que tiene que ver con el Estado y cómo se diseña el acceso de la ciudadanía a determinados recursos. En la teoría de la justicia, las oportunidades son esto: el acceso que las personas tienen a determinados recursos desde una perspectiva distributiva. Esto me parece que introduce una dimensión que efectivamente es más objetiva y nos permite calibrar mejor, por ejemplo, en un estado social, qué tipo de servicios sanitarios, servicios educativos, derechos sociales están o no a disposición de los ciudadanos y las ciudadanas. Me parece que este tipo de elementos sí que nos permiten una dimensión más objetiva, y en tal sentido nos permiten también, desde el punto de vista del derecho y las políticas públicas que queremos diseñar, ver cómo podemos incentivar un aumento en el grado

de autonomía de algunas personas o de algunos sectores sociales, en países donde la pobreza, por ejemplo, es una variable tan importante.

Me parece que tener en cuenta estos aspectos de la autonomía relacional, que tienen que ver con las oportunidades que desde el Estado se pueden ofrecer, es muy importante para poder incentivar la capacidad de determinados sectores sociales en el acceso a los recursos. E insisto, no se trata solo de poner a disposición esos recursos, sino que hacen falta políticas sociales y políticas públicas más sofisticadas, que sean capaces también de ir más allá y ver a esos sujetos tal cómo están posicionados: ¿cómo van a percibir estos recursos? Porque, a lo mejor, no basta con que yo haga una ley de aborto. Está claro que el derecho al aborto, por ejemplo, tiene una dimensión que es del derecho individual para que podamos elegir cómo vamos a trazar nuestra vida reproductiva. Pero hay otra dimensión del derecho al aborto que es un derecho social, porque sabemos que, si esto no va acompañado de servicios sanitarios, si no va acompañado de poner a disposición de las mujeres asistencia social, servicios psicológicos, solo la ley de aborto no sirve para que esas mujeres tengan opciones reproductivas en un sentido pleno. Entonces, me parece que ahí también el derecho tiene que ser capaz de ir más allá cuando legisla y cuando diseña políticas públicas y ponerse en el lugar del titular o la titular de derechos, para ver cómo desde esa posición se produce la toma de decisiones y de elecciones.

Lecciones y Ensayos: —*Excelente. Muy interesante esta reflexión sobre si existen parámetros objetivos. Relacionado con ello, había mencionado la manera en que los distintos sistemas y el contexto cultural puede influir; por ejemplo, en las opciones relevantes. Entonces, queríamos preguntarte si consideras que el multiculturalismo, actualmente, este movimiento que ha tomado tanta importancia en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, puede generar o no más efectos negativos que positivos. Y también, vinculado con eso, ¿cuál cree que es el rol de los derechos humanos? Por ejemplo, estábamos pensando en relación con ciertas interpretaciones del derecho musulmán o del derecho asiático, ¿cuál es el punto de tolerancia o balance entre estos sistemas con la visión del derecho occidental?*

Silvina Álvarez Medina: —El tema del multiculturalismo se ha trabajado mucho en relación con las mujeres. Hay un trabajo pionero que fue el de Susan Moller Okin llamado “¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres?”, que tal vez fue el primer trabajo —muy polémico en su momento— con mucho debate con otras autoras. Susan Moller Okin era una

autora muy anclada en la tradición liberal y enfrenta por un lado el derecho de los grupos, tal como lo pueden reivindicar autores como Kymlicka o los autores más fuertemente comunitaristas como Taylor, porque pone de manifiesto cómo en esta defensa de los grupos se puede desdibujar la defensa de los derechos individuales, como por ejemplo la defensa de los derechos de las mujeres. Este tema lo trata también Anne Phillips.

Yo creo que el problema está en que cuando se habla de multiculturalismo parece que se habla de muchas culturas como si cada cultura fuese una unidad homogénea, y la cuestión es que las culturas no son homogéneas y que al interior de la cultura hay diferencias y hay relaciones de poder, y en estas relaciones de poder con mucha frecuencia no son las mujeres las que fijan las pautas y las reglas de esas culturas, sino que quienes detentan el poder son varones que representan a un grupo minoritario dentro de la cultura. Creo que buena parte de la teoría de Kymlicka va en este sentido. Kymlicka, cuando habla de proteger a las culturas, habla de proteger a grupos que son minoritarios y que por lo tanto han estado oprimidos respecto de la cultura dominante. Entonces, se trata de darles voz y de intentar que se puedan poner en igualdad con la cultura dominante, y entonces, por ejemplo, intentar que puedan entrar a los parlamentos y que puedan tener representación en las instituciones políticas. Por ejemplo, se ve con los grupos indígenas en muchos países latinoamericanos y también en otros países como Canadá o como en los Estados Unidos o en Nueva Zelanda o en otras latitudes donde también hay pueblos originarios.

En Chile, por ejemplo, ahora está sobre la mesa la reforma de la Constitución, donde hay que ver si esos grupos entran a la escena política y están representados, y por tanto, se entable un diálogo constitucional entre estos distintos grupos. Ahora bien, dicho esto, ¿quién va a representar a estas culturas en ese diálogo? Allí se nos presenta al interior de ese grupo la cuestión de la igualdad y de si las mujeres u otros grupos van a estar.

El caso de las mujeres es bastante claro porque a veces se les pide a las mujeres que sean las transmisoras de esa cultura, de las tradiciones, de las costumbres, y el coste es renunciar a sus propias elecciones, a su propia autonomía y preferencias. Tal vez, yo creo que allí la cuestión, para ponerlo en los términos que tú lo planteabas, sobre cómo contrarrestar esos efectos negativos que puede tener la promoción del multiculturalismo, es evitar lo que Kymlicka llama las “restricciones internas”. Hay que darles a estos grupos derechos de manera que puedan ponerse en el mismo escenario y puedan entrar a las instituciones junto a la sociedad mayoritaria, pero

a su vez tenemos que asegurarnos de que al interior de esos grupos existan canales democráticos también, por ejemplo, para que otras minorías tengan canales de igualdad que les permitan poner de manifiesto las reivindicaciones y las preferencias individuales.

Para esto no basta lo que en el multiculturalismo se llama el “derecho de salida”. Muchas veces, algunos autores quisieron dar solución a esto a través del derecho de salida. Parece que, si garantizamos que dentro de una cultura exista el derecho de salida, entonces estamos garantizando que lo que esa cultura manifiesta como sus propias tradiciones, costumbres y pautas es falso. Esto lo pone bien de manifiesto Anne Phillips: no basta con el derecho de salida, porque muchas personas, incluidas las mujeres, lo que quieren no es irse de su cultura, de su país, de su contexto o de su ámbito territorial, como por ejemplo en el caso de los pueblos indígenas, que tienen un vínculo muy fuerte con el territorio. Lo que quieren es obtener derechos y respeto. La cuestión es obtener ese reconocimiento dentro de la propia cultura, y por lo tanto, el derecho de salida no nos garantiza que quienes están dentro de determinadas culturas tengan realmente ese respeto a sus propias elecciones y preferencias.

Entonces, yo creo que efectivamente este es el desafío. Con la multiculturalidad hay que hacer un balance de a dónde hemos llegado. Creo que ha sido muy positivo que se pueda reconocer que hay pueblos que han estado relegados, que no se los ha escuchado suficientemente, que no se los ha integrado a las instituciones democráticas y que es una tarea pendiente con estos grupos, con estas culturas y con estos pueblos. La cuestión es estar atentos, porque esto no debe parar allí, sino que también hay que intentar que al interior de esas culturas se abran los canales democráticos.

Lecciones y Ensayos: —*Bueno, si le parece, vamos a avanzar sobre unas preguntas finales que solemos hacer a las invitadas y a los invitados. ¿Qué libro considera que todo estudiante, de derecho u otra carrera, debería leer?*

Silvina Álvarez Medina: —Bueno, desde el punto de vista de la filosofía del derecho, a veces cuando enseñamos la asignatura Teoría del Derecho, nos surge una gran confrontación interna, porque nos parece que los estudiantes tienen que leer los clásicos. Entonces, por ejemplo, tienen que leer a Hart, a Bobbio o a Nino. Pero en algunas ocasiones me pregunto, ¿tienen que leer los clásicos que muchas veces son difíciles de entender? ¿O a lo mejor tiene más sentido que hablemos de los problemas actuales, de estas cuestiones que hemos tratado ahora que no están en los clásicos?

En España, y me imagino que también en Argentina, las facultades de derecho, que yo antes decía que tienen este elemento más conservador o tradicional, dentro de esa línea y de esa estirpe está el positivismo. Educamos a los estudiantes de derecho en el positivismo, en el apego a la norma. Incluso se ve la interpretación y la argumentación partiendo de la literalidad de la norma. La figura de Ronald Dworkin vino a desafiar ese positivismo jurídico. *Taking rights seriously*, donde está gran parte de la teoría de Dworkin sobre el papel de los principios en el derecho, creo que es un aporte fundamental.

También hemos estado hablando aquí de autonomía relacional. El libro de Jennifer Nedelsky, *Laws relations*, nos plantea una visión diferente sobre el derecho, es decir, ver el derecho no a través de esa óptica más adversarial, más del conflicto, que Nedelsky dice que tal vez no sea la óptica más adecuada, sino que tal vez tengamos que ver al derecho como esa argamasa que nos permite relacionarnos y entonces poner el foco en las relaciones. Ese es un libro que debería estar traducido, por ejemplo.

Lecciones y Ensayos: —Bueno, la última pregunta que queríamos hacerle es si le recomendaría algo o le diría algún mensaje a quienes estudian derecho.

Silvina Álvarez Medina: —Bueno, a mí me pasa que a veces siento que la carrera de derecho es una carrera poco vocacional. Es decir, quien se pone a estudiar matemáticas es alguien a quien le gustan las matemáticas, y nadie se pone a estudiar matemáticas porque no sabía qué estudiar y entonces decide estudiar eso. Lo mismo pasa con medicina. Aquí en España, por ejemplo, entrar a la carrera de medicina es muy difícil, y hace falta tener una nota muy alta en el bachillerato y luego rendir los exámenes de acceso a la universidad, porque son carreras para las que hay muy pocas plazas porque tienen una parte que es práctica en los hospitales y en los laboratorios. Con derecho pasa todo lo contrario, para enseñar derecho no necesitamos laboratorios u hospitales. No necesitamos más que tener allí un aula, una buena biblioteca como mucho, y parece que es más fácil. Entonces ofrecemos muchas plazas y sucede que quien no sabe qué estudiar estudia derecho, porque dice “bueno, para algo me servirá”.

Entonces a veces tengo la sensación de que a los estudiantes de abogacía les falta entusiasmo con el derecho. A mí me gustaría encontrarme con estudiantes que sean más idealistas, porque creo que cuando uno es joven debe tener idealismo en relación con el derecho, a pesar de que, como yo decía antes, el derecho no lo transforma todo. Sabemos que un cambio

legislativo no produce grandes cambios sociales y que estos cambios necesitan tiempo y requieren de otros factores. Pero creo que el estudiante de derecho debería buscar ese punto de ilusión que lo lleve a pensar en el derecho como una herramienta de cambio social, de transformación, de protección de las personas que se encuentran en una posición de mayor vulnerabilidad en la sociedad. A veces tengo la sensación de que estas facultades de derecho nuestras, que como decía antes tienen esa vocación positivista y están muy apegadas a los códigos y a la letra de la ley, no saben transmitir ese entusiasmo por el derecho como una herramienta de cambio social, como una herramienta que puede servir para luchar contra uno de los grandes problemas. Por ejemplo, creo que la pobreza es uno de los grandes retos que tenemos que enfrentar, sobre todo en el contexto latinoamericano, al igual que las grandes desigualdades sociales. Creo que los estudiantes y las estudiantes deberían pensar en el derecho a partir de estos grandes desafíos y problemas.

Entonces, creo que quienes impartimos asignaturas como la filosofía del derecho, como los derechos humanos, tenemos la posibilidad de introducir algunos de estos temas, y yo intento hacerlo cuando puedo. Tal vez entonces mi aporte iría por allí: intentar pensar en los grandes problemas que tiene que afrontar la sociedad y en cómo el derecho puede ayudar a ese cambio. En el ámbito anglosajón, se suele decir que un jurista es una persona que piensa que nunca nada debe ser hecho por primera vez. Es esa imagen de los juristas como tremendamente conservadores. Yo creo que hay que romper esos estereotipos, y hay que pensar en que también la creatividad es posible en el ámbito jurídico, en el ámbito del derecho.

En las ciencias, lo que se busca de los jóvenes es que sean capaces de tener nuevas ideas, de descubrir cosas, de ver cosas donde otros no las vieron, de encontrar nuevas conexiones. Creo que en el derecho también debería ser así, nos falta ese elemento de imaginación y de creatividad. También el derecho puede y debe ser creativo, imaginativo, y pensar en nuevas herramientas, no quedarnos anclados en lo que tenemos, sino ser capaces de lanzar nuevas propuestas para afrontar los problemas. Ese sería mi mensaje.

COMENTARIO A BIBLIOGRAFÍA Y RÉPLICA

LA LEY ES MÁS COMPLEJA COMENTARIO A *LA LEY ES LA LEY* DE ANDRÉS ROSLER*

PEDRO CAMINOS**

I. INTRODUCCIÓN

Andrés Rosler fue mi profesor en el postgrado de ciencia política y sociología de FLACSO aproximadamente hace quince años. En ese momento, yo era un joven abogado, recién recibido, con más gusto por la historia de las ideas políticas que por la teoría del derecho. Rosler cambió eso. A partir de sus seminarios, aprendí a interesarme por la filosofía jurídica. Redescubrí temas y autores que, antes, me habían parecido tediosos y poco útiles. Puedo decir que ser su alumno fue decisivo en mi formación intelectual y que mi propia posición sobre el derecho es el resultado directo de sus enseñanzas.

Como suele ocurrir, llega el momento en que uno emprende un camino intelectual algo distinto al de quienes lo formaron. En mi caso, esa bifurcación llegó al poder estudiar con los profesores de la escuela genovesa. A partir de ese momento, sobre el trasfondo general que aprendí de Andrés Rosler, comencé a apreciar la importancia de la interpretación y la necesidad de contar con una teoría interpretativa para alcanzar una mejor comprensión del derecho. Cuando el énfasis pasa a la interpretación, sobre todo para los escépticos genoveses, los autores del derecho, como el mítico legislador de la tradición codificadora continental, mueren.

En gran medida, mi recorrido intelectual de los últimos años tiene como norte buscar una síntesis entre esas dos tradiciones de las que me nutrí. La

* Recepción del original 20/08/2020. Aceptación: 18/11/2020.

** Abogado. Profesor de derecho constitucional (UBA). Presidente de la Asociación Civil de Estudios Constitucionales (ACEC).

reciente publicación del tan esperado libro de Andrés Rosler sobre filosofía del derecho es una gran oportunidad para mí, pues, entrando en un diálogo con él, podré, quizás, acercarme más a mi objetivo. Por lo tanto, en el segundo apartado de este trabajo buscaré mostrar por qué el concepto de autor no es un elemento necesario en una concepción positivista, metodológicamente positivista, del derecho. Luego, en el tercer apartado, intentaré explicar por qué el positivismo, en el sentido indicado, tampoco requiere un modelo determinado sobre la función judicial. Finalmente, en el último apartado sugeriré que, si la empresa intelectual que se lleva a cabo no es metodológica, sino normativa, entonces es muy difícil que no termine siendo "interpretativista". Como paso preliminar a encarar la discusión sustantiva, en el siguiente apartado, haré algunas aclaraciones disciplinares y metodológicas.

Debo aclarar que estoy más de acuerdo con Rosler de lo que estas líneas permitirían pensar. En efecto, creo que el derecho es un fenómeno asociado al de la autoridad y de carácter institucional. No obstante, mantengo dos discrepancias sustantivas con sus conclusiones. En primer lugar, como ya anticipé, creo que es un error considerar que conceptualmente el derecho solo consiste en normas creadas de manera intencional por un autor. Luego, estoy en desacuerdo con la idea de que el concepto de derecho exige un determinado modelo de función judicial que necesariamente excluye la posibilidad de que los jueces realicen razonamientos valorativos en sus sentencias.

Estoy de acuerdo con Andrés Rosler en que nuestro país tiene serios problemas en lo que hace al funcionamiento de su poder judicial. Discrepo, sin embargo, en el diagnóstico que el autor sugiere. Ese desacuerdo se funda en dos razones. Primero, en que creo que la mala calidad de muchas decisiones judiciales no responde a que los jueces favorezcan a una u otra teoría. Me parece que hay problemas más estructurales, bastante más graves, que, en muchos casos, son más el resultado de la mala formación del personal judicial, de deficientes procesos de selección y de presiones políticas o de *lobbys* que de la sobreteorización que pueda expresarse en una sentencia. Rosler parece pensar que bastaría con que los jueces se vuelvan positivistas, en el sentido que él le da al término, para solucionar los problemas. Pero estos no pasan por ahí.

En segundo lugar, los problemas de fundamentación que exhiben muchas sentencias no pueden resolverse estipulando un concepto de derecho. Ello es así porque sus defectos son, básicamente, interpretativos. El problema, en todo caso, no es que los jueces tengan un concepto deficiente de derecho, sino que apelan a doctrinas incorrectas de la interpretación.

Entonces, si, como juristas, queremos hacer un aporte al mejoramiento de la administración de justicia, el campo de batalla no es el conceptual, sino el interpretativo. En este trabajo, sin embargo, no me detendré tanto en esa cuestión. Tan solo quiero mostrar por qué el diagnóstico que propone Rosler no está bien encaminado. Si fallamos en el diagnóstico, seguiremos sin encontrar soluciones para los problemas que nos aquejan.

II. UNA CUESTIÓN DISCIPLINAR

Muchas veces, comenzar por el final de una obra puede ser la mejor manera de entender la idea que ella pretende plasmar. El magnífico libro de Andrés Rosler *La ley es la ley* es un buen ejemplo de ello.¹ Toda obra interesante en el ámbito de la filosofía práctica tiene un enemigo cuya identificación colabora con la comprensión de esa obra. En el caso de *La ley es la ley*, el enemigo declarado es el "interpretativismo". Esta concepción incurriría en el pecado de denominar "interpretación" a actos de desobediencia del derecho o de creación de excepciones al derecho. Proceder de ese modo, dice el autor, importa una confusión que no es meramente conceptual. Además, afirma, puede ser políticamente peligrosa.²

Si, según Rosler, el enemigo es conceptualmente confuso y políticamente peligroso, entonces tenemos una buena razón para pensar que la propia posición del autor es también conceptual y política. En tal sentido, el autor desea reivindicar la tradición intelectual del *positivismo jurídico*. Dado que existen diversas concepciones sobre el positivismo jurídico, es importante identificar cuál de ellas es la que defenderá Rosler.³ El autor distingue al positivismo *conceptual* del *normativo*. De ese modo, afirma que:

"Un positivista *conceptual* es aquel que sostiene que la normatividad del derecho es independiente del razonamiento moral, mientras que un positivista *normativo* es aquel que cree que el derecho *debe ser así*."⁴

1. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*.

2. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 185.

3. BOBBIO, *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*, pp. 84-106; NINO, *Introducción al Análisis del Derecho*, pp. 32-43; ATRIA, *La Forma del Derecho*, pp. 79-85.

4. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 181.

De ese modo, Rosler está interesado en defender tanto al positivismo conceptual como al normativo. Sin embargo, el autor entiende que, si bien existe una conexión entre ambas concepciones, pues, a su juicio “*detrás de casi todo positivista conceptual exist[e] un positivista normativo*”, la elaboración de cada posición le correspondería a una disciplina distinta.⁵ El positivismo normativo sería la *filosofía política* subyacente al positivismo conceptual, y este último, en cambio, pertenecería al ámbito de la *filosofía del derecho*.⁶

Sólo el capítulo de las conclusiones del libro está explícitamente destinado a la filosofía política. En cambio, y salvo por ese capítulo final, el propio autor caracteriza a su obra del siguiente modo:

“[E]ste —al menos por ahora— no es un libro de filosofía política, ni siquiera sobre la historia del derecho, sino de filosofía del derecho, y en este preciso momento lo que nos interesa no es saber si tenemos buenas razones para obedecer al derecho (...) sino entender el positivismo jurídico, que sostiene una posición acerca de qué es el derecho y cómo funciona, no acerca de cómo debería ser o si está moralmente justificado.”⁷

Por lo tanto, el grueso de la obra está destinado a elaborar una concepción positivista sobre qué es el derecho y cómo funciona, con el fin de demostrar por qué configura una confusión conceptual llamar “interpretación” a actos de desobediencia o de introducción de excepciones al derecho. Por ello, dice el autor, el libro se inscribiría dentro de la filosofía del derecho, con excepción del último capítulo en el que incursiona en la filosofía política, es decir, en la explicitación de las razones que existirían para obedecer al derecho. Siendo así, los criterios para evaluar a la obra serán los de la teoría jurídica. Y, dado que el autor está interesado en presentar una concepción del positivismo jurídico que consiste en una posición acerca de “qué es el derecho y cómo funciona”, en última instancia sus méritos dependerán de que las proposiciones que conforman dicha teoría sean verdaderas, es decir, que ellas se ajusten al mundo.

5. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 181.

6. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 178.

7. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 72.

II.A Monismo conceptual

Un primer punto que llama la atención en la obra es la adopción de un monismo conceptual. En efecto, si "detrás de casi todo positivista conceptual existe un positivista normativo" ello quiere decir que el positivismo normativo y el conceptual compartirían un mismo concepto de derecho. Sin embargo, esta idea, que parece intuitiva, y que recuerda a la secuencia de implicaciones que había propuesto Bobbio entre el positivismo ideológico, el teórico y el metodológico, plantea cierta perplejidad.⁸ En efecto, aun cuando fuera posible afirmar que el contenido proposicional del enunciado "El derecho argentino tiene normatividad" es idéntico al del enunciado "El derecho argentino debe tener normatividad", lo concreto es que, pragmáticamente, ambos enunciados no son equivalentes lo cual puede llevar a plantear alguna duda respecto a si el concepto de derecho presupuesto en cada caso es efectivamente el mismo o no. ¿Por qué? Por la sencilla razón de que, si bien en ambos enunciados hay una referencia al "derecho argentino", que asumimos sí tiene el mismo contenido proposicional en los dos casos, lo cierto es que el primer enunciado es descriptivo, posee valor de verdad y su dimensión de ajuste es de la palabra al mundo, es decir, que es verdadero si se ajusta a los hechos del mundo. El concepto de derecho utilizado para reconocer a cierto sistema normativo como "derecho argentino" es, entonces, un concepto también descriptivo.

En cambio, en el caso del segundo enunciado, si le pidiéramos a un positivista normativo que diga por qué el derecho argentino debería tener normatividad, probablemente explicitará una serie de razones que podríamos resumir en la frase "porque es derecho". Precisamente, el *motto* del libro, *La ley es la ley*, tiene sentido porque el uso de la palabra "ley" responde a una pragmática distinta en ambos casos.⁹ De ese modo, en el enunciado "El derecho argentino debe ser normativo *porque es derecho*", la palabra derecho destacada en cursiva está haciendo referencia a un concepto justificativo o evaluativo de derecho, uno que pretende que el mundo se ajuste a él, que prescribe cierto estado de cosas. Por lo tanto, el positivista normativo probablemente usará el mismo concepto de derecho

8. BOBBIO, *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*, pp. 84-106.

9. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, pp. 16, 91, 185.

que el positivista conceptual para identificar a un sistema normativo como “derecho argentino” pero, a continuación, utilizará otro concepto distinto, ya no descriptivo sino prescriptivo, para afirmar que el derecho argentino, identificado de acuerdo con el primer concepto, *debe ser* normativo.

El pluralismo conceptual sobre el derecho no es una novedad. Probablemente, su más célebre defensor haya sido Carlos Santiago Nino quien procuró disolver la controversia entre iusnaturalismo y positivismo precisamente señalando que cada concepción utiliza un concepto diferente de derecho. Nino lo expresó de la siguiente manera:

“Mientras que en el contexto de estudios sociológicos, históricos, antropológicos, de derecho comparado, no hay duda de que la expresión “derecho” se emplea con el significado que los positivistas proponen, es probable que en el discurso de los jueces y abogados prácticos algunas veces se use la expresión de acuerdo con la concepción iusnaturalista, o sea haciendo alusión a normas que deben ser reconocidas y observadas, que tienen necesariamente fuerza obligatoria moral”.

“Si esto fuera así, no se podría decir que una de las dos concepciones en pugna —el positivismo o el iusnaturalismo— es la única que describe correctamente el uso común de la expresión ‘derecho’.”¹⁰

Por cierto, este pluralismo conceptual podría ser reemplazado por un intento de mostrar que no hay diversos conceptos de derecho, sino que un mismo concepto abarcaría diversas dimensiones, incluyendo una fáctica y otra ideal. En tal sentido, Robert Alexy argumentó, precisamente, que todo derecho incorpora una dimensión ideal en virtud de la cual tendría una pretensión de corrección.¹¹

Sin embargo, el objetivo de Alexy es mostrar que existen conexiones conceptuales entre el derecho y la moral. Su agenda es obviamente anti-positivista. De manera tal que, si Rosler desea mantener *kosher* a su propuesta, debería rechazar el monismo integrador de Alexy. Pero, si lo hace, tendrá que admitir también que el positivista normativo puede valerse del concepto descriptivo de derecho que utiliza el positivista conceptual para

10. NINO, *Introducción al Análisis del Derecho*, p. 39; DWORKIN, *Justice in Robes*, pp. 1-5, 223-240.

11. ALEXY, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, pp. 76-81, 127-130.

identificar al derecho de un país, al precio de que, en ese caso, deberá aceptar un pluralismo conceptual *a la Nino*, pues es evidente que, para justificar la obediencia al derecho, deberá valerse de otro concepto de derecho, esta vez de naturaleza normativa o justificativa. Si esto fuera así, Rosler estaría equivocado al sostener que "detrás de casi todo positivista conceptual hay un positivista normativo". Lo verdadero parecería ser lo contrario, es decir, que el presupuesto normativo presupone al positivismo conceptual.¹²

En síntesis, el hecho de que Rosler apele al monismo conceptual sobre el derecho es una razón para que estemos alerta frente a la posibilidad de que su positivismo conceptual esté *normativamente contaminado*, y que, en lugar de desarrollar una concepción sobre qué *es* el derecho, termine elaborando una propuesta sobre cómo *debe ser* el derecho. En otras palabras, que haya fracasado en su intención de escribir una obra de filosofía del derecho en lugar de una de filosofía política. Cabe recordar que la distinción entre la tarea intelectual de describir al derecho que es y la de proponer cómo debe ser forma parte del núcleo duro del positivismo jurídico desde sus inicios.¹³

II.B El relleno de las empanadas

Supongamos que un filósofo de la gastronomía argentina decide escribir un libro que se llame *El concepto de la empanada criolla*. En esa obra, procurará dar cuenta de los rasgos específicos de las empanadas criollas argentinas. Cómo está preparada su masa, cuáles son los ingredientes que componen su relleno, cuál es el modo habitual de cocinarlas, con qué se las suele acompañar. Su objetivo no es únicamente describir la manera en que usualmente se preparan las empanadas criollas en la Argentina, sino elaborar un *concepto*. De ahí que su deseo sea el de establecer cuáles son las características que debe reunir cierta preparación de comida para poder afirmar que estamos frente a una empanada criolla argentina.

Probablemente, el mayor desafío estará en el relleno. En algunas provincias, las empanadas tienen papa, en otras, aceitunas, e, incluso, no faltan las que le ponen pasas de uva. Teniendo en cuenta esa variedad, hay ciertos

12. RODRÍGUEZ, "En Defensa del Positivismo Conceptual".

13. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of...*, p. 294. Para una clara presentación de las ideas de Bentham, véase Alejandro CALZETTA, "El Método de Análisis de Jeremy Bentham".

ingredientes que son accidentales o contingentes. En cambio, parecería que todas las versiones de la empanada criolla argentina tienen carne de vaca con alguna clase de cebolla, blanca o de verdeo, y pimentón. Estos ingredientes parecerían ser necesarios o constitutivos de las empanadas criollas en la Argentina. Por lo tanto, si nuestro filósofo gastronómico desea elaborar un concepto de empanada criolla que sea útil para describir la cocina argentina típica, deberá incluir en dicho concepto a los ingredientes que llamamos necesarios, con exclusión de los accidentales. De otro modo, si dijera que una empanada incluye necesariamente papa, entonces solo las empanadas jujeñas podrían ser llamadas "empanadas", y todas las demás empanadas del resto de las provincias, cuyo relleno no tiene papa, no merecerían ese nombre. Dado que su intención es elaborar un concepto descriptivo de empanada criolla, el éxito de su empresa estará dado por el grado en que su propuesta se ajuste al mundo, y no al revés. Si incluye entre los ingredientes del relleno a uno de los accidentales, entonces su concepto no estará mal construido, pero no será útil para la empresa de describir o identificar a las empanadas, pues nos proporcionará una imagen distorsionada del mundo: por ejemplo, la de considerar empanadas criollas únicamente a las jujeñas.

Rosler se propone hacer algo parecido con el positivismo jurídico, a saber, "examinar los cinco ingredientes indispensables de toda receta positivista del derecho: autoridad, fuente, autores, reglas y jueces".¹⁴ El objetivo central de esta reseña es señalar que uno de los ingredientes, el de autor, no es necesario para el positivismo, sino que es meramente accidental, que los ingredientes de autoridad y reglas serían más adecuadamente presentados bajo una descripción alternativa y que el ingrediente final de Rosler, el que se refiere a los jueces, ocupa un lugar diferente en la lista. En síntesis, la principal objeción que le formularemos a la obra es que el concepto de derecho positivista que ofrece no será de utilidad para describir al mundo pues, al incluir un ingrediente accidental entre los necesarios, excluirá del ámbito del derecho a muchos sistemas normativos que, pese a todo, solemos considerar jurídicos.

Del mismo modo, si una concepción positivista incluyera necesariamente al ingrediente autor, entonces prácticamente la totalidad de los filósofos del derecho contemporáneos que se consideran positivistas,

14. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 58.

incluyendo a Hart y a Raz, estarían equivocados. Aunque, por supuesto, existe la posibilidad de que Rosler esté en lo cierto con respecto al positivismo, y todos los demás autores estén equivocados, una situación tan peculiar debería activar el funcionamiento de nuestras antenitas de vinil. No está de más recordar ese viejo chiste de una persona que ingresa con su auto a una autopista en contramano, la radio anuncia "Hay un loco yendo a contramano por la autopista", y el conductor afirma: "Pero si no es uno, son miles". Las cantidades no son constitutivas de la verdad, pero a veces pueden darnos un indicio sobre en dónde está la verdad. O, en todo caso, mostrarnos que estamos frente a una verdad revolucionaria, profundamente innovadora. Dado que la intención de Rosler es recuperar una tradición que él creó perdida, entonces su libro no debería ser portador de una verdad innovadora o revolucionaria. Si lo fuera, la obra nos estaría proponiendo una nueva concepción, quizás emparentada con el positivismo tradicional, pero diferente de él.

III. EL AUTOR COMO INGREDIENTE ACCIDENTAL

III.A Autoridad sin autor

De acuerdo con Rosler, el concepto de autoridad es central para una concepción positivista del derecho y, por eso, el resto de los ingredientes de la receta positivista terminan remitiendo a él.¹⁵ La noción de autoridad que se presenta en *La ley es la ley* no es otra que la elaborada por Joseph Raz.¹⁶ Básicamente, una persona A cree que otra persona B tiene autoridad sobre la materia Δ si, y solo si, A cree que tiene una razón para hacer lo que B le dice respecto de Δ solamente porque B se lo dice.¹⁷ Bajo esta presentación, parecería que la noción de autoridad requiere indispensablemente de un autor, es decir, de la persona B, que le dice a A lo que debe hacer, es

15. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, pp. 58-59.

16. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, pp. 58-70; RAZ, *The Morality of Freedom*, pp. 23-69; RAZ, *The Authority of Law: Essays on law and morality*, pp. 3-27; RAZ, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, pp. 210-237.

17. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 63.

decir, que emite órdenes, directivas o mandatos. Por esa razón, de manera enfática, Rosler afirma que:

"Todo derecho, en efecto, es derecho de autor, y la autoría debe ser intencional. [...] Ninguna disposición en o por sí misma tiene autoridad jurídica (se trate de la ley en sentido amplio —que incluye, por supuesto, la Constitución— o la ley en sentido estricto) sin haber sido creada y comunicada por su autor."¹⁸

Esta afirmación es audaz pero también, lamentablemente, es falsa. Pero, como paso previo a mostrar su falsedad, me interesa señalar que no hay conexión conceptual entre autor y autoridad. Para ello, es preciso indicar por qué la presentación del concepto de autoridad que propone Rosler es defectuosa y desarrollar una alternativa. La que se elaborará aquí proviene de las propias filas del positivismo jurídico contemporáneo, es decir, de Hart y Raz.

La razón por la cual la presentación del concepto de autoridad que propone *La ley es la ley* es defectuosa es la siguiente: en la relación entre A y B respecto a Δ , lo que determina que la directiva de B respecto de Δ tenga autoridad es la creencia de A, es decir, el modo en que A actúa de acuerdo con esa directiva, únicamente porque B la emitió. En el fenómeno de la autoridad, si uno está interesado en *describir* el comportamiento de las personas que pertenecen a un grupo social, lo relevante es analizar cómo los miembros de tal grupo acatan las directivas. Precisamente por ello, Hart explicó la noción de normatividad afirmando que los miembros de un grupo adoptan cierta actitud de *aceptación* frente a estándares de conducta. En su célebre discusión sobre el tema, lo que diferencia a un hábito de una regla es que las segundas poseen una dimensión interna, es decir, que las personas desarrollan dicha actitud, que está ausente en los hábitos.¹⁹

Si queremos elaborar un concepto *descriptivo* de derecho, uno que permita identificar cuál es el derecho de cada país, necesitamos establecer qué es lo que las personas de ese país consideran que tiene autoridad, es decir, cuáles son las directivas que obedecen con exclusión de otra consideración. El énfasis en el autor podría entenderse si nuestro interés no fuera descriptivo, sino *prescriptivo*: la identidad del autor sería relevante para

18. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 79.

19. HART, *The Concept of Law*, pp. 56-57.

evaluar su legitimidad y, en su caso, si tenemos efectivamente razones para obedecerlo. Pero, de acuerdo con la separación de tareas que propone *La ley es la ley*, esto último sería una actividad propia de la filosofía política y no de la filosofía del derecho. Así las cosas, el modo en que Rosler presenta la noción de autoridad, destacando el papel de quien emite la directiva, sería un síntoma de la contaminación normativa del concepto positivista de derecho que se propone en el libro.

Por lo tanto, lo que resulta indispensable para explicar, en un sentido descriptivo, a la autoridad son las creencias o las actitudes de quienes obedecen. Una vez que aceptamos este giro podemos llegar incluso a admitir que el autor *no es necesario* para una explicación tal de la autoridad. Supongamos que unos extraterrestres que, por un azar cósmico, hablan castellano y utilizan el alfabeto latino, visitan la Tierra. Estos extraterrestres tienen mucha imaginación y juegan a inventar civilizaciones con religiones extrañas. Uno de ellos, en particular, imagina una cultura cuya religión prohíbe la adoración de ídolos. La idea les parece tan graciosa, que uno de ellos graba con su rayo láser en la ladera de una montaña la siguiente frase: "No adoraréis ídolos". Los extraterrestres abandonan luego la Tierra. Muchos siglos después, un grupo de nómades hispanohablantes, que saben leer y escribir y que adoran a unos ídolos de madera con forma de animales, llegan a la proximidad de la montaña. Luego de leer la frase, destruyen a sus ídolos y, a partir de ese momento, deciden nunca más adorarlos. Consideran que la inscripción en la montaña tiene autoridad. Sin embargo, no conocen a su autor, el cual no tuvo la intención de emitir ninguna directiva, sino de hacer una broma. No obstante, esta última circunstancia no es en absoluto un obstáculo para afirmar que la inscripción es autoritativa para nuestros nómades. Por lo tanto, el concepto de autoridad no incluye necesariamente al de un autor que de manera intencional emite mandatos.

III.B Derecho sin autor

Por cierto, Rosler podría replicar que la noción de autoridad en general tal vez no requiera de un autor, pero que la autoridad *jurídica* sí lo necesita. El positivismo jurídico afirmaría así que el derecho es conjunto de normas creado de manera intencional por un autor que pretende tener autoridad. Ahora bien, si esto fuera así, entonces el concepto positivista de derecho sería análogo a un concepto de empanada criolla que afirme que su relleno incluye papas. En efecto, si esta fuera efectivamente la posición

del positivismo, tal concepción estaría proponiendo que un elemento accidental del fenómeno jurídico, el derecho legislado, sea un "ingrediente indispensable" del concepto. Correlativamente, el positivismo afirmaría que los sistemas jurídicos en los que no hay derecho legislado, como ocurre con el *common law*, no son sistemas jurídicos y ellos quedarían fuera del concepto de derecho.

Estas conclusiones me dejan perplejo. Con el concepto supuestamente positivista de derecho que propone *La ley es la ley* tendríamos que afirmar que una parte muy importante de lo que habitualmente entendemos como la práctica jurídica de Inglaterra, Escocia, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y la mayoría de los estados de Estados Unidos, entre otros países, *no es derecho*. En este punto podemos preguntarnos, entonces, cuál sería la utilidad de un concepto que no solo no colabora con una adecuada comprensión del fenómeno jurídico, sino que la distorsiona. La única defensa que Rosler esgrime frente a esta acusación está en una nota al pie:

Sistemas como el del *common law* parecen contradecir la idea de que todo el derecho es derecho de autor. Sin embargo, hasta el *common law* le reconoce a la obra legislativa un papel preponderante, sobre todo en los últimos años.²⁰

Sin embargo, esto no es una defensa. Los sistemas jurídicos contemporáneos, de hecho, tienden a una *convergencia* que combina elementos de derecho legislado y no legislado. Hay estudios de derecho comparado que muestran el modo en que el uso de precedentes judiciales considerados obligatorios se ha vuelto común en sistemas de derecho civil o continental. Por lo tanto, la práctica de los sistemas jurídicos occidentales consiste más en la integración entre el derecho legislado y el derecho judicial, que en la exclusividad o primacía de alguno de ellos.²¹ También hay propuestas doctrinarias de utilizar mecanismos típicos del *common law*, como la creación judicial del derecho, como un complemento para la interpretación del derecho legislado.²² En cualquier caso, y más allá de la convergencia que

20. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 58 n. 2.

21. FARBER & FRICKEY, "In the Shadow of the Legislature: The Common Law in the Age of the New Public Law"; STRAUSS, "On Resegregating the Worlds of Statute and Common Law"; FON & PARISI, "Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis"; SHOENBERGER, "Change in the European Civil Law Systems: Infiltration of the Anglo-American Case Law System of Precedent into the Civil Law System".

22. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, pp. 163-166.

se da como fenómeno relativamente reciente, lo cierto es que, en general, los expertos en derecho comparado suelen afirmar que la distinción entre la tradición del *common law* y la del derecho civil o continental se explica menos en contenidos normativos diversos que en las diferentes creencias de los participantes en las respectivas prácticas.²³

Pero, y este es el punto central, los sistemas que pertenecen a la tradición del *common law* son importantes para esta discusión porque no se componen únicamente por derecho legislado. Que a ese derecho no legislado se sume el derecho legislado no borra la existencia del primero. Por lo tanto, o bien tendríamos que afirmar que el derecho no legislado no es derecho, o bien que el concepto supuestamente positivista de derecho que propone Rosler no es útil para describir las prácticas jurídicas contemporáneas (ni tampoco las no contemporáneas). Lo primero es contraintuitivo y, en todo caso, no está adecuadamente justificado en *La ley es la ley*. Lo segundo sugiere que no deberíamos aceptar el concepto de derecho propuesto en el libro, al menos como concepto descriptivo.

Adicionalmente, existe evidencia de que, al menos en algunas jurisdicciones de *common law*, la creciente utilización de derecho legislado por un período de tiempo cada vez mayor provocó una *modificación de las prácticas interpretativas de los tribunales, que habrían pasado a cumplir un rol de "actualizadores" de legislación antigua, adoptando técnicas de interpretación no literales u originalistas*. En otros términos, la forma de operar judicialmente con leyes escritas habría comenzado a asimilarse a la más típica del *common law*. Esto es un hecho social, con el que podemos estar a favor o en contra, pero que no podemos ignorar.²⁴

El propio Joseph Raz, el padre de la criatura, tuvo en cuenta la existencia del derecho no legislado para sugerir que su concepción de la autoridad del derecho no requiere de un autor. Precisamente por ello, Raz prefiere hablar de la pretensión de autoridad *del* derecho en lugar de afirmar que tal pretensión es esgrimida por el creador del derecho. De ese modo, el derecho tiene autoridad si proporciona una *razón protegida para la acción*, es decir, una razón para realizar la acción que ella indica y para excluir a, al menos algunas, razones con las que podría entrar en conflicto. A su vez, el

23. MERRYMAN & PÉREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, pp. 39-47; CARRIÓ, "Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del derecho".

24. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, pp. 31-43.

derecho tiene autoridad *efectiva* si sus destinatarios, o al menos algunos de ellos, lo consideran como una razón protegida.²⁵

Esto confirma que, para un positivista interesado en describir el derecho que es, se debe recurrir a la noción de autoridad efectiva, es decir, identificar qué es aquello a lo cual cierto grupo social considera como razones protegidas para la acción. El grupo puede *creer* que esas razones protegidas tienen un autor y que fueron creadas intencionalmente, pero de allí no se sigue que, de hecho, lo tengan. En tal caso, se podría argumentar que el elemento necesario para un concepto positivista de derecho es que los miembros de un grupo crean que las razones protegidas para la acción tienen un autor y fueron creadas intencionalmente. Sin embargo, basta con encontrar con un grupo que no tenga tal creencia, que es lo que típicamente ocurre con las creencias de los juristas del *common law*, para echar por tierra la pretensión de incluir a un elemento tal como ingrediente indispensable de un concepto positivista de derecho.

Además, el pasaje de la nota al pie citado más arriba también sugiere otro síntoma de la contaminación normativa del concepto de derecho elaborado por Rosler. En efecto, la defensa que el autor esgrime en aquella nota al pie es que los sistemas del *common law*, al reconocer el papel preponderante del derecho legislado "sobre todo en los últimos años", estarían *ajustándose* a su propuesta. Cuando un concepto tiene la pretensión de que el mundo se ajuste a él, entonces estamos frente a un concepto normativo, y no a uno descriptivo. La exclusión del *common law* del ámbito de lo jurídico en *La ley es la ley* es indicativa de que la dirección de ajuste del libro no es de la palabra al mundo, es decir que el concepto no pretende dar cuenta de cómo son las cosas, sino el inverso. Y el supuesto reconocimiento en el *common law* del papel preponderante del derecho legislado mostraría que cada vez hay más partidarios de esa propuesta normativa. Más abajo, volveré sobre las razones que explican la llamativa exclusión del *common law* de la concepción positivista propuesta en la obra.

25. RAZ, *The Authority of Law por The Authority of Law: Essays on...*, p. 29; RAZ, *Between Authority and Intepretation...*, p. 348.

IV. LOS PODERES DE LOS JUECES Y EL CONCEPTO DE DERECHO

IV.A Reglas y principios: lo que los jueces no deberían hacer

Otro de los ingredientes que, según *La ley es la ley*, es indispensable para el positivismo jurídico consiste en que las normas jurídicas son reglas y no principios. En este punto, debemos repasar el contenido del libro con especial cuidado en gran medida porque el uso de los términos “regla” y “principio” que es habitual en la literatura no coincide exactamente con el que les da el autor. Ese uso heterodoxo provoca, a su vez, cierta confusión en el tratamiento del tema.

De acuerdo con Rosler:

“Dado que el positivismo se aferra a la idea de que todo derecho es derecho de autor (véase Marmor, 2001: 49), para el positivismo no hay mucho que discutir: en última instancia, el derecho consiste en reglas o normas jurídicas, que a su vez pueden contener o referirse a principios. Se podría decir que el criterio restrictivo de admisión del positivismo en relación con los principios se debe a que o bien los principios no tienen un autor, o bien a que, aunque lo tuvieran, dicho autor sería irrelevante ya que lo que importa de un principio es su contenido, no su fuente. Huelga acotar que, según el positivismo jurídico, si el principio proviniera de la fuente apropiada, se convertiría por eso mismo en legal, y no porque es un principio”.²⁶

En esta presentación preliminar, parecería que el autor considera que las reglas son normas jurídicas, es decir, el producto de una creación deliberada de un autor, mientras que los principios son estándares que no fueron creados deliberadamente por un autor. Este uso de la distinción entre reglas y principios se acerca bastante a uno de los que utilizó Ronald Dworkin en *Taking Rights Seriously*. En efecto, en dicha obra, Dworkin sostuvo que la autoridad o el peso de un principio no puede ser demostrada del mismo modo en que sí puede ser demostrada la validez de una regla, identificándola como parte de una ley del Congreso.²⁷

26. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 88.

27. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, p. 36.

Sin embargo, la distinción se vuelve vidriosa cuando el propio Rosler afirma que una regla "puede contener" a un principio. Parecería, entonces, que, según *La ley es la ley*, el autor del derecho puede intencionalmente convertir a un principio en una regla. Este uso de la pareja conceptual resulta extremadamente confuso porque parecería que lo único relevante para distinguir a una regla de un principio sería la existencia o inexistencia de un autor. Si esto es así, entonces la palabra "regla" se está usando como sinónimo de derecho legislado, y la palabra "principio" como sinónimo de estándar de conducta no legislado. Pero, en tal caso, no se entiende qué quiere decir que una regla "contiene" a un principio: si está legislado, no es un principio. Para que tenga sentido afirmar que una regla "contiene" a un principio, este último concepto tiene que referirse a otra cosa distinta a si tiene o no un autor.

Por ello, Rosler recurre a un segundo criterio para diferenciar entre reglas y principios: el tipo de razonamiento que se pone en juego en cada caso en el momento de su aplicación. De ese modo, el autor argumenta que, en el caso de las reglas, se utiliza un razonamiento *normativo* y, en el de los principios, uno *valorativo*. El razonamiento valorativo sobre un objeto se concentra en su contenido o sus propiedades. El valor del objeto sería, así, transparente o dependiente de su contenido. Esta clase de razonamiento buscaría responder a la pregunta ¿Es tal objeto valioso? El razonamiento normativo, en cambio, pretendería responder a la pregunta sobre si una acción es o no obligatoria, y para ello lo haría de un modo que resulta opaco respecto del valor de la acción. Así, por ejemplo, podemos evaluar a un libro, recurriendo a un razonamiento valorativo, teniendo en cuenta su contenido, la forma en que está escrito, el estilo de su redacción y su calidad como obra. En cambio, si fuéramos estudiantes de filosofía del derecho y el programa de la materia indicara que *La ley es la ley* es parte de la bibliografía obligatoria, entonces deberíamos leerlo, tendríamos una razón para leerlo que es independiente de su contenido, es decir, de su valor.²⁸

Ciertamente, ambos tipos de razonamiento pueden estar vinculados. La decisión de adoptar una regla podría ser la conclusión de un razonamiento valorativo. Así, el profesor del curso de filosofía del derecho habría considerado que *La ley es la ley* es una gran obra de filosofía del derecho,

28. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad...*, pp. 89-91.

que presenta los temas tradicionales de la disciplina de manera innovadora y clara. Y, por todo eso, la incluye en la bibliografía obligatoria. De ese modo, los estudiantes del curso están frente a una regla, la obligación de leer *La ley es la ley*, que cuenta con, al menos, una *razón subyacente*: la evaluación de la obra que hizo el profesor recurriendo a principios. En este punto, Rosler destaca que las reglas suelen ser utilizadas precisamente para resolver los desacuerdos valorativos. Si los estudiantes tuvieran que decidir colectivamente cuál es la bibliografía que deben leer, es probable que aparezcan entre ellos discrepancias valorativas con respecto a cuáles son los mejores libros o los más interesantes. La elaboración de una bibliografía obligatoria por parte del profesor indica el curso de acción, sin que por ello desaparezca la controversia valorativa, por supuesto.

Por lo tanto, afirma Rosler:

“[P]ara que las reglas puedan cumplir con esta tarea, tienen que contar con un grado significativo de autonomía en relación con nuestros valores, ya que si tuviéramos que apelar a ellos —las razones que subyacen a las reglas— para resolver nuestros desacuerdos valorativos, no tendría sentido apelar a las reglas y mucho menos decir que tenemos un desacuerdo valorativo en primer lugar.”²⁹

En este punto, Rosler incurre en una contradicción, pues si una regla puede “contener” a un principio, entonces parecería que no es un rasgo necesario de las reglas que ellas tengan autonomía respecto de los valores. Más allá de eso, ahora el autor se acerca bastante al uso habitual de la distinción entre reglas y principios en la literatura contemporánea.³⁰ Sin embargo, su argumento confunde tres cosas que deben ser diferenciadas con mayor claridad: la identificación de las normas jurídicas, el carácter excluyente o autoritativo del derecho y el tipo de razonamiento que los jueces deben encarar. En efecto, Rosler parece pensar que las tres cosas son

29. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 92.

30. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, pp. 24-28; ALEX, *A Theory of Constitutional Rights*, pp. 44-110; ATIENZA & RUIZ MANERO, *A Theory of Legal Sentences*, pp. 1-43; ALEXANDER & SHERWIN, *Demystifying Legal Reasoning*, pp. 31-63, 88-103; SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, pp. 13-35; TWINING & MIERS, *How to Do Things with Rules: A Primer of Interpretation*, pp. 80-89; SUNSTEIN, “Problems with Rules”, pp. 961-962, 966-967.

equivalentes, es decir, que una vez que identificamos a una norma creada de manera intencional por un autor, ella es una razón protegida, que excluye a las consideraciones valorativas y, por lo tanto, los jueces solo estarían autorizados a desarrollar razonamientos normativos.

Como vemos, toda la discusión sobre reglas y principios tiene como objetivo, en *La ley es la ley*, determinar cómo *deben* razonar los jueces. No por nada dicha discusión está ubicada en el mismo capítulo en el que se presenta cuál es el rol de los tribunales y funge como un prólogo a tal presentación. Ahora entendemos por qué el concepto positivista de derecho que defiende el autor está normativamente contaminado. La intención genuina del libro es *prescribir* cómo los jueces deben resolver casos. Joseph Raz ya había advertido hace muchos años que, si "*una doctrina sobre la naturaleza del derecho es identificada con una teoría de la decisión judicial, se convierte en una teoría moral*".³¹

Esto explica, entonces, la confusión conceptual descripta anteriormente. No se trata, en verdad, de una confusión sino de un argumento normativo: como el derecho debe ser únicamente creado de modo intencional por un autor, entonces está prohibido incorporar en un razonamiento jurídico a otros estándares que no sean los creados por el autor y, al mismo tiempo, está prohibido que los jueces evalúen mediante un razonamiento valorativo a las normas creadas por el autor, y solo deberían aplicarlas mediante un razonamiento normativo. El carácter normativo o ideológico, y no conceptual o descriptivo, de esta posición ya fue sostenido por Max Weber a comienzos del siglo veinte, al analizar la ideología del derecho natural dieciochesco para la cual "*todo el derecho legítimo surge de su promulgación*".³² Esta propuesta normativa puede ser muy interesante; incluso, hasta podría ser moralmente correcta. Pero está claro que el concepto supuestamente positivista que surge de ella no pretende ayudarnos a describir y comprender cuál es el derecho de un país. Lo que no es claro es por qué se quiere mostrarlo como si pudiera ayudarnos a hacer tal cosa.

Un positivista preocupado por comprender el derecho que es, y no por prescribir cómo debe ser, distinguirá entre la identificación del derecho, su carácter autoritativo y los tipos de razonamientos que los jueces están autorizado a desarrollar. Asumamos, por ahora, que el derecho solo incluyera

31. RAZ, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, p. 209.

32. WEBER, *Economy and Society. An Outline of Interpretive Sociology*, p. 868.

a las normas creadas intencionalmente por un autor. La identificación del derecho resultaría relativamente sencilla. Sin embargo, el carácter autoritativo o excluyente del derecho se aplica a otras consideraciones, *sean ellas reglas o principios*. En efecto, la distinción entre reglas y principios es estructural y no depende de su fuente.

Para caracterizar a las reglas, adoptaré los rasgos que Georg von Wright propone para las normas, entendidas como prescripciones. En primer lugar, las normas poseen un *carácter*, es decir que ellas mandan, prohíben o permiten. En segundo lugar, las normas tienen un *contenido*, que es aquello que está mandado, prohibido o permitido. En principio, el contenido consiste en actos, pero también podría tratarse de actividades. Luego, en tercer lugar, las normas tienen ciertas *condiciones de aplicación* que consisten en el estado de cosas que, de ocurrir en el mundo, permite la realización del acto que conforma el contenido de la norma. De ese modo, frente a la prescripción "Cierre la ventana", que la ventana esté abierta es una condición de aplicación. En ocasiones, pueden agregarse condiciones de aplicación ulteriores, por ejemplo: "Si llueve, cierre la ventana". Finalmente, las normas tienen una *ocasión*, es decir, indican el momento y el lugar de su aplicación.³³

Los principios operan de un modo distinto. Existen muchísimas definiciones respecto de qué son, cuál es su estructura y cómo deben ser aplicados. Aquí solo me interesará ofrecer una caracterización rápida. Los seres humanos *evaluamos* el resultado de las acciones utilizando diversos parámetros. Entre ellos se incluyen los *valores*. Un valor nos permite calificar al resultado de una acción, o de una clase de acciones, como *bueno* o *malo*, así como también comparar a dos o más acciones, o clases de acciones, según sus resultados, y elaborar una escala que vaya de la *mejor* a la *peor*. No todos los valores poseen una dimensión normativa o práctica. Los valores estéticos, por ejemplo, pueden ser la razón por la cual consideramos que una obra de arte es mejor que otra, y, por ello, la consideramos más bella. Sin embargo, algunos valores, a los que llamaré principios, sí poseen tal dimensión. Esta última consiste en que la evaluación puede servir para justificar, o reprochar, una acción ocurrida en el pasado, o para prescribir la realización de una acción en el presente o el futuro.³⁴

33. VON WRIGHT, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, pp. 70-92.

34. VON WRIGHT, *The Varieties of Goodness*, pp. 114-135; ALEX, *A Theory of Constitutional Rights*, pp. 86-110; ATIENZA & RUIZ MANERO, *A Theory of Legal Sentences*, pp. 120-140. Para una visión crítica, ALEXANDER & SHERWIN, *Demystifying Legal Reasoning*, pp. 88-103.

Si el principio se refiere al resultado de una clase de acciones, entonces él puede formar parte de una razón para la adopción de una regla, es decir que, en ese caso, el principio sería parte de una razón subyacente.³⁵ El razonamiento que conduce de un principio a una regla se denomina *concretización*, y consiste en identificar el resultado de una clase de acciones y evaluar cierta propiedad P_1 , presente en él, como buena o mala. Si la propiedad P_1 es buena, entonces existe una razón para realizar la clase de acciones que conduce al estado de cosas que incluye a P_1 . Si la propiedad P_1 es mala, entonces existe una razón para omitir la realización de la clase de acciones cuyo resultado incluye a P_1 . Si bien algunos principios pueden ser formulados de manera categórica, en el sentido de que las acciones recomendadas por ellos deben ser realizadas con independencia total del contexto en el que se encuentre el agente, en muchas ocasiones la posibilidad de razonar con principios requiere de la identificación de los contextos en los que su uso resulte *apropiado*.³⁶

Ahora bien, aclarada cuál es la estructura de las reglas y los principios, queda claro que su origen, que cuenten o no con un autor, es irrelevante como criterio para clasificar a un estándar como perteneciente a una u otra categoría. El mandato bíblico de no adorar ídolos es una regla, tiene un autor, está formulado por escrito en un libro y, sin embargo, si el derecho de un estado consagra la libertad de cultos, estará jurídicamente permitido que una persona adore ídolos y el mandato bíblico estará excluido de las consideraciones que un juez puede tomar en cuenta en función del carácter autoritativo del derecho. Del mismo modo, y según vimos esto es algo que el propio Rosler admite, el derecho puede incorporar un principio. El autor puede intencionalmente crear una norma jurídica cuyo contenido sea un principio. Por lo tanto, la identificación de las normas jurídicas puede llevarnos a encontrar que algunas de ellas son reglas y otras son principios. Al mismo tiempo, el carácter autoritativo no excluye a otras consideraciones por su estructura, es decir únicamente si se trata de principios, si no por la clase de consideración de que se trate: toda razón para la acción que no pueda ser identificada como norma jurídica, sin que importe si la razón tiene forma de regla o de principio, queda excluida del razonamiento jurídico.

35. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, 59-60; TWINING & MIERS, *How to Do Things with Rules: A Primer of Interpretation*, pp. 87-89; RICHARDSON, "Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems"; SUNSTEIN, "Problems with Rules", pp. 966-967.

36. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness. Application Discourses in Morality and Law*.

La pregunta verdaderamente importante, entonces, es cómo deben razonar los jueces en aquellos casos en los que una norma jurídica *sí tiene la forma de un principio*. El libro no es en absoluto claro en este punto, precisamente porque Rosler une la noción de regla a la de razonamiento normativo y a la de creación intencional por un autor. Uno tiene la sensación de que, en virtud de esas equivalencias, hay dos alternativas. Una primera posibilidad sería la de considerar que un enunciado incluido en una constitución que estipule, por ejemplo, que "La dignidad humana es uno de los principios fundamentales del estado" no es, en verdad, una norma jurídica, sino una mera declaración política, y que por ello no tendría mayores efectos en el razonamiento judicial.³⁷ Una vieja manera de formular esta idea era la de sostener que ciertas cláusulas de una constitución son meramente programáticas y no operativas. Esta opción le plantea al positivista normativo un problema fatal: el de convertirse en un *sommelier* de disposiciones constitucionales, que decide por sí mismo cuáles son las cláusulas de una constitución que merecen el nombre de derecho y cuáles no. Parece una estrategia bastante extraña para alguien interesado en defender la autoridad del derecho.

Una segunda posibilidad podría consistir en señalar que tales disposiciones son normas jurídicas pero que ellas tienen como destinatarios exclusivos al legislador y no deben ser aplicadas judicialmente. Pero, en ausencia de una disposición expresa de la constitución que indique cuáles son las cláusulas que no pueden ser aplicadas judicialmente, y sobre todo en presencia de una disposición que diga que los jueces deben resolver las causas "que versen sobre puntos regidos por la Constitución", sin ulterior distinción, entonces parecería que el positivista normativo no tendría más alternativa que aceptar que los jueces deben aplicar las normas constitucionales que tengan forma de principios. En el contexto del control judicial de constitucionalidad esto significa, ni más ni menos, que los jueces pueden evaluar las leyes creadas por el legislador utilizando los principios constitucionales. El carácter autoritativo del derecho seguiría operando porque los jueces tendrían que valerse únicamente de esos principios y no de otros.

En síntesis, la posibilidad de que los jueces utilicen razonamientos valorativos autorizados por el derecho depende del contenido del derecho, es decir si éste incorpora o no principios, y también de cuáles sean las

37. BULYGIN, "Alexy y el Argumento de la Corrección", p. 48.

normas que regulan la función judicial, pues podría ocurrir que el derecho incorpore principios, pero una regla les prohíba expresamente a los jueces aplicarlos. Pero, y esto es lo fundamental, *un concepto positivista de derecho no excluye a los razonamientos valorativos del ámbito del razonamiento jurídico*. Solamente excluye a razones para la acción que no puedan ser identificadas como normas jurídicas. Finalmente, si, como vimos más arriba, el sistema jurídico de un país admite junto con el derecho legislado al derecho no legislado, entonces existe la posibilidad de que ese sistema incorpore principios que no fueron creados de manera intencional por un autor. Nada de esto es contrario al positivismo jurídico, entendido como empresa preocupada por comprender al derecho.

IV.B Lo que los jueces están autorizados jurídicamente a hacer

Llegados a este punto, se entiende también por qué *La ley es la ley* pretende excluir del ámbito del derecho al *common law*. En efecto, como el propio autor admite en otra nota al pie, los jueces de tales sistemas estarían autorizados a invocar normas no legisladas al fundamentar sus sentencias: "*Tal vez en el common law un juez pueda invocar un principio como si fuera parte del derecho con independencia de norma alguna*".³⁸ Por lo tanto, el *common law* contradice la principal tesis conceptual del libro, a saber, que la función judicial se define como la actividad de apelar a razonamientos normativos únicamente con base a las reglas creadas de manera intencional por un autor que pretende tener autoridad. En efecto, la actividad típica de un juez del *common law* comprende el *overruling*, es decir, a reemplazar a una norma jurídica por otra, y el *distinguishing*, es decir, a introducir una excepción a una norma jurídica. Recordemos que el objetivo del libro es demostrar que es un error conceptual llamar "interpretación del derecho" a "desobedecer al derecho" e "introducir una excepción al derecho". La estrategia de *La ley es la ley* para alcanzar ese objetivo es acotar el concepto de derecho de una manera tal que el *common law* quede fuera del ámbito de lo jurídico. Y, así, sostener que los jueces, cuando actúan jurídicamente, no pueden reemplazar a una norma jurídica ("desobedecer") o introducir excepciones.

38. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad...*, p. 88, n. 1.

Sin embargo, el *common law* es una evidencia clara de que sistemas normativos que habitualmente consideramos jurídicos autorizan a los jueces a modificar el derecho. Por lo tanto, sostener que es un elemento necesario del concepto de derecho que la función judicial esté definida de manera tal que esté prohibido que los tribunales modifiquen el derecho vigente al momento de la decisión judicial es otro ejemplo de que *La ley es la ley* incluye ingredientes accidentales en el concepto de derecho. Lo que los jueces pueden o no hacer con relación al derecho vigente al momento de resolver un caso es algo que depende de *cómo estén regulados jurídicamente los poderes de los tribunales*.

En síntesis, la diferencia entre un sistema jurídico predominantemente de derecho legislado y otro con predominio de los precedentes radica de manera sustancial en la forma en que están regulados los poderes de los jueces para introducir excepciones en el derecho vigente: casi o totalmente nula en el primero y siempre posible en el segundo.³⁹ La redefinición del concepto de derecho que sugiere *La ley es la ley* es un intento de eliminar, por vía conceptual, ciertos poderes de los tribunales del ámbito de lo jurídico. De acuerdo con esta estrategia argumentativa, si dentro de una práctica jurídica los jueces reconocieran una doctrina de la obligatoriedad de los precedentes como una fuente de derecho, entonces habría que concluir que están equivocados: dicha parte de la práctica no podría ser llamada derecho. Sin embargo, si existe una convención social en torno al reconocimiento de la obligatoriedad de los precedentes, la tesis de las fuentes sociales, que defiende todo positivista conceptual que se precie de tal, debería conducir a admitir que ello forma parte del derecho.⁴⁰ El punto es muy relevante también porque la creación judicial del derecho es una instancia de producción *no intencional* de normas.⁴¹ Lo cual confirma que, *pace* Rosler, no todo derecho es el resultado de un acto intencional ejecutado por un autor. Un positivista conceptual debería prestar atención al dato y no borrarlo de su comprensión teórica del fenómeno jurídico mediante un *fiat* estipulativo.

El hecho de que la creación judicial del derecho no sea incompatible con una concepción conceptualmente positivista del derecho abre la

39. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, p. 195.

40. CROSS, "The House of Lords and the Rules of Precedent", pp. 153-154, 157; RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, p. 184, n. 170.

41. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, p. 207.

puerta para, finalmente, entender un poco mejor por qué no es un pecado mortal utilizar el término "interpretación" para actos judiciales de modificación normativa o de introducción de excepciones en el derecho vigente. Hace ya más de cuarenta años, Joseph Raz sostuvo que, en un sistema de *common law*, como el derecho inglés, la creación judicial del derecho no es *ex nihilo*, sino que responde, en primer lugar, al ejercicio de un poder jurídicamente regulado y, en segundo lugar, que los procedimientos o razonamientos que se siguen para ello también dependen de otros contenidos del derecho previamente establecido. De ese modo, aun en los supuestos en los que un caso no cuente con regulación jurídica, para resolverlo, un tribunal tendrá en cuenta el modo en que el derecho sí resuelve otros casos similares. Por cierto, un tribunal puede, en ocasiones, resolver de un modo radicalmente innovador. Pero, y especialmente en el *common law*, que se precia de promover cambios incrementales en el derecho, lo más probable es que la nueva solución sea construida por analogía con normas jurídicas previamente existentes. De ahí que, según Raz, aun cuando la creación y la aplicación del derecho son efectivamente dos actividades diferentes, existe una continuidad entre ellas. Este dato es el que, al menos en un sistema de *common law*, autorizaría a utilizar el término "interpretación" incluso para las actividades del *overruling* y del *distinguishing*, además de para la creación de derecho en casos no regulados. Dicho uso, por lo demás habitual entre juristas y operadores jurídicos, no puede ser descartado como irrelevante para un positivista conceptual, y ello es lo que ocurriría si aceptáramos el concepto supuestamente positivista que propone *La ley es la ley*.⁴² En obras bastante más recientes, Raz directamente sostiene que hay cuatro factores relevantes en el ámbito de la interpretación del derecho: la autoridad, la continuidad, la equidad y el desarrollo del derecho. Ellos incidirían en el modo en que los jueces deben encarar la actividad interpretativa y, en particular los últimos dos, serían los que justificarían la elaboración de interpretaciones innovadoras.⁴³ RAZ llega incluso a afirmar que el derecho "*está hecho para ser interpretado*".⁴⁴ La fuente intelectual del antiinterpretativismo de Rosler termina convirtiéndose en el interpretativista menos pensado.

42. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, pp. 206-209.

43. RAZ, *Between Authority and Interpretation: On the...*, pp. 232-237.

44. RAZ, *Between Authority and Interpretation: On the...*, p. 232.

La obvia objeción con la que nos encontraríamos aquí es que, en un sistema de derecho legislado, los jueces no tendrían un poder tal. Pero que lo tengan o no es algo que no depende de cómo definamos o clasifiquemos al sistema, sino que es consecuencia de las normas que integran al sistema. Decimos que un país pertenece a la tradición del *common law* porque las normas de su sistema jurídico contienen una doctrina de la obligatoriedad de los precedentes y les reconocen poderes de creación normativa a los jueces. En cambio, decimos que un país pertenece a la tradición del derecho continental si sus normas no incluyen una doctrina del precedente obligatorio y no les reconocen poderes nomogenéticos a los tribunales. La clasificación de un sistema jurídico requiere que primero identifiquemos a sus normas. No hay ningún obstáculo conceptual para que un sistema jurídico que establezca al derecho creado intencionalmente por un autor como su fuente principal de derecho les reconozca al mismo tiempo a los tribunales ciertos poderes para apartarse de la solución legislativa, al menos en determinados casos.

De hecho, esa posibilidad condujo a que, dentro del positivismo contemporáneo, se introdujera el concepto de "derrotabilidad" y se desarrollara un muy prolífico debate no solo sobre el concepto en sí, sino también, precisamente, sobre la posibilidad de que la noción de derrotabilidad de las normas jurídicas implicara desafío para el propio positivismo jurídico. Muchas veces, para identificar cuál es la disciplina a la que pertenece una obra, es importante ver con qué otros autores u obras dialoga. El silencio de *La ley es la ley* sobre todo este debate constituiría otro indicio de que el libro no tiene un interés en afiliarse a la filosofía del derecho.⁴⁵

En esa línea, ¿qué ocurriría si el sistema jurídico incluyera una constitución que incorpora a varios principios a su texto y, al mismo tiempo, les reconociera a los jueces el poder de evaluar, utilizando tales principios, a las leyes que dicta el congreso para determinar si las normas legislativas, sean ellas reglas o principios, serán finalmente aplicadas en las sentencias? El control judicial difuso de constitucionalidad se aproxima mucho a un

45. ALCHOURRÓN, Fundamentos para una Teoría General de los Deberes; BAYÓN & RODRÍGUEZ, Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales; FERRER BELTRÁN & RATTI, The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility; NAVARRO & RODRÍGUEZ, Deontic Logic and Legal Systems, pp. 185-195; MACCORMICK, "Defeasibility in Law and Logic"; SARTOR, "Defeasibility in Legal Reasoning"; NAVARRO & RODRÍGUEZ, "Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas".

sistema así. Según el modo en que se desarrolle el razonamiento empleado por un tribunal, una ley podría ser considerada completamente inconsistente con un principio constitucional, con lo cual la decisión se asemejaría a un *overruling*, o, en cambio, se podría considerar que lo que es incompatible con el principio es la forma en que la ley se aplicó al caso, con lo cual estaríamos en un supuesto análogo al de un *distinguishing*. En ambos supuestos, el tribunal estaría "desobedeciendo" a la ley o creando una excepción a ella, pero, al mismo tiempo, lo estaría haciendo en virtud de una norma jurídica que le otorga poderes para ello y, además, utilizando un razonamiento valorativo autorizado por la constitución. Con lo cual, no se ve cuál sería la objeción a llamar "interpretación" a esta actividad. El "cambio" normativo se fundaría en normas jurídicas, los principios constitucionales, que son autoritativos porque se tiene en cuenta a los principios formulados en la constitución, y no a estándares normativos que no sean jurídicos. Si, además, el tribunal realiza dicha actividad teniendo en cuenta precedentes judiciales relativos al modo en que se interpretó previamente a aquellos principios, entonces la analogía entre un sistema de control judicial difuso de constitucionalidad y el modo en que Raz caracteriza al *common law* en el derecho inglés quedará completa. En otras palabras, una práctica constitucional como la argentina, en la que los precedentes judiciales tienen un rol fundamental, no tiene nada de "antipositivista".⁴⁶

Por lo tanto, el carácter apropiado del término "interpretación" para esta clase de actividades no puede ser excluido conceptualmente, sino que dependerá de rasgos accidentales de cada sistema jurídico. En un sistema jurídico en el que los jueces no tengan *ningún poder de creación normativa*, quizás sea posible considerar un error conceptual grave llamar "interpretación" a un acto que no es otra cosa que desobediencia del derecho. Pero restaría ver si existe, o si alguna vez existió, un sistema jurídico en el cual efectivamente los jueces carezcan completamente de poderes de esa naturaleza. Tal vez, el derecho romano arcaico de la *stipulatio* haya sido así.⁴⁷ Lo que es importante, más allá de todo, es que el hecho de que los jueces cuenten con poderes de creación normativa o no es un dato accidental del fenómeno jurídico y, por lo tanto, un concepto de derecho que se pretenda descriptivo no puede incluirlo como un rasgo necesario. Si lo hace, entonces deberemos abandonar a toda

46. CAMINOS, "Precedentes Judiciales en el Derecho Constitucional".

47. ATRIA, *On Law and Legal Reasoning*, pp. 143-146.

teoría que se valga de un concepto así pues no se ajustará al mundo y entonces dará lugar a proposiciones falsas

Es sumamente curioso que las construcciones conceptuales que Rosler elabora en *La ley es la ley* contradicen a la concepción republicana del derecho constitucional que defendió en *Razones Públicas*, su anterior libro. Allí, con cita de Hannah Arendt, sostuvo que, en una república, la Corte Suprema es "*la verdadera sede de la autoridad*", la que se traduce "*en una suerte de poder constituyente constante*". A continuación, en nota al pie, agrega que, en un sistema tal, "*los jueces tienen la última palabra, merced al control judicial de constitucionalidad*".⁴⁸

El Rosler de *Razones Públicas* reconoce que es posible (y, si se adhiere el republicanismo, incluso deseable) que la autoridad final recaiga en los jueces quienes tienen un poder de creación del derecho, el "poder constituyente constante", que ejercen al controlar la constitucionalidad de las leyes. El Rosler de *La ley es la ley* niega que pueda llamarse derecho al creado por los jueces. ¿Una república no puede tener derecho entonces? ¿El positivismo normativo, según el cual los jueces no deberían tener poderes de creación normativa, es incompatible con el republicanismo? ¿Cuál de los dos Rosler tiene razón?

Un genuino positivista conceptual primero trataría de describir la regulación de los poderes de los tribunales para entender qué es lo que los jueces pueden hacer de acuerdo a derecho. Lo que un positivista conceptual no haría es elaborar un concepto normativo de derecho y sostener que los deberes de los jueces se derivan de *su* teoría en lugar del derecho vigente. Pero esto es precisamente lo que hace *La ley es la ley*. Esto confirma, entonces, que la obra es, de principio a fin, un espectacular trabajo de filosofía política *sobre* el derecho y no un libro de filosofía *del* derecho. Ciertamente, alguien podría señalar que estas distinciones disciplinares son artificiales. Diré algo sobre esa objeción más abajo. Sin embargo, deseo recordar que es el propio autor el que propuso la división del trabajo entre la filosofía del derecho y la filosofía política. Por lo tanto, estamos evaluando a la obra de acuerdo con los mismos estándares de éxito que propuso su autor. Como obra de filosofía del derecho, *La ley es la ley* no cumple con su promesa. Como trabajo de filosofía política, la satisface, incluso en forma supererogatoria.

48. ROSLER, "Razones Públicas: seis conceptos básicos sobre la república", p. 200 y n. 97.

V. LA TRAMPA DWORKINIANA

Hablar de la filosofía del derecho de Ronald Dworkin es sumamente complejo. Toda la obra dworkiniana se desarrolló por un período de tiempo de varias décadas, durante el cual siempre pareció existir un núcleo duro de ideas, pero expresado con formulaciones diversas y con una variedad de matices que, en ocasiones, justificaría poner en duda la tesis de que se trata de una única posición. En este trabajo no deseo efectuar una reconstrucción acabada de la propuesta de Dworkin, ni mucho menos defenderla de sus críticos. Pero sí me interesa mostrar que la propuesta conceptual de *La ley es la ley* podría llegar a caer en la "trampa dworkiniana". Es decir que, al defender una propuesta positivista normativa, y no meramente conceptual, Rosler estaría siguiendo el manual de instrucciones de Dworkin, por lo cual, lejos de refutar al "interpretativismo", *La ley es la ley* podría ser calificado como un libro que confirma a tal concepción.

V.A Los dos niveles de la propuesta de Dworkin y la trampa dworkiniana

Como es sabido, en *Law's Empire*, Dworkin sostuvo que el concepto de derecho es interpretativo. Ello quiere decir que para usar el derecho se requiere llevar adelante un ejercicio de lo que Dworkin denominó interpretación constructiva:

"En gran medida, la interpretación constructiva consiste en adscribirle un propósito a un objeto o práctica con el fin de convertirlo en el mejor ejemplo posible del género o la clase al cual se considera que pertenece."⁴⁹

A simple vista, entonces, la interpretación constructiva requiere: (i) identificar un objeto o práctica como perteneciente a un género o clase; y (ii) adscribirle un propósito con el fin de convertirlo en el mejor ejemplo posible de ese género o clase. Dworkin llama a estos dos momentos de la interpretación "ajuste" y "justificación", respectivamente. En el ámbito específico del derecho, Dworkin sostiene que, en la primera etapa, tiene

49. DWORKIN, *Law's Empire*, p. 52.

lugar lo que él llama “preinterpretación”, en la cual son identificadas las normas que, preliminarmente, se considera que conforman el contenido de la práctica jurídica. Dworkin reconoce que, en esta etapa, “*algún tipo de interpretación es necesario*”, pero también afirma que, por lo general, existe un importante grado de consenso entre los miembros de la comunidad jurídica.⁵⁰

Creo no equivocarme demasiado al decir que el momento preinterpretativo consiste principalmente en la enumeración de ciertas disposiciones contenidas en documentos normativos y de otras fuentes posibles, como sentencias judiciales, junto con una primera adscripción de significado a tales disposiciones (y fuentes alternativas) que permite, precisamente, establecer que ellas formulan normas que son *prima facie* relevantes para la solución de un problema práctico. Es posible también que, de un modo quizás implícito, se efectúe alguna sistematización, ya sea para indicar si el problema práctico corresponde a un caso regulado o a una laguna normativa, o determinar la inexistencia jurídica de alguna de las normas o destacar la existencia de alguna relación de jerarquía material entre normas.

La segunda etapa consiste en el momento de la interpretación, en sentido estricto. De acuerdo con Dworkin, el intérprete determinará “*una justificación general de los principales elementos de la práctica identificados en la etapa preinterpretativa*”.⁵¹ Como vimos, la forma en la que, según Dworkin, se lleva adelante esa justificación consiste en la adscripción de un propósito al objeto. Por lo tanto, el intérprete deberá pensar no tanto en cuál es la función que cierta parte del derecho cumple, sino, más bien, en cuál propósito debería satisfacer para ser *valiosa*.

En caso de que hubiera justificaciones rivales, Dworkin considera que la elección entre ellas está regulada por una serie de valores políticos, entre los cuales ocupa un lugar muy especial el valor de la integridad: “*Solamente sostengo la idea de que el caso en favor de la integridad es fuerte en la segunda, y más política, dimensión de la interpretación*”.⁵² Este valor exige que las decisiones actuales de los funcionarios públicos, y de los jueces en particular, sean consistentes con las decisiones pasadas, pero no únicamente respecto de las normas jurídicas expresas creadas a través de

50. DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 65-66.

51. DWORKIN, *Law's Empire*, p. 66.

52. DWORKIN, *Law's Empire*, p. 216.

leyes o precedentes, sino también en relación a las justificaciones generales que se hubieran dado en el pasado, es decir, los principios generales, que Dworkin de manera poco precisa llama "principios de moralidad personal y política", que están presupuestos en dichas normas.⁵³

La integridad obliga a los operadores jurídicos a que tengan en cuenta a otros valores, como la justicia, la equidad y el debido proceso. Vale la pena citar a la fuente directamente:

"El principio adjudicativo de la integridad instruye a los jueces a identificar los derechos y deberes jurídicos, tanto como sea posible, sobre la base de asumir que fueron creados por un único autor, la comunidad personificada, y que expresan una concepción coherente de la justicia y de la equidad. (...) De acuerdo con el derecho como integridad, las proposiciones normativas sobre el derecho son verdaderas si ellas aparecen en, o se siguen de, los principios de justicia, equidad y debido proceso que provean la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de la comunidad."⁵⁴

De ese modo, siempre es *posible*, pero en absoluto necesario, que la etapa interpretativa, en sentido estricto, desemboque en una actividad de construcción y, eventualmente, de *reinterpretación* y *resistematización* de los elementos de la práctica, identificados, interpretados y sistematizados en el momento preinterpretativo. Por lo tanto, el meollo de la cuestión parece ser, para utilizar un par conceptual propuesto por Fernando Atria, establecer ante cada problema jurídico una decisión entre la *certidumbre*, es decir, darle una solución que sea lo más respetuosa posible de los resultados de la etapa preinterpretativa, y el carácter *apropiado* de esa decisión, o sea, que ella tenga en cuenta a la totalidad de las reglas y principios que son relevantes para el problema jurídico.⁵⁵

En la terminología de Schauer, se trata de discutir si en la instancia de aplicación de las normas se utilizará un modelo "atrincherado" (formalismo), en el cual prevalece la autonomía semántica de la norma creada por el legislador, o uno "conversacional" (antiformalismo), en el cual adquieren relevancia lo que Schauer denomina razones subyacentes

53. DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 95-96.

54. DWORKIN, *Law's Empire*, p. 225.

55. ATRIA, *On Law and Legal Reasoning*, pp. 91-92.

a la creación de la norma. De ese modo, el modelo "conversacional" dará lugar a un procedimiento de toma de decisiones *particularista*, mientras que el modelo atrincherado es la base de un procedimiento decisorio *fundado en reglas*.⁵⁶ Es importante reiterar que esta distinción *no es ni cointensiva ni coextensiva con la que existe entre positivismo y antipositivismo*. En efecto, si las propiedades que el aplicador tiene en cuenta en la instancia de aplicación son aquellas que el legislador utilizó para otras normas jurídicas, y no se derivan de algún sistema moral, entonces nada hay aquí de antipositivismo.

En lo sucesivo, me referiré con el término "formalismo" al modelo normativo que sostiene que debe privilegiarse a la certidumbre, mientras que "antiformalismo" será utilizado para la posición contraria. De acuerdo con una visión muy difundida, Dworkin sería el campeón del antiformalismo. Quien adhiera a posiciones dworkinianas o "interpretativistas" debería ser necesariamente antiformalista. Esta visión está equivocada pues la obra de Dworkin debe ser leída cuidadosamente. En efecto, en obras posteriores a *Law's Empire*, Dworkin rescató del olvido al ideal que él llamo "legalidad" y que, en gran medida, es la llave para llegar a conclusiones interpretativas formalistas.⁵⁷ En estas obras posteriores, Dworkin despejó un malentendido habitual sobre la tarea intelectual que había encarado en *Law's Empire*: la concepción del derecho como integridad es un programa teórico que indica cómo llevar adelante una argumentación normativa, pero que no conduce necesariamente a un resultado antiformalista.

En *Law's Empire*, Dworkin propuso los elementos de ese programa, pero, además, también llevó adelante una argumentación específica. El resultado de ese argumento fue, ciertamente, una elaborada imagen antiformalista del derecho. Sin embargo, es perfectamente posible aceptar el programa del derecho como integridad y llevar adelante una argumentación que tenga un resultado distinto. Esta posibilidad fue admitida por el propio Dworkin al advertir que, en *Law's Empire*, él había mostrado una "*relación posible*" entre los valores de la integridad y la legalidad. Pero ello no implicaba que no fueran posibles otras relaciones entre tales valores, incluyendo una en que la legalidad tuviera más peso. De ese modo, sostuvo Dworkin, quienes no estén satisfechos con el modo en que él mostró la relación entre

56. SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical...*, pp. 38-52, 77-78.

57. DWORKIN, *Justice in Robes*, pp. 140-186; DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, pp. 400-415.

integridad y legalidad de todos modos pueden permanecer en el barco del derecho como integridad.⁵⁸

Una forma posible de llevar adelante ese mayor compromiso con el valor de la legalidad podría consistir en considerar que, por ejemplo, las disposiciones de la Constitución que se refieren a las competencias de los poderes del gobierno responden a algún valor político que también es interpretativo. Del mismo modo, también permitiría distinguir entre derechos constitucionales "legislativos" y derechos constitucionales "jurídicos". Esta última distinción se basaría en algún valor político que indicaría que hay ciertos derechos que deben ser reconocidos únicamente mediante leyes, y otros podrían ser reconocidos directamente por los jueces. Sorprendentemente, entonces, Dworkin, a quien se señala como el campeón del activismo judicial y de la sobreinterpretación de la constitución, admite que su enfoque teórico podría dar lugar a la distinción entre cláusulas constitucionales programáticas y operativas, y a que consideraciones relacionadas con la estructura de gobierno, como podría ser la autoridad de la democracia y la división de poderes, justifiquen la decisión de los jueces de mostrarse deferentes frente a la legislación en algunos casos o estimar que ciertos problemas resultan "no justiciables".⁵⁹

Como vemos, el derecho como integridad es compatible con el formalismo. De ahí que, cuando se desea "refutar" a Dworkin es importante tener en mente cuál es el objeto del ataque. Aquí es donde aparece la *trampa dworkiniana*, a la que podemos definir de la siguiente manera. Uno puede objetar las conclusiones antiformalistas de *Law's Empire*. En tal caso, puede tratar de defender el formalismo. Pero, si lo hace siguiendo el método propuesto por Dworkin, entonces el ataque será una confirmación más que una refutación. En cambio, uno podría sostener que la teoría del derecho no debe proponer una doctrina de la decisión judicial. Pero, en tal caso, no habrá una refutación, sino una delimitación diferente de la actividad intelectual. La trampa dworkiniana consiste en que, si uno decide entablar un diálogo con Dworkin, debe hacerlo aceptando las reglas de juego definidas por él. Por lo tanto, no hay forma de salir victorioso de esa batalla.

58. DWORKIN, *Justice in Robes*, p. 178; DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 226-227.

59. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, pp. 409-410, 413-415.

V.B I Can't Get No Satisfaction/'Cause I Try and I Try and I Try and I Try

La ley es la ley tiene varios objetivos. El principal es defender una concepción sobre cómo los jueces deben resolver casos. Para ello, propone un concepto de derecho, que, según vimos, es normativo y que considera que solo las normas creadas intencionalmente por un autor pueden ser calificadas como "derecho", de manera tal que los jueces deben limitarse a aplicar las que sean jurídicas según esa definición. Finalmente, el modo de aplicar las normas jurídicas es a través del tipo de razonamiento que el autor llama "normativo" con exclusión del razonamiento valorativo. De paso, el libro también pretende refutar al "interpretativismo", es decir, a la peculiar forma en la que Rosler reconstruye a la concepción del derecho de Ronald Dworkin. En esta última sección, espero mostrar por qué el autor no consigue cumplir con sus objetivos.

El primer punto relevante es el monismo conceptual por el que apuesta Rosler. El positivismo distingue entre un concepto descriptivo de derecho, que permite dar cuenta del derecho que *es*, y un concepto prescriptivo de derecho, que permite elaborar una propuesta sobre cómo *debe ser* el derecho. Rosler, en su obra, se refiere a un único concepto de derecho, que sería común tanto al positivismo conceptual como al normativo. Sin embargo, como ya vimos, el concepto elaborado en el libro fracasa si su dirección de ajuste es descriptiva, pues no se ajusta al mundo. Ello es así porque excluye del ámbito del derecho a sistemas normativos que habitualmente consideramos jurídicos, como aquellos que pertenecen a la tradición del *common law*.

Por lo tanto, el libro no cumple con su objetivo explícito de ser una obra de filosofía del derecho. El concepto de derecho que propone es normativo. Ahora bien, como propuesta normativa, el libro incurre en una contradicción performativa. En efecto, dado que los poderes de los tribunales están jurídicamente regulados, antes de decir cómo los jueces *deben* razonar o resolver casos, un positivista normativo debería identificar las normas que regulan la competencia de los jueces. Sin embargo, el libro directamente propone un modelo de función judicial con total independencia de las normas jurídicas que definen a dicha institución. En otras palabras, *La ley es la ley* no sigue la misma receta que recomienda.

La situación descrita en el párrafo anterior revela una inconsistencia pragmática que, a mi juicio, es letal para el argumento del libro. En efecto,

al final del día, *La ley es la ley* está realizando una valoración de la función judicial. Está afirmado por qué un poder judicial que funcione de cierta manera es valioso o bueno y por qué uno que no se ajuste a ese modelo es malo. Pero el corazón argumentativo del libro es que, como tenemos desacuerdos sobre las valoraciones, debemos recurrir al razonamiento normativo para actuar de manera coordinada para superarlos.

Las normas que definen las atribuciones de los tribunales son tan parte del derecho como el Código Penal. Aquellas normas están pensadas para resolver el problema del desacuerdo valorativo sobre cuál es el mejor modelo de funcionamiento de los tribunales. Si ello es así, ¿por qué el autor esquivo el razonamiento normativo sobre la función judicial y expone un razonamiento valorativo? Una respuesta posible aquí es que el autor está en desacuerdo con las normas jurídicas que regulan dicha función. Pero ello significaría, entonces, que a pesar de que ellas no se ajustan a su concepto normativo de derecho, de todos modos, podrían ser identificadas como parte del derecho argentino. Entonces, al final del día, Rosler debería admitir el dualismo conceptual.

La otra alternativa es que Rosler se aferre al monismo conceptual y que sostenga que si las normas que regulan la función judicial no coinciden con su propia valoración sobre cómo debería estar regulada dicha función, entonces ellas no tendrían carácter jurídico. Si Rosler siguiera este camino, estaría aseverando que los deberes *jurídicos* de los tribunales no se derivarían de las normas jurídicas vigentes sino de la *mejor concepción* sobre el rol institucional de los jueces. Si esta fuera la opción por la que se decanta el autor, resultaría muy difícil distinguir su propuesta de la Dworkin. En efecto, si Rosler argumentara que la mejor manera de entender al derecho es como un conjunto de reglas creadas intencionalmente por un autor con el propósito de permitir la acción esquivando los desacuerdos valorativos, y tal parece ser su concepción sobre lo que el derecho *debe ser*, entonces resulta, ni más ni menos, que la propuesta de *La ley es la ley* es "interpretativista". A un objeto le adscribe una justificación relacionada con aquello que lo hace valioso. A partir de esa justificación, realiza una interpretación, en sentido estricto, de la cual deriva ciertos deberes jurídicos de los tribunales como, por ejemplo, que solo deben tener en cuenta a las normas jurídicas y que está prohibido que desarrollen razonamientos valorativos. Rosler podría escapar a esta alternativa si afirmara que los deberes que él prescribe para los tribunales son morales y no jurídicos. Pero ello terminaría de confinar su obra al ámbito de la filosofía política o moral.

En síntesis, las alternativas son las siguientes. Como obra de filosofía política, que prescribe cómo razonar sobre el derecho, las conclusiones del libro sobre la función de los tribunales son autofrustrantes porque no cumplen con sus propias prescripciones. Para determinar cuáles son los deberes jurídicos de los tribunales un positivista normativo debería escribir un trabajo de dogmática procesal y, eventualmente, constitucional. Sin embargo, el libro dedica todo un capítulo a la función judicial sin hacer la menor alusión al derecho vigente en ningún país, e incluso desconociendo la regulación existente en países como el Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda y la mayoría de los estados de Estados Unidos. Por otra parte, como obra de filosofía del derecho, el libro no es positivista porque rechaza el dualismo conceptual. Y, como refutación del "interpretativismo", fracasa también porque sigue la receta metodológica propuesta por Dworkin, o sea: derivaría deberes jurídicos a partir de la mejor concepción sobre el derecho. Al final, al autor le termina pasando lo que a Mick Jagger y Keith Richards: no puede obtener satisfacción, a pesar de intentarlo, intentarlo, intentarlo e intentarlo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos E., *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Marcial Pons, 2010, Madrid.
- ALEXANDER, Larry & SHERWIN, Emily, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge University Press, 2008, Nueva York.
- ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002, Oxford, traducción de RIVERS, Julian.
- , *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Clarendon Press, 2002, Oxford, traducción de LITSCHESKI PAULSON, Bonnie & PAULSON, Stanley L.
- ATIENZA, Manuel & RUIZ MANERO, Juan, *A Theory of Legal Sentences*, Kluwer, 1998, Dordrecht, traducción de ZIMMERLING, Ruth.
- ATRIA, Fernando, *On Law and Legal Reasoning*, Hart, 2001, Oxford.
- , *La forma del derecho*, Marcial Pons, 2016, Madrid.
- BAYÓN, Juan Carlos & RODRÍGUEZ Jorge Luis, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Universidad Externado de Colombia, 2003, Bogotá.

- BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Clarendon Press, 1991, Oxford, edición de BURNS, JAMES H. & Hart Herbert L. A.
- BOBBIO, Norberto, *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*, Laterza, 2011, Roma.
- BULYGIN, Eugenio, "Alexy y el Argumento de la Corrección", en ALEXY, Robert & BULYGIN, Eugenio, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, 2001, Bogotá, traducción de GAIDO, Paula.
- CALABRESI, Guido, *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard University Press, 1982, Cambridge (Massachusetts).
- CAMINOS, Pedro A., "Precedentes judiciales en el derecho constitucional", en *Jurisprudencia Argentina, Dossier Derecho Constitucional*, Vol. 7, 2018, pp. 21-46.
- CARRÍO, Genaro R., "Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del derecho", en *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, Vol. 1, N° 2, 2004, pp. 111-126.
- CROSS, Rupert, "The House of Lords and the Rules of Precedent", en HACKER, Peter M. S. & RAZ Joseph (eds.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Clarendon Press, 1977, Oxford.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, Cambridge (Massachusetts).
- , *Law's Empire*, Belknap Press, 1986, Cambridge (Massachusetts).
- , *Justice in Robes*, Belknap Press, 2006, Cambridge (Massachusetts).
- , *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press, 2011, Cambridge (Massachusetts).
- FARBER, Daniel A. & FRICKEY, Philip P., "In the Shadow of the Legislature: The Common Law in the Age of the New Public Law", en *Michigan Law Review*, Vol. 89, 1991, pp. 875-906.
- FERRER BELTRÁN, Jordi & RATTI, Giovanni Battista (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford University Press, 2012, Oxford.
- FON, Vincy & PARISI, Francesc "Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis", en *International Review of Law and Economics*, Vol. 26, 2006, pp. 519-535.
- GÜNTHER, Klaus, *The Sense of Appropriateness. Application Discourses in Morality and Law*, State University of New York Press, 1993, Albany, traducción de FARRELL, John.

- HART, Herbert L. A., *The Concept of Law*, 3ª ed., Oxford University Press, 2012, Oxford.
- MACCORMICK, Neil, "Defeasibility in Law and Logic", en BANKOWSKI, Zenon, WHITE, Ian & HAHN, Ulrike (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Kluwer, 1995, Dordrecht.
- MERRYMAN, John Henry & PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 3ª ed., Stanford University Press, 2007, Stanford.
- NAVARRO, Pablo E. & RODRÍGUEZ, Jorge Luis, "Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas", en *Isonomía*, Vol. 13, 2000, pp. 61-85.
———, *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge University Press, 2014, Cambridge.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, 1980, Buenos Aires.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, 1979, Oxford.
———, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, 1986, Oxford.
———, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, edición revisada, Clarendon Press, 1995, Oxford.
———, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, 2009, Oxford.
- RICHARDSON, Henry S., "Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems", en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 19, N° 4, 1990, pp. 279-310.
- RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, Madrid.
———, "En defensa del positivismo conceptual", en GALLEGO SAADE, Javier (ed.), *El derecho y sus construcciones. Diálogos con La forma del derecho de Fernando Atria*, Palestra, 2020, Lima.
- ROSLER, Andrés, *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, Katz Editores, 2016, Buenos Aires.
———, *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, Katz Editores, 2019, Buenos Aires.
- SARTOR, Giovanni, "Defeasibility in Legal Reasoning", en *Rechtstheorie*, Vol. 24, 1993, pp. 281-316.
- SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, 1991, Oxford.

- , *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, 2009, Cambridge (Massachusetts).
- SHOENBERGER, Allen, "Change in the European Civil Law Systems: Infiltration of the Anglo-American Case Law System of Precedent into the Civil Law System", en *Loyola Law Review*, Vol. 55, 2009, pp. 5-21.
- STRAUSS, Peter L., "On Resegragating the Worlds of Statute and Common Law", en *Supreme Court Review*, Vol. 9, 1994, pp. 429-540.
- SUNSTEIN, Cass R., "Problems with Rules", en *California Law Review*, Vol. 83, N° 4, 1995, pp. 953-1026.
- TWINING, William & MIERS, David, *How to Do Things with Rules. A Primer of Interpretation*, 5ª ed., Cambridge University Press, 2010, Nueva York.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, 1963, Londres.
- , *The Varieties of Goodness*, Routledge & Kegan Paul, 1963, Londres.
- WEBER, Max, *Economy and Society. An Outline of Interpretive Sociology*, University of California Press, 1978, Berkeley, traducción de FISCHOFF, Ephraim & otros, Vol. II.

RESPUESTA SIMPLE A "LA LEY ES MÁS COMPLEJA"

ANDRÉS ROSLER**

Le agradezco mucho a Pedro Caminos por haberse tomado el trabajo de escribir un estudio crítico de *La ley es la ley* y a *Lecciones y Ensayos* por haberme ofrecido la posibilidad de responderle. La tesis de Caminos es que el libro es un "magnífico" libro de filosofía política¹ aunque haya "fracasado" como una obra sobre filosofía del derecho.² Caminos no dice por qué el libro es "magnífico", pero sí menciona por qué es un fracaso. Las razones principales de este último consisten en que si bien el libro intenta describir qué es el derecho, en el fondo termina proponiendo un modelo acerca de cómo debe ser. En otras palabras, el positivismo conceptual descripto en la obra está normativamente contaminado.³ Además, según Caminos, por momentos, el libro adolece de una "confusión conceptual", aunque el propio Caminos sostiene que: "No se trata, en verdad, de una confusión sino de un argumento normativo".⁴ A esto se suman los siguientes defectos: el libro defiende la tesis de que el derecho es derecho de autor⁵ y, por lo tanto, es incapaz de explicar el *common law* y/o concluye que el *common law* no es derecho,⁶ contradice lo que afirma otro libro de mi autoría,^{7 8} no advierte

* Recepción del original: 26/10/2021. Aceptación: 18/11/2021.

** Andrés Rosler es abogado recibido de la UBA, máster en Ciencia Política en FLACSO y doctor en Derecho por la Universidad de Oxford. Es profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA. Es investigador en la Carrera del Investigador Científico, CONICET.

1. CAMINOS, "La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler", p. 275.

2. CAMINOS, "La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler", pp. 279 y 305.

3. CAMINOS, "La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler", p. 279.

4. CAMINOS, "La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler", p. 290.

5. CAMINOS, "La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler", p. 280.

6. CAMINOS, "La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler", p. 284.

7. ROSLER, *Razones públicas: seis conceptos básicos sobre la república*, p. 91.

8. CAMINOS, "La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler", p. 297.

y/o cae en la trampa de Dworkin.⁹ Voy a aprovechar la oportunidad para aclarar estos puntos. Ciertamente, no me sorprendería que el libro sea un fracaso, pero si lo es no se debe a lo que dice Caminos.

En primer lugar, Caminos está mucho más de acuerdo con el libro de lo que él reconoce. En efecto, según Caminos, "los problemas de fundamentación que exhiben muchas sentencias no pueden resolverse estipulando un concepto de derecho. Ello es así porque sus defectos son, básicamente, interpretativos".¹⁰ Da la impresión de que Caminos aquí concede implícitamente en que "al menos" algunas sentencias sí tienen problemas de fundamentación que pueden ser resueltos sobre la base del concepto de derecho, lo cual en gran medida es exactamente la tesis central de *La ley es la ley*. Esto indicaría que "para el propio Caminos" en el fondo el libro no es un fracaso como teoría del derecho, salvo que lo que diga Caminos sea parte del fracaso también.

Cualquier lector puede apreciar que "según el libro" el problema principal que tiene el interpretativismo es que sostiene la tesis de la interpretación permanente, es decir, que todo el derecho es siempre un fenómeno interpretativo que no puede ser reducido a cuestiones conceptuales. De ahí que los problemas del interpretativismo no se deben exclusivamente a una teoría de la interpretación en especial o a que alguien defienda una teoría distinta de la interpretación, sino a la idea misma de la interpretación permanente: "Dworkin no puede demostrar que el derecho es interpretativo siempre, con independencia de cuál sea nuestra teoría de la interpretación".¹¹ Voy a asumir, entonces, que el pasaje que acabo de citar de Caminos es solamente un *lapsus* y no corresponde a su pensamiento.

Algo similar ocurre cuando Caminos dice estar "en desacuerdo con la idea de que el concepto de derecho exige un determinado modelo de función judicial que necesariamente excluye la posibilidad de que los jueces realicen razonamientos valorativos en sus sentencias".¹² En realidad, la teoría de que el derecho tiene autoridad no implica que los jueces tengan prohibido realizar razonamientos valorativos, sino que estos razonamientos valorativos deben estar previstos por el derecho o "al menos" no deben

9. CAMINOS, "La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler", p. 303.

10. CAMINOS, "La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler", p. 274. Énfasis agregado.

11. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 141.

12. CAMINOS, "La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler", p. 274.

ser incompatibles con la autoridad del derecho. Muchas veces, estos valores quedan positivizados o, devienen parte del razonamiento normativo. Obviamente, en última instancia, la decisión última de seguir el derecho vigente es de naturaleza valorativa, pero esto último es una tautología. Según el interpretativismo, en cambio, la valoración es siempre indispensable para identificar el derecho vigente.

Visto en su mejor luz, el interpretativismo es una teoría sobre qué hacen y/o deben hacer los jueces frente a los casos difíciles, lo cual explica el papel preponderante que Dworkin le asigna a la moralidad política. Esto puede ser muy útil para los jueces de los tribunales superiores (aunque últimamente hasta los tribunales superiores tienen que tratar casos que no son difíciles), pero no puede cumplir satisfactoriamente con las necesidades de una teoría general del derecho, particularmente en lo que atañe a un Estado de derecho democrático. Además, si el interpretativismo no es una teoría general del derecho, no hace ninguna diferencia ya que muy pocos negarían que en caso de que existieran diferentes alternativas jurídicas habría que elegir aquella que es la mejor —aunque si existe una alternativa mejor el caso no es tan difícil como parecía—. ¹³

I. LA CONTAMINACIÓN DEL DERECHO

Caminos tiene razón en que, como suele pasar, el libro tiene dos trabajos. Por un lado, se trata de un libro sobre filosofía del derecho. Ese es el propósito de los primeros cuatro capítulos sobre iusnaturalismo, positivismo jurídico e interpretativismo. Por el otro lado, en el último capítulo —que también cumple dos trabajos ya que a la vez sirve como conclusión— el libro incursiona en el terreno de la filosofía política:

“Hasta aquí, la filosofía del derecho. En estas páginas finales quisiera detenerme brevemente en la filosofía política que subyace al positivismo jurídico. La insistencia en que el derecho pretende tener autoridad no es meramente una cuestión legal, que solo debería interesar a quienes estudian y/o practican el derecho, sino que es asimismo fundamentalmente política”. ¹⁴

13. FINNIS, “On Reason and Authority in Law’s Empire”, pp. 371-372.

14. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 178.

De ahí que soy el primero en reconocer que el positivismo jurídico está políticamente contaminado. Los orígenes de esta teoría del derecho no podrían ser más políticos. Voy a volver a este punto más abajo. Sin embargo, el atractivo del positivismo jurídico se debe a su énfasis en que la normatividad del derecho no depende de consideraciones políticas, o en todo caso —tal como se puede apreciar en su línea fundadora— el proyecto político del positivismo consiste en separar el derecho de la política. Incluso los jueces más interpretativistas que creen haber dado con una respuesta correcta, una interpretación en su mejor luz, etc., no nos permiten que “interpretemos” sus decisiones —es decir, que las valoremos—, sino que exigen que reconozcamos su autoridad, que los obedezcamos, sobre todo en caso de que no nos haya convencido su interpretación, valoración, etc. Lo mismo vale obviamente para quienes hacen énfasis en la ponderación del derecho. Tal como se puede apreciar al final del capítulo IV sobre el interpretativismo: “el discurso interpretativista en lugar de ser antipositivista bien puede describirse como una especie de positivismo encubierto o judicial, amén de que desemboca en el tan vilipendiado —por antidemocrático— ‘gobierno de los jueces’”.¹⁵

Camino también cree que el libro está políticamente contaminado debido a que, en lugar de describir lo que hacen los jueces, a la vez estoy diciéndoles lo que tienen que hacer.¹⁶ En otras palabras, no es solo un libro para los que se interesan en la teoría del derecho, sino que además es un libro para los jueces. Esto lo tomo como un elogio francamente ya que no imaginé que el libro podría ser de interés para los tribunales. Jamás hubiera imaginado que a los tribunales les podía interesar un libro que defiende una tesis que se supone es muy conocida por los participantes de la práctica, a saber, la idea de que el derecho tiene autoridad y pretende ser obedecido hasta por los jueces, particularmente cuando estos últimos pertenecen a un diseño institucional democrático.

No es imposible que el diseño institucional mismo les dé todo el poder a los jueces, como por ejemplo parece suceder en los sistemas neoconstitucionalistas;¹⁷ sin embargo, dado que el diseño institucional

15. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 175.

16. CAMINO, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, p. 289/290.

17. Dicho sea de paso, es curioso que, tal como lo indica el título mismo del último libro de Bernd Rüthers, en Alemania los jueces del Tribunal Federal Constitucional han ido más

tiene autoridad, desde el punto de vista de la teoría del derecho expuesta en *La ley es la ley* no habría mucho que objetar. El problema con el neoconstitucionalismo y con el interpretativismo es que pretenden tener razón con independencia de lo que dispongan los sistemas jurídicos.

Por otro lado, me temo que, a pesar de lo que cree Caminos, el libro lamentablemente es de bastante "utilidad para describir el mundo",¹⁸ ya que el capítulo sobre interpretativismo es un reflejo del comportamiento de no pocos jueces al menos en la Argentina: "Hoy en día... [el modelo] que refleja en gran medida la práctica jurídica es el interpretativismo, mientras que el positivismo se ha transformado en un programa y por momentos en una utopía, muy probablemente la causa de Catón".¹⁹

Tal como aclaro en el libro, esto no se debe causalmente a que los jueces sean especialistas en filosofía del derecho —lo cual es una buena noticia—, sino a que, por lo general, lo que hacen coincide con el modelo del interpretativismo.²⁰ A pesar de lo que dice Caminos, mi "diagnóstico"²¹ no es que el único problema que tiene la práctica actual del derecho al menos en la Argentina sea el interpretativismo. Obviamente, como dice Caminos, existen graves problemas estructurales en relación con la designación de los jueces, las presiones políticas y *lobbies*, etc. Sin embargo, en el libro no hablo de la designación de los jueces, las presiones, etc., porque trato de concentrarme en asuntos de teoría del derecho. Mi punto es que, aunque no existiera problema estructural alguno, el interpretativismo seguiría siendo un problema. Ese es mi "diagnóstico".

Como en el libro no me ocupo de las razones extrajurídicas por las cuales el interpretativismo ha ganado la batalla cultural del discurso jurídico, voy a aprovechar la oportunidad para mencionar muy brevemente las tres más importantes: la crisis de representatividad del poder legislativo, la polarización y la leyenda negra del positivismo. Dado que los parlamentos

lejos todavía de lo que les permite su propio sistema neoconstitucionalista. Ver RÜTHERS, *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*.

18. CAMINOS, "La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler", p. 280.

19. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 20.

20. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, pp. 122-123.

21. CAMINOS, "La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler", p. 274.

o congresos han dejado de representar a la sociedad, esta última espera que los jueces se conviertan en sus paladines y apliquen inmediatamente principios y valores. La polarización ideológica refuerza la crisis de representatividad e irónicamente hace que los jueces impongan sus decisiones invocando interpretaciones correctas o ponderaciones que nadie puede rechazar razonablemente. Finalmente, todavía impera el prejuicio de que el positivismo fue la filosofía del derecho del nazismo, a pesar de que el nazismo claramente mostró su predilección por el antipositivismo, sea en su forma que hoy llamaríamos "neoconstitucionalista" o en su variante interpretativista.²² Sin embargo, hasta el día de hoy son los positivistas los que tienen que dar explicaciones.

Me da la impresión de que a Caminos le interesa mostrar que el positivismo fracasa cuando se muestra como una teoría descriptiva del derecho ya que, en el fondo, como sucede con todos los fenómenos culturales, el derecho no es una realidad independiente de las creencias de los que participan en él, sino que toda descripción está contaminada por los propósitos de los actores, sus intereses y deseos, etc. Se podría decir lo mismo sosteniendo que, antes de convertirse en un sistema jurídico que se remonta a una primera fuente cuya tarea principal es resolver los desacuerdos sustantivos de sociedades polarizadas, el derecho positivo del Estado fue un proyecto político. El proyecto descriptivo del positivismo "entonces" sería un fraude ya que la autoridad del derecho entonces no es un reflejo de un objeto preexistente, sino que fue puesta en el objeto y solamente por eso la descripción es correcta.

22. Michael Stolleis explica que: "Como la doctrina constitucional de la República Federal temprana se pensó a sí misma como decididamente antipositivista y siempre explicó que el positivismo arrastraba la culpa de la 'perversión del derecho' nacionalsocialista, el 'buen' antipositivismo continuó ininterrumpidamente. El 'orden de valores' de la Ley Fundamental, que posibilitó el contacto con los valores suprapositivos y entonces nuevamente infiltró 'puntos de entrada' en el derecho válido, pareció garantizar un futuro democrático y conforme al Estado de derecho. Que los nacionalsocialistas y sus constitucionalistas también se presentaban como decididos antipositivistas y asimismo hablaron de 'puntos de entrada', pareció ser ciertamente un desarrollo colateral marginal, si no es que esta circunstancia fue directamente reprimida". STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland...*, p. 200. Bernd Rüthers llega a la misma conclusión: "El derecho heredado de la República de Weimar fue adaptado a los objetivos del Estado nacionalsocialista mediante 'interpretación' o, por mejor decir, mediante el añadido de los principios fundamentales de la ideología nacionalista". RÜTHERS, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y...*, p. 122.

Aunque concediéramos esta suposición, las teorías antipositivistas eventualmente también tienen que recurrir a la autoridad del derecho, pero sin poder explicarla ya que se trata de discursos que giran alrededor del razonamiento valorativo, interpretaciones correctas, ponderaciones, etc. El positivismo, en cambio, describe al derecho como una práctica social con autoridad que puede ser identificada sin recurrir al razonamiento moral y que, de hecho, puede ser injustificada o ilegítima.

En realidad, es el interpretativismo el que pretende hablar de derecho cuando en realidad está hablando de política y a veces incluso de literatura clásica. Salta a la vista que la metáfora dworkiniana de la novela en cadena está estrechamente vinculada con la manera en que T. S. Eliot entiende la interpretación de los clásicos precisamente en el ensayo citado por Dworkin.²³ Allí, Eliot explica que el sentido histórico compele a un hombre a escribir no meramente con su propia generación en sus huesos, sino con el sentimiento de que la totalidad de la literatura de Europa desde Homero y, dentro de ella, la totalidad de la literatura de su propio país, tienen una existencia simultánea y componen un orden simultáneo. Este sentido histórico —que es un sentido de lo intemporal, así como de lo temporal y de lo intemporal y de lo temporal juntos— es lo que hace que un escritor sea tradicional. Y, al mismo tiempo, es lo que hace que un escritor sea más agudamente consciente de su lugar en el tiempo, de su propia contemporaneidad.²⁴

Eliot agrega que lo que sucede cuando una nueva obra de arte es creada es algo que sucede simultáneamente a todas las obras de arte que la precedieron. Los monumentos existentes forman un orden ideal entre ellos mismos, que es modificado por la introducción de la nueva (realmente nueva) obra de arte entre ellos. El orden existente está completo antes de que llegue la nueva obra; para que el orden persista después del acontecimiento de la novedad, la totalidad del orden existente debe ser alterado, aunque lo sea tan ligeramente; y de este modo las relaciones, proporciones, valores de cada obra de arte respecto de la totalidad son reajustados; y esto es conformidad entre lo viejo y lo nuevo. Quien quiera que haya aprobado esta idea de orden, de la forma de lo europeo, de la literatura inglesa, no creará que sea absurdo que el pasado deba ser alterado por el presente tanto como el presente está dirigido por el pasado.²⁵

23. ELIOT, "Tradition and the Individual Talent", p. 61.

24. ELIOT, *Selected Essays*, p. 14.

25. ELIOT, *Selected Essays*, p. 15.

No solo es curioso que el razonamiento judicial sea entendido como un canon de autores clásicos de la literatura europea, sino que más curioso todavía es que el canon tradicional tenga resultados progresistas: "[Dworkin] es antirrevolucionario en sus métodos, pero revolucionario en sus propósitos".²⁶ En todo caso, la novela en cadena quizás sea útil para hablar del Antiguo Testamento, de Homero y Virgilio, tal vez de Shakespeare, por qué no del derecho romano o incluso constituciones que datan de hace siglos, pero no tiene mayor sentido usarlo como modelo para un sistema continental con una constitución reformada hace una generación y cuyas leyes se renuevan constantemente.²⁷

II. DERECHO DE AUTOR

Caminos se opone a la conexión necesaria entre derecho y autor al sostener que:

"El propio Joseph Raz, el padre de la criatura, tuvo en cuenta la existencia del derecho no legislado para sugerir que su concepción de la autoridad del derecho no requiere de un autor".²⁸

Asimismo, Caminos cree que, si bien mi intención es recuperar una tradición perdida, en realidad el libro termina siendo "portador de una verdad innovadora o revolucionaria"²⁹ ya que me aparto de Hart y de Raz.

Sin embargo, tal como lo puede apreciar cualquiera que lea el libro, Raz está bastante lejos de ser el padre de la criatura. La concepción maximalista de la autoridad, a la que pertenece la teoría de Raz, se remonta por lo menos hasta el siglo XVI y *Los seis libros de la república* de Jean Bodin: "la ley ordena, no persuade",³⁰ y/o la vida y obra de Michel de L'Hospital

26. SCRUTON, *Fools, Frauds, and Firebrands. Thinkers of the New Left*, p. 277.

27. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad...*, pp. 161-163

28. CAMINOS, "La ley es más compleja. Comentarios...", p. 285.

29. CAMINOS, "La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler", p. 281.

30. En rigor de verdad, Bodin hace referencia a las epístolas de Séneca, a quien le atribuye la idea de que la ley "ordena, no discute. Nada me parece más ridículo que una ley con un preámbulo. Amonéstame, dime qué es lo que quieres que haga; no aprendo, sino que obedezco". SÉNECA, *Ad Lucilium. Epistulae Morales*, p. 37. En

según quien “la ley ordena; ella no está hecha para instruir; ella no tiene necesidad de convencer”,³¹ y “en todo caso” hasta el siglo XVII, como lo muestra el eslogan de Hobbes, que es el título de la sección inicial del capítulo II sobre autoridad y autor: *Authoritas, non veritas, facit legem*. Además, es obvia la conexión que existe entre Raz y Hobbes. Por un lado, el propio Hart sostiene que:

“no creo que yo habría visto toda la importancia de las consideraciones de Hobbes sobre estos tópicos (i.e. razones legales autoritativas) si yo no hubiera tenido el beneficio de la obra de Joseph Raz sobre lo que él denomina ‘razones exclusionarias’ que se parecen en muchos aspectos a la noción que he tomado de Hobbes”.³²

Por el otro lado, Hart mismo interesaba a sus discípulos en la obra de Hobbes.³³

Tampoco se suele tener en cuenta la estrecha conexión del propio Hart con Hobbes. Tal como lo muestra el cuaderno de trabajo de Hart que sirvió de base para su célebre libro sobre el concepto de derecho:

“sus pensamientos estaban organizados primariamente alrededor del meticuloso desarrollo de lo que él sentía que era la idea clave que solo emerge en el quinto capítulo del libro. Esto era la idea de reglas válidas en razón de su fuente —su origen institucional en actos creación humana de reglas— como el núcleo del concepto de derecho”.³⁴

En las palabras de Hart, “la noción de una regla vinculante, válida en virtud de su ‘fuente’, no de su contenido”. Y entre los muy pocos que acompañan a Hans Kelsen en la lista de autores mencionados por Hart en su cuaderno de trabajo figuran John Austin, Jerome Frank, Thomas Hob-

realidad, es Posidonio a quien corresponden estas palabras, con lo cual la idea de que el derecho tiene autoridad se remonta por lo menos al siglo I a. C.

31. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, pp. 62-63.

32. HART, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, p. 244.

33. LACEY, *A Life of H. L. A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, p. 161.

34. LACEY, *A Life of H. L. A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, p. 227.

bes y Howard Warrender,³⁵ siendo este último el autor de *The Political Philosophy of Hobbes. His Theory of Obligation*. La idea del punto de vista interno de Hart es notablemente similar a la interpretación que hace Warrender del foro interno hobbesiano.

Por lo demás, el propio Raz critica a Dworkin porque este último cree que "puede haber leyes (*laws*) que no expresan el juicio de alguien acerca de lo que sus súbditos deben hacer, ni son presentadas expresando tal juicio".³⁶ Esta crítica de Raz a Dworkin se debe a que, según Raz, "una directiva puede ser autoritativamente vinculante solo si es, o al menos es presentada como, la visión de alguien de cómo sus súbditos se deben comportar".³⁷

Obviamente, Caminos puede tener razón, aunque sus citas de Raz no sean del todo precisas, y yo puedo estar equivocado, aunque esté siguiendo a Raz. Es por eso que conviene recordar que en el libro propongo un retrato del positivismo que si bien "le debe mucho a varios autores (Hart, Raz, Marmor)", "es bastante más expresionista de lo que parece".³⁸ El expresionismo del retrato se debe a la imagen estándar del positivismo en nuestros días y a que mi retrato se remonta hasta los orígenes del positivismo y de ahí mi esperanza de que "al finalizar el libro quede claro que el positivismo es mucho más que una reflexión sobre los sistemas normativos".³⁹ Se podría decir entonces que mi libro es revolucionario como dice Caminos,⁴⁰ aunque en el sentido inicial de la expresión, es decir, en el sentido de que propone un regreso completo, una vuelta al origen. Irónicamente, sin embargo, en sus inicios el proyecto político del positivismo jurídico era revolucionario, ya que rechazaba el *statu quo* medieval.⁴¹

Según el positivismo normativo o por qué no hobbesiano, el derecho supone la existencia de un autor, un agente —de ahí la idea de "soberanía"— que crea el derecho. Esto se debe a que según este positivismo

35. LACEY, *A Life of H. L. A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, p. 227.

36. RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, p. 224.

37. RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, p. 218.

38. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 21.

39. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 21.

40. CAMINOS, "La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler", p. 281.

41. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, pp. 180, 181-184.

la tarea principal del derecho es resolver conflictos antes que buscar una respuesta correcta, o en todo caso la respuesta correcta es la que da el soberano. Huelga decir que originariamente el soberano era una persona física, pero luego esta misma teoría fue adoptada por el pensamiento democrático debido a que parecía hecha a medida para la aparición del pueblo como un sujeto político. Esto se puede apreciar, por ejemplo, no solo en el *Leviatán* de Hobbes y en el *Contrato Social* de Rousseau, sino particularmente en toda discusión sobre el poder constituyente. No es casualidad entonces que un profundo conocedor de Carl Schmitt como Norberto Bobbio sea consciente de que el positivismo no es solo un método y una teoría de la legalidad, sino que además es un proyecto político o normativo.⁴²

En realidad, Caminos podría haberme criticado por haber incurrido en una contradicción. En efecto, el soberano podrá crear el derecho, pero no puede crearse a sí mismo, no al menos en el caso de los seres humanos. De ahí que en el libro figure que el derecho entendido como una práctica social constitutiva no tiene autor.⁴³ Y habiendo explicado en la sección "Centro de convenciones"⁴⁴ en qué consiste una práctica social constitutiva, al inicio de la sección "Derecho de autor", recapitulo esa explicación del modo siguiente:

"Hasta aquí hemos visto que el derecho tiene autoridad y que, en última instancia, dicha autoridad proviene de una convención social. Ahora bien, esta convención tiene que indicar a su vez una primera fuente estrictamente legal, una institución encargada de crear el derecho. Todo derecho, en efecto, es derecho de autor, y la autoría debería ser intencional. En derecho, entonces, la autenticidad es decisiva".⁴⁵

Sin embargo, para sostener que me contradigo habría que atribuirme no solo la idea de que el derecho del Estado moderno es derecho de autor, sino además la idea de que hay un autor *causa sui*, que se causa a sí mismo, es un motor inmóvil y/o la idea de que existe un derecho divino, etc. En efecto, a menos que creamos en el derecho divino de los reyes o que el

42. BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivo jurídico*, p. 101.

43. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 75.

44. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad...*, pp. 74-78.

45. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad...*, pp. 78-79.

derecho es natural en sentido estricto, todo derecho requiere la existencia de una práctica social o una convención, que se caracteriza por no ser intencional. Sin embargo, sobre la base de esta convención o práctica social constitutiva, el derecho creado sí es intencional. Por eso hablo de fuente en sentido amplio (en referencia a la práctica social constitutiva) y en sentido estricto (en referencia al derecho positivo).

Caminos tampoco parece haberse percatado de que en el libro aclaro precisamente que:

“Por supuesto, en última instancia, toda disposición jurídica descansa sobre una fuente que no es jurídica en sí misma, ya que de otro modo ella misma debería descansar sobre una fuente anterior, y así sucesivamente, lo cual nos llevaría a un regreso al infinito. Es decir que, así como hay un primer trabajador, también hay un primer legislador, pero incluso este primer legislador —o constituyente, como se lo suele llamar modernamente— lo es porque existe una convención social que lo reconoce como tal”.⁴⁶

Reveladoramente, Hobbes sostiene que “los pactos y contratos por los cuales las partes del cuerpo político fueron hechas, ensambladas y unidas, se parecen al *Fiat* o *Hagamos al hombre* pronunciado por Dios en la creación”.⁴⁷ Pero es solo una analogía, y su teoría puede ser adaptada o secularizada mediante la idea de convención social, que después de todo no está tan alejada del planteo contractualista. Como dice Rousseau, “siempre hace falta remontarse hasta una primera convención”.⁴⁸

Caminos también sostiene que “*La ley es la ley* pretende excluir del ámbito del derecho al *common law*”.⁴⁹ Sin embargo, en varias oportunidades en mi libro aclaro que no es sobre el *common law*⁵⁰ ya que mi explicación se refiere a o supone la existencia de un sistema jurídico “continental”, “civil”, “soberano”, etc. Que yo no trate el *common law* no significa que el *common law* no sea derecho.

46. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 73.

47. HOBBS, *Leviathan*. 2. *The English and the Latin Texts* (i), p. 16.

48. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 73.

49. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios...”, p. 294.

50. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad...*, pp. 19, 58, 130.

Así y todo, incluso el *common law* depende en última instancia del comportamiento de ciertos agentes institucionales en particular, a saber, los jueces. Marmor, por su parte, que desarrolla la posición de Raz al defender una "concepción personal de autoridad"⁵¹ y al igual que Raz (y Hart, para el caso) sí se está refiriendo al *common law*, reconoce que "la concepción personal de la autoridad no encaja del todo con los casos puros de derecho consuetudinario". Sin embargo, "las costumbres sí reflejan la visión de la mayor parte de la comunidad acerca de cómo se deben comportar; en otras palabras, la costumbre no es simplemente una regularidad del comportamiento reconocida por la comunidad como tal". Esta "regularidad del comportamiento" es:

"considerada como vinculante por la comunidad, como una norma a la cual ellos mismos deben adherir. En otras palabras, me parece que la costumbre bien puede ser considerada como una estructura informal de una expresión colectiva que, en ciertos aspectos importantes, es equivalente a las estructuras formales de la toma colectiva de decisiones, tales como el voto mayoritario".⁵²

III. RAZONES PÚBLICAS

Si bien Caminos no advierte la aparente contradicción entre la idea de práctica social constitutiva y la idea del derecho de autor (lo cual quizás se deba, otra vez, a que Caminos en el fondo no cree que adhiero al intencionalismo extremo que me atribuye), sí cree que "las construcciones conceptuales que Rosler elabora en *La ley es la ley* contradicen a la concepción republicana del derecho constitucional que defendió en *Razones públicas*", debido a que en este segundo libro figura que en una república la Corte Suprema es "la verdadera sede de la autoridad" lo cual implica que un tribunal de esta clase ejerce "una suerte de poder constituyente constante".⁵³ Caminos lo expresa en estos términos:

51. MARMOR, *Positive Law and Objective Values*, p. 89.

52. MARMOR, *Positive Law and Objective Values*, p. 110.

53. CAMINOS, "La ley es más compleja. Comentarios...", p. 299.

“El Rosler de *Razones públicas* reconoce que es posible (y, si se adhiere al republicanismo, incluso deseable) que la autoridad final recaiga en los jueces quienes tienen un poder de creación del derecho, el ‘poder constituyente constante’, que ejercen al controlar la constitucionalidad de las leyes. El Rosler de *La ley es la ley* niega que puede llamarse derecho al creado por los jueces. ¿Una república no puede tener derecho entonces? ¿El positivismo normativo, según el cual los jueces no deberían tener poderes de creación normativa, es incompatible con el republicanismo? ¿Cuál de los dos Rosler tiene razón?”.⁵⁴

Si bien Caminos hace referencia generosamente a mi libro sobre el republicanismo clásico, lamentablemente, Caminos tampoco tiene en cuenta que, aunque lo que digo en *La ley es la ley* contradijera el retrato republicano que figura en *Razones públicas*, dicha contradicción no sería un problema en absoluto. Después de todo el primero es un libro de teoría del derecho y el segundo es un libro sobre teoría política, para ser más precisos un retrato histórico-conceptual (aunque bastante casero) del republicanismo clásico, y como todo retrato debe ser fiel al retratado; por lo tanto, que un retrato contradiga una teoría no es un problema. Sí es un problema que el retrato contradiga al retratado. Además, no podemos ignorar que el positivismo jurídico acompaña siempre al Estado moderno, mientras que salta a la vista que el republicanismo clásico no pudo haber conocido al Estado moderno, y es por eso que Hobbes lo critica tanto.⁵⁵

Por lo tanto, incluso si asumiéramos que existe la contradicción a la que se refiere Caminos, en lugar de ser un defecto sería una virtud, ya que se trata de la relación entre un libro sobre la teoría del derecho del Estado moderno (*La ley es la ley*) y un libro sobre el republicanismo clásico (*Razones públicas*).

Además, Caminos pasa por alto que en el capítulo sobre el interpretativismo consta que el derecho suele experimentar cierta incertidumbre debido a que:

“los jueces tienen un poder normativo para, por así decir, cambiar el derecho y revisarlo en numerosas ocasiones (como ocurre con

54. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios...”, p. 299.

55. ROSLER, “El enemigo de la república: Hobbes y la soberanía del Estado”.

el control de constitucionalidad), y este poder proviene del mismo sistema judicial, no de la interpretación valorativa de los jueces”.

De ahí que:

“si los jueces a veces tienen que recurrir a la interpretación valorativa, se debe a una indicación del derecho, por así decir, no a que los jueces sean coautores del derecho ni a que el derecho sea una novela en cadena. En realidad, en general sabemos cuál es el derecho válido, aunque no estemos seguros de si los jueces lo van a poner en práctica”.⁵⁶

Otra vez, los jueces crean derecho porque son jueces, no porque tengan una respuesta o interpretación correctas:

“En cierto sentido, la última palabra la tienen los tribunales, pero eso se debe a que el propio sistema normativo lo ha dispuesto de ese modo, y no a que haya un tribunal que nos asegure que puede proveernos una respuesta correcta que muestra al derecho bajo su mejor luz, ni tampoco se debe a que el derecho sea una novela en cadena”.⁵⁷

Un positivista hobbesiano no tendría, entonces, mayores problemas en explicar que el propio derecho le atribuye a los jueces una función cuasi constituyente. Quizás no sea deseable, pero no hay dudas de que es derecho.

IV. LA TRAMPA DE DWORKIN

Según Caminos existe, además, una “trampa dworkiniana”, según la cual “si uno decide entablar un diálogo con Dworkin, debe hacerlo aceptando las reglas de juego definitivas por él. Por lo tanto, no hay forma de salir victorioso de esa batalla”.⁵⁸ Si Caminos tiene razón, esto es un muy

56. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 165.

57. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 167.

58. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, p. 304/305.

serio defecto de la teoría de Dworkin, ya que solamente predica para el coro, para quienes ya piensan como él antes de entrar en contacto con su pensamiento. No puede persuadir a quienes parten de premisas diferentes. Quien hace hincapié en la autoridad, en cambio, puede mostrar que hasta los que prefieren invocar respuestas e interpretaciones correctas tienen que recurrir a la autoridad para explicar por qué debemos obedecer una disposición jurídica con la cual no estamos de acuerdo.

Por otro lado, la trampa dworkiniana es muy peligrosa políticamente, ya que, en las palabras de Caminos,

“quienes no estén de acuerdo con el modo en que él [Dworkin] mostró la relación entre integridad y legalidad de todos modos pueden permanecer en el barco del derecho como integridad”.⁵⁹

En otras palabras, Dworkin invita a los jueces a que interpreten el derecho en su mejor luz porque supone que los jueces ven el derecho en la misma luz que él: “En casi todos los escritos de Dworkin Ud. va a encontrar este alegato a favor del activismo judicial, siempre y cuando los activistas sean progresistas [*political liberals*]”.⁶⁰ De ahí que, aunque creamos que la moralidad política de Dworkin muestra al derecho en su mejor luz, su teoría es políticamente peligrosa ya que no explica cómo apagar la luz cuando los jueces tienen una concepción de la moralidad política distinta a la de Dworkin:

“hoy en día el interpretativismo suele estar acompañado por el progresismo, pero, como se puede apreciar, no hay nada que impida que el interpretativismo, o si se quiere el activismo judicial, juegue para el equipo contrario. En otras palabras, el derecho el ‘giro lingüístico’ puede doblar a la izquierda o a la derecha. Todo depende de quién maneje el volante”.⁶¹

Este es el guante que Adrian Vermeule, no sin razón, ha recogido con mucho gusto recientemente.⁶² Dado que Dworkin usa el método literario

59. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, p. 304.

60. SCRUTON, *Fools, Frauds, and Firebrands. Thinkers of the New Left*, p. 53.

61. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 152.

62. VERMEULE, “Beyond Originalism”, 31/03/2020.

conservador de T. S. Eliot para obtener resultados progresistas en derecho, quizás los conservadores legales quieran que se les devuelva su método.

Quizás la trampa dworkiniana consista en que el derecho es un fenómeno político y, por lo tanto, toda teoría del derecho también lo sea en última instancia:

“al defender una propuesta positivista normativa, y no meramente conceptual, Rosler estaría siguiendo el manual de instrucciones de Dworkin, por lo cual, lejos de refutar al ‘interpretativismo’, *La ley es la ley* podría ser calificado como un libro que confirma tal concepción”.⁶³

Pero, tal como figura en la conclusión del libro, los positivistas jurídicos línea fundadora como L’Hospital y Bodin eran plenamente conscientes de este hecho. No por nada eran llamados “*politiques*”, ya que por razones políticas pretendían separar la normatividad del derecho de cuestiones morales, teológicas o que hoy incluso llamaríamos simplemente “políticas”. El mote de “político” era inicialmente peyorativo, debido a que la posición conciliatoria de estos juristas se atribuía a sus supuestas lecturas de *El príncipe* de Maquiavelo, a pesar de que, irónicamente, si hay una palabra que no aparece en esa obra es precisamente política y sus derivados.⁶⁴

El grito de guerra del jurista humanista Alberico Gentili, primer profesor de derecho civil en Oxford a fines del siglo XVI y a cuyas clases de derecho internacional asistiera muy probablemente Thomas Hobbes a comienzos del siglo XVII, era precisamente: *Silete theologi in munere alieno!* (“¡Cállense teólogos en tareas ajenas!”).⁶⁵ En medio de profundos desacuerdos valorativos y políticos en general, no tiene sentido insistir en respuestas correctas o ponderaciones morales. Otra vez, Caminos ignora que en la conclusión del libro consta que:

“es por razones morales que subordinamos parte de nuestras creencias morales y políticas a la autoridad del Estado de derecho en democracia. Solamente un anarquista puede darse el lujo de no reconocer la autoridad del derecho”.⁶⁶

63. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios...”, p. 300.

64. ROSLER, *Razones públicas: seis conceptos básicos sobre la república*, p. 91.

65. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 178.

66. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 182.

Es por razones políticas entonces que tenemos que separar al derecho de la política y exigimos que la ley sea la ley.

BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, Norberto, *Iusnaturalismo y positivo jurídico*, Trotta, 2015, Madrid, traducción de DÍAZ, Elías, GARZÓN VALDÉS, Ernesto, GREPPI, Andrea & RUIZ MIGUEL, Alfonso.
- CAMINOS, Pedro, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, en *Lecciones y Ensayos*, Nro. 107, pp. 273-310.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, Cambridge.
- ELIOT, Thomas S., *Selected Essays*, Harcourt, Brace and Company, 1948, Nueva York.
- FINNIS, John, “On Reason and Authority in Law's Empire”, en *Law and Philosophy*, VI, 1987, pp. 357-380.
- HART, Herbert L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, 1982, Oxford.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan. 2. The English and the Latin Texts (i)*, Oxford University Press, 2012, Oxford.
- LACEY, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, 2004, Oxford.
- MARMOR, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press, 2001, Oxford.
- RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, 1994, Oxford.
- ROSLER, Andrés, “El enemigo de la república: Hobbes y la soberanía del Estado”, en HOBBS, Thomas, *Elementos filosóficos. Del ciudadano*, Hydra, 2010, Buenos Aires.
- , *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, Katz Editores, 2016, Buenos Aires.
- , *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, Katz Editores, 2019, Buenos Aires.
- RÜTHERS, Bernd, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Marcial Pons, 2016, Madrid, traducción de GARCÍA AMADO, Juan A.

——, *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*, Marcial Pons, 2020, Madrid, traducción de CAMPOS ZAMORA, Francisco J.

SCRUTON, Roger, *Fools, Frauds, and Firebrands. Thinkers of the New Left*, Bloomsbury, 2015, Londres.

SÉNECA, Lucio A., *Ad Lucilium. Epistulae Morales*, William Heinemann, 1925, Londres, ed. bilingüe latín-inglés, Vol. III, ed. Richard M. Gummere.

VERMEULE, Adrian, “Beyond Originalism”, *The Atlantic*, 31/03/2020, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>, consultado el 06/04/2023.

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Los trabajos están sujetos al sistema de referato. En consecuencia, los ensayos y las lecciones son asignadas por la Secretaría de Redacción a un número determinado de miembros del Consejo de Redacción —tres (3) en la presente edición— bajo seudónimo, para preservar el anonimato y evitar la distorsión de las condiciones de evaluación. Los y las miembros se expiden a través de un dictamen escrito que contiene sus consideraciones e indica el voto a favor o en contra de la publicación.

La Secretaría de Redacción podrá decidir que los trabajos sean evaluados a través de un procedimiento de evaluación externa. En ese caso, serán asignados a miembros del Consejo Asesor —dos (2) en la presente edición— bajo seudónimo. Los y las miembros se expiden también a través de un dictamen escrito en el que se indica su voto a favor o en contra de la publicación y fundamentos.

En ambos casos, de formarse el voto unánime de quienes dictaminan a favor de la publicación de la asignación, esta queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si la totalidad 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 o la autora 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 y las miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple. En este caso el autor o la autora recibe una minuta con los principales argumentos esgrimidos en el debate.

A diferencia de los ensayos y las lecciones, las obras presentadas para otras secciones de la Revista —reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, etcétera— 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 en papel y digital. Todo escrito restante —es decir, no incluido— se considera preseleccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor o autora así lo deseara.

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 impresa como en su versión digital, en el portal de la Facultad de Derecho de la UBA.

¿CÓMO PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*?

PAUTAS FORMALES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

1. El trabajo enviado deberá adoptar el siguiente orden de presentación:
 - a. Título del trabajo (en español).
 - b. Seudónimo escogido por el o la autora (no debe permitir su identificación).
 - c. Resumen en español (250-500 palabras).
 - d. Palabras clave en español (al menos cinco (5) palabras clave).
 - e. *Abstract* en inglés (250-500 palabras).
 - f. *Keywords* en inglés (al menos cinco (5) *keywords*).
 - g. Cuerpo del trabajo (según la extensión determinada por el tipo de trabajo).
 - h. Bibliografía.
2. En todos los casos, la fuente será Times New Roman, 12 puntos, justificado, interlineado 1,5. La página será tamaño A4 (21 x 29,7 cm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm).
3. El trabajo deberá enviarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección lye@derecho.uba.ar. Dentro de las veinticuatro horas se contestará con un acuse de recibo. Preferentemente, en formato .docx; pero también son admisibles formatos similares como .doc, .odt, .rtf. También debe enviarse una versión en .pdf, a fin de asegurar una versión correcta y consolidada.
4. Deberán ser originales e inéditos, redactados en procesador de texto –preferentemente Microsoft Word 2003 o posterior–. La extensión del trabajo, incluyendo las referencias bibliográficas, deberá ser de 12.000 a 16.000 palabras en el caso de las lecciones y de 6.000 a 9.000 palabras para los ensayos.

5. Los trabajos deberán contar con fuentes que sustenten sus afirmaciones y deberá ser posible verificar su existencia y contenido.
6. El sistema es de notas al pie de página con bibliografía al final. Las notas al pie deben ser autosuficientes. No deberá emplearse ningún tipo de reenvío a notas anteriores con fórmulas como “ibíd.”, “*op. cit.*”, “ver cita” o similares. Se procurará que no excedan el renglón de extensión. En el caso de que los elementos título para la doctrina, identificación para las normas o nombre del caso para la jurisprudencia, sean de más de seis (6) palabras, se incorporará una versión resumida del elemento seguido por puntos suspensivos (...).
7. En las notas al pie se consignarán únicamente los datos requeridos para cada tipo de fuente. En caso de que se desee rastrear la fuente, la información completa estará disponible en la bibliografía.
8. Se deberá seguir el siguiente sistema para citar:

a. Libros

En la bibliografía: APELLIDO, Nombre, *Título*, edición, editorial, año, ciudad, traducción, otros datos.

Ejemplo: VON JHERING, Caspar R., *La lucha por el derecho*, 1ª ed., Heliasta, 1974, Buenos Aires, traducción de Adolfo GONZÁLEZ POSADA.

En el cuerpo del trabajo: APELLIDO, *Título*, página.

Ejemplo: VON JHERING, *La lucha por el derecho*, p. 5.

b. Capítulos de libros

En la bibliografía: APELLIDO, Nombre, “Título”, en APELLIDO, Nombre, *Título*, edición, editorial, año, ciudad, traducción, otros datos.

Ejemplo: BALMACEDA, Mónica P., “Una visión histórica de la buena fe”, en GHERSI, Carlos A., *Principios generales del derecho*, 1ª ed., La Ley, 2013, Buenos Aires.

En el cuerpo del trabajo: APELLIDO, “Título”, página.

Ejemplo: BALMACEDA, “Una visión histórica de la buena fe”, p. 54.

c. Artículos de publicaciones periódicas

En la bibliografía: APELLIDO, Nombre, “Título”, en *Nombre de la revista*, periodicidad, otros datos, páginas.

Ejemplo: MARIANI DE VIDAL, Marina, “La ‘denuncia de

daño temido’ a más de cuatro décadas vista”, en *Lecciones y Ensayos*, 2016, N° extraordinario “60 Aniversario”, pp. 301-305.

En el cuerpo del trabajo: APELLIDO, “Título”, página.

Ejemplo: MARIANI DE VIDAL, Marina, “La ‘denuncia de daño temido’...”, p. 304.

d. Derecho interno

En la bibliografía: Jurisdicción/Ente, “Nombre común”, identificación, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: República Argentina, “Ley de Medios”, Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, 10/10/2009.

En el cuerpo del trabajo: Jurisdicción/Ente, “Nombre común”, artículo.

Ejemplo: República Argentina, “Ley de Medios”, art. 5.

e. Derecho internacional: tratados

En la bibliografía: Nombre, fecha firma, lugar, entrada en vigor, norma de derecho interno, datos de UNTS, otros datos.

Ejemplo: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, Viena, Austria, e.v. 27/01/1980, UNTS 1115:331.

En el cuerpo del trabajo: Nombre, fecha firma, artículo.

Ejemplo: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, art. 46.

f. Derecho internacional: organismos

En la bibliografía: Órgano emisor, identificación, nombre, fecha, sesión, otros datos.

Ejemplo: Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/RES/67/97, El Estado de derecho en los planos nacional e internacional, 14/12/2012.

En el cuerpo del trabajo: Órgano emisor, identificación, punto.

Ejemplo: AGNU, A/RES/67/97, pto. 1.

g. Jurisdicciones nacionales

En la bibliografía: Tribunal, “Nombre común”, “Nombre del caso”, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Bazterrica”, “Bazterrica Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefa-

cientes”, 29/08/1986, Fallos 308:1392.

En el cuerpo del trabajo: Tribunal, “nombre común”, considerando.

Ejemplo: CSJN, “Bazterrica”, considerando 8.

h. Jurisdicciones internacionales

En la bibliografía: Tribunal/órgano, “Nombre Común”, “Nombre del caso”, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Panchito López”, “Caso ‘Instituto de Reeducción del Menor’ vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 02/09/2004.

En el cuerpo del trabajo: Tribunal/órgano, “Nombre común”, considerando.

Ejemplo: Corte IDH, “Caso Panchito López”, considerando 25.

i. Material disponible online

En caso de que el material esté disponible en internet, al final de la referencia según los párrafos precedentes, se puede incluir la siguiente información: Identificación, Dominio [DOI/URL], Consultado, fecha.

Ejemplos:

PETERS, Anne, “Treaty Making Power”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, Oxford University Press, URL <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law9780199231690-e1494?rsk=Nez%20miV&result=1&prd=OPIL>, consultado 10/09/2018.

AUGENSTEIN, Daniel, “Paradise Lost: Sovereign State Interest, Global Resource Exploitation and the Politics of Human Rights”, en *European Journal of International Law*, Vol. 27, N° 3, 2016, pp. 669-691, DOI 10.1093/ejil/chw033, consultado 26/08/2018.

j. Material audiovisual

En la bibliografía: Fuente web, “título del video”, nombre del usuario, momento exacto del video (hh:mm:ss), dominio (DOI/URL), consultado fecha (dd/mm/aaaa), fecha de publicación (dd/mm/aaaa), otros datos.

Ejemplos:

YouTube, “Las restricciones que nos impone la Constitución”, Derecho UBA, 00:11:08, URL https://www.youtube.com/watch?v=NUW5cJRAM6U&t=666s&ab_channel=DerechoUBA, consultado el 07/11/2020.

YouTube, “A favor: Alberto Kornblith biólogo 17-07-18”, Senado Argentina, 00:16:20, URL https://www.youtube.com/watch?v=oc0MtTvLJfc&t=1s&ab_channel=SenadoArgentina, consultado 07/11/2020, 18/07/2018

En el cuerpo del trabajo: Fuente web, “título del video”, momento exacto del video (hh:mm:ss)

YouTube, “A favor: Alberto Kornblith biólogo...”, 00:16:20.

YouTube, “Las restricciones que nos impone la...” 00:11:08.

k. Otros portales

En la bibliografía: Nombre de la página web, “título”, nombre del autor/a (APELLIDO, Nombre), fecha de publicación (dd/mm/aaaa), dominio (DOI/URL), consultado (dd/mm/aaaa), otros datos.

La Nación, “Un fallo preocupante de la Corte sobre los tres jueces trasladados”, GARGARELLA, Roberto, 03/11/2020, <https://www.lanacion.com.ar/opinion/un-fallo-preocupante-corte-tres-jueces-trasladados-nid2498887>, consultado 10/11/2020.

Saber leyes no es saber Derecho, “Muiña II: diálogo de poderes y semicírculo hermenéutico interpretativo”, ARBALLO, Gustavo, 05/12/2018, <http://www.saberderecho.com/2018/12/muina-ii-dialogo-de-poderes-y.html>, consultado 10/11/2020.

En el cuerpo del trabajo: Nombre de la página web, “título”, fecha de publicación (dd/mm/aaaa)

La Nación, “un fallo preocupante de la Corte...”, 03/11/20.

Saber leyes no es saber Derecho, “Muiña II: diálogo de poderes y...”, 05/12/18.

¿CÓMO PARTICIPAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*?

Lecciones y Ensayos es una revista jurídica semestral dirigida por estudiantes. Depende 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 docentes y estudiantes.

Se caracteriza por estar gestionada a partir de un diseño institucional basado en procedimientos democráticos para la toma de decisiones que involucran a todos los miembros del Consejo de Redacción que, una vez por semana, se reúnen para deliberar en torno a las tareas editoriales.

Si querés participar de la Revista, podés acercarte a nuestras reuniones de los días jueves a las 20 horas que se realizan en la 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) 5287-6737 o enviándonos un correo electrónico a: lye@derecho.uba.ar o 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.

EDITORIAL

ENSAYOS

- **Pinzán, Gianni Vittorio**, *La explotación de recursos naturales en la Luna y en otros cuerpos celestes por parte de Estados y entidades privadas en el derecho internacional ultraterrestre*
- **Centurión, Agustín Alejo**, *A un año de la nueva ley de alquileres: la mirada del análisis económico del derecho*
- **Sifontes Torres, Efrén Ismael**, *La Corte Penal Internacional ante un mar abierto. ¿Cómo se aplica el Estatuto en los conflictos armados internacionales navales?*

TRABAJOS DE CURSOS DEL CPO ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN

- **Muracciole Goldberg, Maura Jazmín**, *La costumbre como proceso creador del derecho internacional penal: ¿legitimidad o adecuación forzada?*
- **Zubeldía Cascón, Florencia**, *Los parlamentos mapuche, una perspectiva desde las fuentes del derecho internacional*

XVIII CONCURSO DE ENSAYOS “DR. IGNACIO WINIZKY” SOBRE “DERECHO AMBIENTAL”

- **Zorzín, Natalia Danae**, *Del derecho al ambiente hacia los derechos del ambiente: implicancias de una nueva subjetividad ambiental en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

DOSSIER “VIOLENCIAS Y/O DISCRIMINACIÓN DE GÉNEROS Y/O ORIENTACIÓN SEXUAL”

- **Guerrero, Maite**, *La incorporación de la perspectiva de género en el juicio por jurados: un análisis a la luz de la reciente sanción de la Ley 6451 de juicios por jurados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*
- **Chiosso Rapinese, Sebastián**, *Violencia obstétrica como especie de violencia de género: lineamientos teórico-conceptuales y aportes desde la responsabilidad penal en el derecho argentino*
- **Martínez, Agustina Lara**, *La legítima defensa en contextos de violencia doméstica: ¿existe el derecho a defenderse del femicidio?*

ENTREVISTAS

- Entrevista a la Dra. **Silvina Álvarez Medina**

COMENTARIO A BIBLIOGRAFÍA Y RÉPLICA

- **Caminos, Pedro**, *La ley es más compleja. Comentario a La ley es la ley de Andrés Rosler*
- **Andrés, Rosler**, *Respuesta simple a "La ley es más compleja"*

¿CÓMO PUBLICAR Y PARTICIPAR EN LECCIONES Y ENSAYOS?
