



ARGENTINA



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 2019**

Directora

Andrea Fernanda Schuster

Subdirectora

Agustina Emilia Churba

Secretaria de Redacción

Rocío Belén Guastavino

Tutora

Julieta Denise Haase

Redactora

Lucila Belén Martínez

Colaboradores/as

Inti Raymi Azulay

Ezequiel Barnade

Francisco Joaquín Da Silva Estéves

Marisol Díaz Rivera

Josefina del Rosario Lago

Victoria Belén Mourenza

Virginia Tamara Neyra

Valentín Otiñano

Vilén Ter Gazarian

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

2019	103
------	-----

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

Editorial	11
-----------------	----

LECCIONES

Arceo, Tomás, <i>Los derechos sociales y la perspectiva de la segunda persona</i>	15
---	----

Cosundino, Roberto A., <i>El control preventivo de la hacienda pública municipal en la provincia de Entre Ríos</i>	55
--	----

Guisado Litterio, Tomás M., <i>El resarcimiento del daño moral a Estados en el contexto de la responsabilidad internacional. Aportes desde la teoría de las emociones</i>	83
---	----

ENSAYOS Y VI CONCURSO DE ENSAYOS BREVES SOBRE EL 25º ANIVERSARIO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Chicata Campos, Ignacio F., <i>La Ley 24.309 de Necesidad de Reforma Constitucional. Análisis a la luz de los fallos “Fayt” y “Schiffirin” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación</i>	127
---	-----

Poznansky, Santiago, <i>Control judicial de constitucionalidad: una crítica de J. Waldron y una defensa de C. Nino</i>	143
--	-----

Scarramberg, Juan Martín, <i>¿Atenuando el presidencialismo? Algunos apuntes sobre presidentes, constituciones y reformas</i>	161
---	-----

TRADUCCIONES

Comentario preliminar sobre el artículo de F. Olsen	183
Olsen, Frances, <i>El rol de las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes en el creciente Derecho norteamericano</i>	185

ENTREVISTAS

Entrevista al profesor Jaime Malamud Goti	199
---	-----

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Rafecas, Daniel, Comentario sobre <i>Constitucionalismo y democracia: de la tensión al falso dilema</i> de Guido L. Croxatto.....	215
---	-----

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

¿Cómo publicar en <i>Lecciones y Ensayos</i> ?	233
¿Cómo participar en <i>Lecciones y Ensayos</i> ?	239

EDITORIAL

Cada editorial de nuestra Revista es un momento para reflexionar acerca de la situación que vivimos, y del rol que cumplimos en la comunidad académica y en la sociedad toda. Es un evento para repasar qué hemos hecho, qué diagnóstico conjunto podemos realizar y qué proyecciones tenemos.

En esta oportunidad, conmovidos/as y comprometidos/as —nunca ajenos/as— a lo que sucede a nuestro alrededor, decidimos dedicar este editorial a las situaciones que viven las mujeres en el mundo jurídico y en la comunidad académica jurídica. Creímos necesario, en este momento de repaso y de revisión en todas las áreas y en todos los niveles sociales, hacer nuestra propia autocrítica. Las luchas de los movimientos de mujeres, en particular de aquellas que integramos *Lecciones y Ensayos*, nos obligan a tomar cartas en el asunto y también a hacernos cargo de estas problemáticas como propias, como algo que nos afecta y que debemos tener en consideración no solo para evitar reproducirlas, sino para luchar por una sociedad mejor, más libre e igualitaria.

En este sentido, dedicamos especial importancia a ver cuál era el rol de las mujeres dentro del propio Consejo de Redacción de *Lecciones y Ensayos*. Nos empezamos a preguntar cómo leer, producir y evaluar trabajos con perspectiva de género. Comenzamos a identificar todas aquellas prácticas que repetimos y propiciamos —sin quererlo— que reproducen y avallan estereotipos de género, prácticas discriminatorias, entre otras. Ningún espacio es irrelevante para pensar(se) en esta clave. *Lecciones y Ensayos* es un lugar que les pertenece a todos/as los/as estudiantes y, por ello, tenemos la obligación irrenunciable de levantar las banderas que la condición de ser jóvenes, y estudiantes de Derecho, nos compele a levantar.

Con miras a pensar la problemática de paridad de género en la revista y la problemática del “techo de cristal” de las mujeres del Derecho, hemos realizado un relevamiento sobre su participación en este espacio. Así, el “Consejo histórico” estuvo compuesto por un 37% de mujeres. En particular, hemos corroborado que de las 229 veces que se designaron —democráticamente o no, según la época— los cargos de gestión de la revista, en

146 oportunidades fueron elegidos varones y 83 veces, mujeres. Es decir, las mujeres representaron tan solo el 36%. Asimismo, de la totalidad de directores/as elegidos/as, tan solo el 26% fueron mujeres (15 mujeres, 42 varones); de la totalidad de subdirectores/as, el 39% (17 mujeres, 26 varones); de la totalidad de secretarios/as de redacción, el 41% (41 mujeres, 63 varones) y de la totalidad de tutores/as, el 40% (10 mujeres, 15 varones).

Estos números no son ajenos a las problemáticas sociales. El rol de las mujeres en la vida académica, el Derecho y las profesiones jurídicas siempre ha quedado rezagado. Lo que nos permiten conocer los números es sabernos inscriptos/as en prácticas discriminatorias, pero siempre modificables. Ser conscientes nos otorga un poder transformador.

Hoy, de las catorce personas que integramos el Consejo, ocho miembros son mujeres y seis son varones, y los cargos de gestión están todos ocupados por mujeres. No necesariamente ha sido una decisión deliberada, pero es evidente que demuestra que la responsabilidad que traemos como jóvenes estudiantes de Derecho, comprometidos/as con los Derechos Humanos, el mundo y la realidad social, permea nuestra actividad académica, que nunca deja de ser política. El ejercicio consiste, entonces, en tomar conciencia de cómo nos afecta, y usarlo en su faz transformadora. Los/as jóvenes tenemos la posibilidad y el poder de generar estas condiciones y *Lecciones y Ensayos* es, sencillamente, un gran lugar para luchar por una sociedad más justa.

CONSEJO DE REDACCIÓN

LECCIONES

LOS DERECHOS SOCIALES Y LA PERSPECTIVA DE LA SEGUNDA PERSONA*

TOMÁS ARCEO**

Resumen: El estudio de la comprensión de una persona, de una sociedad o de una cultura, hunde sus raíces en la antigüedad de la hermenéutica filosófica, desde los diálogos platónicos a los tratados aristotélicos. Hume, en su *Tratado sobre la naturaleza humana*, estableció que la empatía resulta indispensable a esos fines, para escapar a nuestro propio interés y aprehender la perspectiva y el interés de otra persona. Sin embargo, no es sino con los estudios de la década de 1970 que la teoría de la atribución mental tuvo un renovado impulso, en los trabajos de laboratorio con chimpancés y la imputación de sus estados mentales. Autores contemporáneos como Quintanilla, Gomila o Scotto rastrean la perspectiva de la segunda persona de la atribución mental, complementaria pero superadora de la primera (subjética) y tercera (objetiva), donde la interacción intersubjetiva cobra relevancia. Este trabajo intenta aplicar dichas construcciones al análisis de cierta jurisprudencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires donde los operadores, para resolver reclamos vinculados con derechos sociales, deben realizar una atribución mental del sujeto.

Palabras clave: teoría de la atribución mental — perspectiva de segunda persona — comprensión — derecho a la vivienda — imputación mental — personas solas — homeless — simpatía

Abstract: The study of a person, a society, or a culture's comprehension is rooted in the philosophical hermeneutic ancient past, from Plato's dialogues to Aristoteles' treaties. Hume's *Treatise of Human Nature* established that empathy is

* Recepción del original: 30/05/2019. Aceptación: 06/07/2019.

**Abogado (UBA). Docente de Derecho Administrativo, auxiliar de la 1ª Cátedra Tawil. Secretario del Ministerio Público de la Defensa, CABA. Agradezco a la Prof. Karina Pedace (UP-UBA-CONICET) por despertarme el interés en esta temática y por su guía y apoyo durante la elaboración del presente estudio.

essential to these purposes, to escape our own interest and to comprehend the other person's perspective and interest. However, it is only with the studies of the 1970's that the theory of mental attribution had a renewed impetus, with the imputation of mental states to chimpanzees in laboratory research. Contemporary authors such as Quintanilla, Gomila or Scotto trace the second-person perspective of mental attribution, complimentary but exceeding the first (subjective) and third (objective), where the inter-subjective interaction becomes relevant. This work tries to apply the aforementioned concepts to the analysis of some rulings of the Autonomous City of Buenos Aires' courts where the actors, to solve claims related to social rights, must perform a mental attribution of the subject.

Keywords: theory of mental attribution — second person perspective — understanding — right to housing — mental imputation — homeless — sympathy

I. INTRODUCCIÓN

Mi idea en este trabajo es tratar de indagar en ciertos debates vigentes en el ámbito de la teoría de la constitución mental del sujeto, en particular sobre la atribución psicológica de actitudes mentales, para ver si desde allí se puede trazar algún puente conceptual frente a la respuesta que determinada jurisprudencia del Fuero Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires otorga usualmente a casos vinculados con la exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales, en particular el derecho a una vivienda adecuada de personas en situación de extrema privación o escasez.

En este sentido, creo que, aunque la categoría no está pensada para la explicación de actitudes, situaciones de vida o comportamientos de otros —en este caso de los *homeless*—, pues esa es la caracterización de la atribución mental desde la tercera persona, entiendo que una perspectiva de segunda persona puede ayudar a comprender determinados bloqueos que permiten tratar estos casos desde una posición prescindente y alejada, y complementar a la anterior. De esta forma, pueden explicarse más fácilmente determinadas respuestas en algunos casos estereotipadas, o soluciones que no se avienen a una *interacción intersubjetiva* en línea con una concepción fuerte de los derechos sociales.

No se efectuará en este trabajo una crítica centrada en la exigibilidad de los derechos sociales en el ámbito interno de los Estados, sino que simplemente se analizarán dos situaciones puntuales de afirmaciones

utilizadas por los jueces en estos casos, para confrontarlas con las teorías de la atribución mental, averiguar si una perspectiva de segunda persona puede ayudar (no eliminar a la primera ni la tercera) con carácter complementario la atención de esta problemática, y si puede ser fructífera para superar también la empatía que, en muchos casos, resulta insuficiente para atender cabalmente el sufrimiento de las víctimas.

II. DEFINICIÓN DE LA PERSPECTIVA DE SEGUNDA PERSONA

Desde la filosofía de la mente y la psicología cognitiva se problematiza en los últimos años sobre el valor real de las actitudes reactivas entre las personas, su contenido, configuración y alcance, así como el papel que pueden cumplir para justificar y servir de base a las obligaciones morales del sujeto. Esas actitudes traducen determinadas emociones morales que, hasta hace no mucho tiempo, fueron inexploradas por las explicaciones clásicas de la atribución mental (de primera y tercera persona), traduciendo en sustancia y constitutivamente la perspectiva de la segunda persona.¹

Según esta línea de pensamiento, la base de la moralidad radica en la capacidad de interactuar con los demás desde la versión de segunda persona, esto es, desde la intersubjetividad, y justamente allí cuando esa intersubjetividad puede ser anulada se explican determinadas reacciones del sujeto que, en condiciones de emoción reactiva, sería impensado ejercer.

Antoni Gomila, uno de los precursores de esta reelaboración, explica que la inquietud comenzó a tomar forma consistente a partir de la reflexión sobre la denominada teoría de la mente. Esta concepción intenta describir o explicar la capacidad de atribución mental de los sujetos, tanto propias como respecto a otras personas, a partir de la imputación de determinados estados mentales como pueden ser las creencias, emociones, deseos, intenciones, y tuvo un reverdecimiento con los estudios de fines de los años setenta en donde Premack y Woodruff se preguntaban si los chimpancés tenían una teoría de la mente o una conciencia de su propia conducta y si era admisible entender que también atribuían cierta conducta proposicional a sus cuidadores.

Una explicación potente de esta teoría está marcada por los casos de engaño o atribución de ignorancia. Cuando alguien puede atribuir esos

1. GOMILA, "La relevancia moral de la perspectiva de segunda persona", p. 2.

estados mentales a otro sujeto —o incluso a uno mismo, recuérdese que para Davidson la comprensión del propio error, cuando uno mete la mano en el bolsillo y advierte que está vacío, en contra de su anterior creencia, es un ejemplo paradigmático de esta atribución—² es porque tiene desarrollada una teoría de la mente. Esta idea se fue replicando para alcanzar campos e hipótesis diversas, como pueden ser los niños, los chimpancés en laboratorio y en estado natural, las personas con autismo, etcétera.³

Esta vertiente ha sido calificada como una posición notoriamente teorísta, una teoría de la teoría, o una suerte de intelectualismo. Frente a esta concepción, usualmente se contraponen la vieja idea de empatía, que más que partir de la comprensión mental supone la capacidad humana de simular estar en la posición del otro. Esta aptitud para traspasarse a esa situación es la forma o el medio por el cual se realiza el proceso de atribución mental. De esta forma se generó la rivalidad para la teoría de la mente: una, compuesta por la perspectiva de la tercera persona, que incluye a los sostenedores de que para ese cometido era necesario tener una teoría, y la otra variante de la primera persona, entre quienes, aun sin nominarla, la forma de tener una teoría estaba dada por la capacidad de simular estar en la posición de otro, o la práctica de ponerse en su lugar, de empatizar a través de sus estados y, principalmente, atribuirle los estados que alcanza nuestro propio sistema intencional,⁴ básicamente los teóricos de la simulación.

La versión de los simulacionistas rechaza la idea de que sea necesario intelectualizar o tener una teoría en cualquiera de sus variantes (modularista innata o sujeta a desarrollo en el curso de la evolución del sujeto). No es necesario, dicen, poseer competencia conceptual alguna para ejercer la atribución, sino que alcanza con la capacidad para funcionar “fuera de línea” del propio sistema intencional, y poder imputar el resultado de tal mecanismo al otro.⁵

2. DAVIDSON, *Subjetivo, intersubjetivo, objetivo*, p. 152. Es cierto que la postura davidsoniana es más radical, y emparenta o hace depender la teoría de la atribución mental de la capacidad de tener lenguaje. Por ello defiende que los niños o los perros carecen de esa aptitud (Cfr. DAVIDSON, *Subjetivo, intersubjetivo, objetivo*, pp. 141-155). La versión moderna de la perspectiva de la segunda persona se despega de esa limitación y engloba actos, gestos, miradas, símbolos dentro de una interacción intersubjetiva relevante y destacada, sin anudarla necesaria y fatalmente a la capacidad de expresar pensamientos, interpretar el habla y poseer un lenguaje.

3. GOMILA, “La relevancia moral de la perspectiva de segunda persona”, pp. 3-4.

4. GOMILA, “La relevancia moral de la perspectiva de segunda persona”, pp. 4-5.

5. GOMILA, “La relevancia moral de la perspectiva de segunda persona”, p. 4.

Ambas posturas provocaron cierta desazón en los teóricos, ya sea por los problemas epistémicos y fenómenos básicos que dejaban fuera de su alcance⁶ o directamente por la insatisfacción abrumadora del debate,⁷ llegándose a sostener que ninguna de las dos explicaciones resultaba completa. Ya sea con los teóricos de la simulación (TS) a través de la empatía que proyectan su sistema intencional en el otro, poniéndose en su lugar pero con su propio esquema mental, o con los teóricos de la teoría (TT), sostenedores de la atribución mental intencional observable (anclados o no en un cuerpo de lenguaje), devienen permeables a la crítica, insuficientes y parciales, porque se comparte "el supuesto de que la función de la atribución era la de explicar o predecir la conducta de los demás, desde un plano observacional distanciado de su acción",⁸ desmereciendo la relevancia de la interacción intersubjetiva, y situándose en una postura explicativista o predictiva que resulta impropia de la teoría de la atribución mental completa.

La perspectiva de segunda persona, por el contrario, comienza su derrotero por las relaciones intersubjetivas que son principalmente de generación espontánea, se sustenta en la participación o *engagement* y "no en una actitud distanciada, observadora, puramente interesada en la predicción de la conducta ajena".⁹ La característica de la intersubjetividad —que resulta constitutiva y no depende de lenguajes complejos o nociones definidas del yo y del otro que domina el filósofo adulto—,¹⁰ es precisamente la interacción cara a cara. Este cara a cara no debe entenderse solamente desde el plano físico o literal (porque la mera existencia de esa reunión no impide una secuencia sucesiva de atribuciones de tercera persona) sino que supera la mera atribución mental para constituir un "compartir intencional", una "sintonía simultánea que constituye una experiencia psicológica genuina".¹¹

La atribución mental o comprensión intencional en la perspectiva de segunda persona, según Scotto, es:

"un conjunto de habilidades o una competencia compleja para la comprensión

6. SCOTTO, "Interacción y atribución mental: la perspectiva de la segunda persona", p. 36.

7. GOMILA, "La relevancia moral de la perspectiva de segunda persona", pp. 3-5.

8. GOMILA, "La relevancia moral de la perspectiva de segunda persona", p. 5.

9. GOMILA, "La relevancia moral de la perspectiva de segunda persona", p. 5.

10. HUTTO, citado por SCOTTO, "Interacción y atribución mental: la perspectiva...", p. 138.

11. HOBSON, citado por GOMILA, "La relevancia moral de la perspectiva ...", p. 6.

recíproca, cuyo desarrollo y expresión se da en contextos interactivos, es decir, a la vez públicos, sociales y prácticos y cuyos propósitos, dependiendo de esos contextos, son evaluativos. En consecuencia, puede ser también caracterizada como una forma primitiva de comunicación intencional (inmediata, involuntaria, dinámica y situada), que se realiza tanto con medios lingüísticos, como básicamente con recursos expresivos corporales (faciales, visuales y posturales) y comportamientos acordes con ciertas reacciones emocionales básicas".¹²

Según esta definición, que la autora se encarga de desmembrar y definir conceptualmente en cada una de sus partes, es una categoría en la cual el otro es un otro próximo, alguien con quien se tiene cierta relación o vinculación, distinguiéndose de la tercera persona no participante o meramente observadora, y de la primera o el yo. Sus rasgos distintivos son: a) conductas públicas; b) habilidad o destreza; c) constitutivamente social. En efecto, la interacción se caracteriza por otorgarse en el discurso o en manifestaciones de conductas públicas, y se desarrolla como una habilidad, destreza o *know how* (a diferencia del lenguaje davidsoniano o de ciertas explicaciones de los teóricos). Asimismo, tiene un carácter constitutivamente social, pues se realiza con y para otros, y no en aislamiento o hacia otros.¹³ No es solo una interacción espontánea a secas, sino que cabe concebirla como una interacción interpretativa.

Las atribuciones de la segunda persona son distintas de las autoatribuciones que produce el yo, como también de las de tercera persona, en las cuales se adopta una posición objetiva y distanciada para intentar explicar o reconstruir las circunstancias de otro mediante la utilización de mecanismos inferenciales.¹⁴ Por su parte, muchas de estas habilidades de interacción intersubjetiva (aprendizajes, miradas del niño, intercambios simbólicos, etcétera) no son aprendidas ni teorizables. No pueden reconducirse a la teorización de la tercera persona ni a la incertidumbre autoperceptiva de la primera, donde el mecanismo utilizado es la duda permanente para la reflexión y el autoconocimiento. Tampoco a la evolución actual de esa primera persona, con el simulacionismo y la empatía como mecanismo para trasladar o imaginar lo que ocurre en la

12. SCOTTO, "Interacción y atribución mental: la perspectiva de la segunda persona", p. 140.

13. SCOTTO, "Interacción y atribución mental: la perspectiva de la segunda persona", p. 140.

14. GOMILA, "La relevancia moral de la perspectiva...", p. 7; SCOTTO, "Interacción y atribución mental: la perspectiva...", p. 141.

mente de otro sujeto, pero con las estructuras de la propia.

La atribución mental intencional que trasunta la perspectiva de segunda persona implica necesariamente una comprensión recíproca que no puede darse en la soledad de un gabinete, ni para proyectar o explicar rasgos, comportamientos o actitudes mentales de otros (3P), ni para autopercepción o empatizar con el otro (1P). Implica acciones, reacciones y reciprocidad emocional, con intercambios inmediatos y primitivos (en el sentido de no controlables o teorizados). En esta línea de pensamiento, se ha dicho que "los sujetos saben, perciben, etcétera, 'interpretan', sin la mediación de hipótesis o inferencias, qué le está sucediendo a otra persona y esta interpretación produce en ellos comportamientos imitativos, transformaciones emocionales".¹⁵

De esta forma, cuando la comprensión es exitosa e inmediata, se concreta la atribución mental intencional y puede darse lo que expresó Wittgenstein respecto a la interpretación de las emociones: uno ve la emoción.¹⁶ No es necesario compartir el mismo estado que experimenta la persona a quien se hace la atribución mental. La perspectiva de segunda persona no requiere experimentar la misma sensación de tristeza respecto de la persona a quien se acompaña en el sentimiento de duelo por el fallecimiento de un ser querido. La especial relación afectiva que mantenía con el familiar no es reproducible. La interacción intersubjetiva y comprensión emotiva no necesita posarse en el lugar del otro, a la manera simulacionista. La atribución reactiva característica de esta perspectiva no tiene intención predictiva ni explicativa, constituye un *expertise*, hábito o práctica necesaria para que nuestra propia reacción se acomode a la situación de la cual depende la atribución mental.¹⁷

Si bien no tiene propósitos explicativos ni predictivos de la lógica inferencial, sí se arraiga en propósitos evaluativos: saber cómo actuar, corregir las propias expectativas, coordinar esfuerzos para lograr un objetivo común, persuadir a otros de las propias intenciones, etcétera. Propone corregir nuestros comportamientos emotivos con la información proveniente del contexto proporcionado por la conducta o reacciones del otro. Sin embargo, estas metas no se confunden con las que han caracterizado a las perspectivas de la primera y tercera persona, que son metas epistémicas de un observador desinteresado.¹⁸

15. SCOTTO, "Interacción y atribución mental: la perspectiva de la segunda persona", p. 144.

16. SCOTTO, "Interacción y atribución mental: la perspectiva de la segunda persona", p. 144.

17. GOMILA, "La relevancia moral de la perspectiva de segunda persona", pp. 7-8.

18. SCOTTO, "Interacción y atribución mental: la perspectiva de la segunda persona", p. 145.

III. CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES, EL DERECHO A LA VIVIENDA Y LOS ESCENARIOS DE VULNERABILIDAD

III.A. Los derechos sociales como *praxis social* derivados de la categoría de derechos humanos

La categoría de derechos sociales se explica a través de la concepción y génesis de otra idea moderna como es la de derechos humanos. Esta última puede ser caracterizada como una práctica social de un grupo humano determinado que implica el reconocimiento de necesidades básicas insatisfechas o bien determinados bienes valiosos socialmente que se constituyen en exigencias morales necesarias, al punto de habilitar la demanda y exigencia de su satisfacción.¹⁹ También se incluyen dentro del concepto y de la práctica humana respectiva la destinada a lograr su eficacia por medio de las herramientas inscriptas en la sociedad en donde aquella se gesta, la inclusión —muy relevante— de un discurso de los derechos humanos en la *praxis social*, y la institucionalización que toma todo su esplendor con el constitucionalismo del siglo XX y la instauración de un derecho internacional indisponible de los derechos humanos.²⁰

El paradigma de protección de los derechos humanos, y dentro de ellos los derechos sociales, trasunta determinados hitos hoy en día reconocidos pacíficamente: efectividad (obligación de garantía, tutela judicial, prohibición de suspensión, efectivo cumplimiento, principio *pro homine*), interdependencia e indivisibilidad, interrelación, doble dimensión de los derechos sociales, progresividad, obligación mínima, etcétera.²¹

Con relación a la efectividad, son numerosas las normas de máxima jerarquía que disponen su contenido. Por ejemplo, el art. 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los

19. CHRISTE, *Los derechos sociales en acción*, p. 305.

20. CHRISTE, *Los derechos sociales en acción*, p. 305.

21. CHRISTE, *Los derechos sociales en acción*, pp. 307-313.

recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

La Observación General N° 3 del Comité de Vigilancia del Pacto aclara que la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminaciones por motivos prohibidos internacionalmente es una obligación de resultado y no de comportamiento.²² Y aun las medidas que admiten progresividad deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones del Pacto,²³ porque

“no se ha de interpretar equivocadamente que priva de todo contenido significativo [...] debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón del ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones a los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata”.²⁴

De otra manera, el Pacto carecería de razón de ser.²⁵

Análogas consideraciones caben formular respecto de una especie de derecho social y humano, como es el derecho a la vivienda. El art. 11.1 del mismo instrumento concede:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

Sus Observaciones Generales N° 4 y 7, por su parte, son bastante exigentes al respecto, previendo contenidos mínimos como la seguridad

22. CDESC, E/1991/23, ap. 1.

23. CDESC, E/1991/23, ap. 2.

24. CDESC, E/1991/23, ap. 9.

25. CDESC, E/1991/23, ap. 10.

jurídica en la tenencia, disponibilidad de servicios e infraestructura, gastos soportables, habitabilidad, asequibilidad, lugar y adecuación cultural.²⁶

Una de las características de este derecho es que se trata de un derecho universal, esto es, debe reconocerse a sus titulares con independencia de la edad, la situación económica, o la posición social.²⁷ Producto de su interdependencia e indivisibilidad, se vincula estrechamente con la dignidad humana y con el derecho a la no discriminación.²⁸

III.B. Las políticas públicas en la Ciudad de Buenos Aires para garantizar el derecho a la vivienda

La Ciudad de Buenos Aires, tal vez por ser el distrito más rico del país, tiene una larga tradición en la discusión y problematización de este derecho. Así, tuvo sus primeros debates en la década de 1920, con un fallo emblemático de la Corte Suprema²⁹ donde el máximo tribunal estableció que el derecho a la vivienda es una necesidad principalísima, a punto tal que no se puede habitar a medias o en grados. Sin embargo, fue con la eclosión que produjo el estallido social de diciembre de 2001 que las políticas públicas destinadas a cobijar a personas sin vivienda tomaron gran protagonismo, lo que se combinó con el Fuero Contencioso, Administrativo y Tributario recientemente creado (2000) para atender la exigibilidad de este derecho, producto de la reciente institucionalización de la Ciudad como distrito autónomo equiparable en buena medida a las provincias, con la reforma constitucional de 1994, el dictado de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (1998).

Una de las primeras demandas que debió atender el novel fuero fue la promovida en denuncia de las pésimas condiciones de habitabilidad de un efector estatal destinado a dar techo durante la noche a personas en

26. CDESC, E/1992/23, ap. 8.

27. Los motivos prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o categorías sospechosas suelen englobar más casos, como específica de una manera no taxativa el art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

28. CDESC, E/1992/23, ap. 9.

29. CSJN, “Ercolano”.

situación de calle —luego conocidos comúnmente como “paradores”—, que ponía en peligro la salud, la higiene y la dignidad de sus habitantes.³⁰

Frente a la eclosión mencionada, la respuesta gubernamental de política pública fue, en un primer momento, destinar dinero al pago de habitaciones de hoteles para aquellas personas o familias desencajadas del sistema social (recuérdese que en el momento de mayor crisis la desocupación llegó a uno de cada cuatro argentinos en edad activa, con un índice de pobreza del 57,2%).³¹ La decisión de poner fin a esos programas motivó la concurrencia de unas 800 familias a los estrados judiciales organizadas en más de 100 amparos que, reclamando su derecho a la vivienda digna, lograron frenar esos desalojos de los hoteles sin alternativas superadoras.³² Luego de ello, y a través del Decreto 895/02 que concluyó con esa intervención hotelera, comenzó un período (que se mantiene hasta el día de hoy) donde la respuesta gubernamental a la situación de vulnerabilidad social y pobreza se traduce en unos subsidios habitacionales (transferencia de determinadas sumas de dinero si se cumplen ciertos recaudos) con destino al alquiler. Es decir, se pasó de un sistema enfocado en la oferta (construcción de viviendas sociales, facilidades o rebajas impositivas para el desarrollo de planes de viviendas, comodatos sociales, etcétera) para anclarlo en el subsidio a la demanda.

El mencionado Decreto 895/02 estableció una ayuda por diez cuotas, terminadas las cuales concluía indefectiblemente la ayuda estatal, no obstante que pudiera subsistir la situación de emergencia o las causas que la provocaron. Ello determinó que ante cada finalización de asistencia los beneficiarios judicializan su reclamo en búsqueda de la renovación o continuación del goce del derecho. El sistema, en su línea conceptual inspiradora (y más allá de los montos concretos y modalidades, que se fueron agregando o quitando con el tiempo), se mantuvo ininterrumpidamente con los Decretos 690/2006, 960/2008, 167/2011, 239/2013 y 637/2016.³³

30. Cfr. TSJ, “Pérez, Víctor”, 21/6/2001; CHRISTE, *Los derechos sociales en acción*, pp. 343-44.

31. Ver URL: https://www.indec.gov.ar/nuevaweb/cuadros/74/pobreza_adic_total_oct02.pdf consultado 29/5/2019.

32. CCAyT, Sala 1, “Silva Mora c/ GCBA s/ amparo”, CCAyT, Sala 2, “Ramallo, Beatriz y otros c/ GCBA s/ amparo”, Vid. CHRISTE, *Los derechos sociales en acción*, pp. 344-345.

33. Las principales líneas jurisprudenciales que acompañaron estos diez años de decretos gubernamentales a través de los cuales se ejerció, en su aspecto mínimo o básico, el derecho a la vivienda de poblaciones vulnerables en la CABA, pueden verse en CHRISTE, *Los*

En el año 2010 se dictó una sentencia especialmente restrictiva que analizó todo el sistema de asistencia gubernamental por medio de decretos y reglamentaciones,³⁴ que en sus trazos generales no lo consideraba un derecho subjetivo exigible por los particulares, negaba la posibilidad del Poder Judicial de entrometerse en funciones prioritariamente confiadas a los órganos democráticamente elegidos, y concebía a la vivienda como un techo donde guarecerse, cuya fuente en el diccionario era compatible con un refugio o parador.³⁵ En el año 2012 la Corte Suprema revocó esa tesis y dispuso la justiciabilidad (en términos de suficiencia, adecuación y razonabilidad) de las respuestas estatales para dar cauce a este derecho,³⁶ ordenando al Gobierno mantener a la actora y su hijo con discapacidad en la medida cautelar hasta tanto se diera satisfacción a la solución definitiva, e incorporarla en un plan de vivienda, además de otras acciones coordinadas que la demandada debería desplegar.

Como respuesta al primer fallo, la Legislatura de la Ciudad acusó recibo y dictó las leyes 3706 y 4036 (recuérdese que la principal justificación en el precedente de 2010 fue la ausencia de un *pedigree* democrático). Ambas leyes fueron sancionadas luego del fallo “Alba Quintana” y antes de la enmienda o modificación de la doctrina por la Corte.

La primera (ley 3706, sancionada en diciembre 2010, BO junio 2011) tuvo por objeto “proteger integralmente y operativizar los derechos de las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle” (art. 1º, tan simbólico como enfático). Definió esa situación (art. 2), dispuso las fuentes que debían primar en la interpretación para resolver estos casos (art. 3) y estableció una batería de medidas o deberes que el Estado debe garantizar (art. 4, y arts. 6, 7 y 8).

La ley 4036 (sancionada en noviembre 2011, BO febrero 2012), por su parte, también tuvo por objeto:

derechos sociales en acción, pp. 344-361. Allí queda clara la posición usualmente estrecha desde el máximo Tribunal (TSJ) y —por lo menos durante esa década— una perspectiva vigorosa de la Cámara en relación con los contornos del derecho, especialmente exigente frente a las políticas y órganos gubernamentales, y generosa en torno a las posibilidades de control por parte del Poder Judicial.

34. TSJ, “Alba Quintana”.

35. GARGARELLA & MAURINO, “Vivir en la calle...”, pp. 67-84.

36. CSJN, “Quisberth Castro”.

“La protección integral de los derechos sociales para los ciudadanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, priorizando el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de políticas sociales que brinde el Gobierno de la Ciudad de acuerdo con los principios establecidos en los artículos 17 y 18 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires” (art. 1).

También dispuso una cláusula de interpretación favorable (art. 2) y a los tres tipos de prestaciones que organiza (prestaciones dinerarias intransferibles no retributivas; prestaciones técnicas de asesoramiento y evaluación; y prestaciones materiales de servicios en especie, art. 5) las condicionó al concepto clave o paradigmático del régimen: vulnerabilidad social. Así el art. 6 define:

“Entiéndase por vulnerabilidad social, a la condición social de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos. Se considera ‘personas en situación de vulnerabilidad social’ a aquellas que, por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran dificultades para ejercer sus derechos”.

El art. 8 dispone un piso mínimo para el acceso a las prestaciones dinerarias, incluyendo en los beneficiarios explícitamente a las personas solas, que conforman un “hogar” (art. 9), y dispone unas tutelas agravadas y diferenciadas acorde con los sujetos especialmente vulnerables o doblemente perjudicados según estándares internacionales, como los niños, niñas y adolescentes (art. 13), las personas mayores (art. 16), las mujeres (art. 20) y las personas con discapacidad (art. 23). Desde luego, este reforzamiento, en la lógica de la ley, no parece excluir otros casos mencionados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero no explícitamente en la ley (pueblos indígenas; población afrodescendiente; migrantes; personas privadas de la libertad; personas, grupos y colectividades LGBTI),³⁷ ni aquellos que reúnan la dificultad genérica del art. 6.

37. Ver el reciente el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (septiembre 2017), titulado *Pobreza y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.164, en cuyo Capítulo 3, “Impactos diferenciados de la pobreza” menciona, además de los cuatro ejemplos de la ley (a, b, g, e, i) los otros cinco casos ejemplificativos señalados en el texto.

Esta protección de la ley sigue de cerca un parámetro o estándar regional que ha sido adoptado tanto por la Corte Suprema (Acordada 5/2009) como por el TSJ de la Ciudad (Res. 30/2010), como son las “Reglas de Brasilia”. En efecto, allí se estableció:

“Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. [Y que] Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”.³⁸

III.C. Dos casos de estudio en la jurisprudencia de la CABA en materia de derecho a la vivienda

Actualmente la jurisprudencia de las tres Salas que tiene el Fuero Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad —aun con ciertos matices y disidencias— tienen una postura bastante definida, sobre todo en esta última década, en la atención y respuesta de estos casos, que incluye por supuesto la recolección de la práctica de la etapa reglamentaria (2002/2012) y la etapa legal (2012 en adelante), para establecer, en líneas generales, dos tesis o posiciones que pretendo problematizar a partir de la reflexión sobre las teorías de la atribución mental.

Una de ellas es la mirada que, desde una perspectiva de realización de inferencias analógicas a partir del propio campo u horizonte de proyección, accede a una atribución mental a partir de imaginar lo que ocurre en la mente de los demás, y sostiene que debe descartarse la ayuda estatal para aquellas personas que, en teoría, *pueden procurarse* los recursos necesarios para su manutención. La otra arriba a similar conclusión, pero a partir no tanto de una tesis simulacionista sino de una pretensión objetivizada de un observador imparcial a partir de una teorización de lo que ocurre

38. Grupo de Trabajo de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, “Reglas de Brasilia sobre acceso a ...”, Sección 2, ap. 3 y 4.

cuando durante el transcurso del juicio sobreviene un hecho natural: si un joven cumple 18 años de edad —carece de discapacidades— debe poder procurarse su sustento. Las diferencias no son radicales ni tajantes, pues esta última perspectiva, si bien toma un dato objetivo, se posa como un observador ajeno y realiza una inferencia teorizable explicativista (tercera persona), es verdad que comparte también en alguna medida cierto rasgo empático o simulacionista.

Sostendré, entonces, que la atribución de que una persona, por reunir determinados datos objetivos (edad de 18 a 60 años, ausencia de discapacidad e inexistencia de hijos menores) puede procurarse su sustento está irremediabilmente permeada por una perspectiva simulacionista o de la primera persona de las teorías de la atribución mental intencional. Y la que descansa en la plataforma anterior, pero se dispara a partir de la ocurrencia de un hecho natural inevitable, como cumplir 18 años (y pasar de joven protegido a adulto excluido del régimen), toma también determinados atributos de la perspectiva de la primera persona, pero la combina con una posición teorícista y explicativista de la tercera persona.

III.C.1. Personas solas

De acuerdo con la primera versión del régimen que interpretan, estos tribunales sostienen que aquellas personas solas (hombres o mujeres) en edad económicamente activa, que no tienen cargas de familia (hijos menores) ni discapacidades acreditadas (primordialmente físicas), no integran el universo de prioridades que establece la ley, en reglamentación de preceptos constitucionales, y por lo tanto no son sujetos beneficiarios de los beneficios de la norma.

Para ello argumentan de la siguiente manera:

“[...] de las constancias obrantes en autos, surge que el actor (de 42 años al momento del inicio del pleito), luego de haber percibido en su totalidad el subsidio habitacional establecido en el decreto N° 690/06, ante la falta de trabajo [...] y la inexistencia de otros ingresos, había recurrido a la presente demanda judicial para cubrir el costo de su alojamiento en un hotel de la ciudad [...] En cuanto a su estado de salud, el actor manifestó [...] que no presenta inconveniente alguno. De este contexto surge que, sin perjuicio de las situaciones que el actor manifestó haber padecido (ver, fundamentalmente, relato contenido en el escrito inicial), no ha logrado acreditar, a criterio del

tribunal, aquel estado de vulnerabilidad social que resulta presupuesto de la decisión que solicitaron. En la actualidad, no puede dejar de señalarse que estamos ante una persona mayor de edad, sana, que no ha demostrado de manera alguna verse impedida de laborar. De modo que, la orfandad probatoria en relación a los aspectos centrales del litigio, imponen desestimar la acción deducida”.³⁹

El fundamento central, aplicado a soluciones de fondo o medidas cautelares, no varía en su significación. Por ello, se ha dicho que:

“Dado que de la documental acompañada no surge que la actora cuente con impedimentos psicofísicos de entidad para desarrollar tareas laborativas, se podría pensar —en este acotado marco— que razonablemente lograría insertarse en el mercado laboral formal; al ser ello así, no se encuentran reunidos los extremos necesarios para sostener, en principio, la existencia de una situación de vulnerabilidad social que imponga a esta Sala revocar el rechazo de la medida cautelar dispuesto en la instancia de grado”.⁴⁰

O bien, en la misma línea de pensamiento, que

“de las constancias de autos no surgiría acreditada la situación de vulnerabilidad social de la peticionaria. Ello es así, en la medida en que se trata de una mujer sola de 52 años de edad, que padece de ‘litiasis renal’ (enfermedad causada por la presencia de cálculos o piedras en el interior de los riñones), que no le impediría procurarse su propia subsistencia. De hecho, según lo expresó, desempeñaría, si bien en el ámbito informal, tareas remuneradas; en efecto, la Sra. Flores realizaría labores domésticas. En estos términos, por el momento, no se habrían allegado elementos de juicio sobre cuya base se compruebe que la peticionaria se encontraría, en principio, dentro de una situación de vulnerabilidad. Por ello, corresponde revocar la decisión de grado”.⁴¹

39. CCAyT, Sala 2, “Almendras”.

40. CCAyT, Sala 2, “Cáceres, Natalia”, Asimismo, CCAyT, Sala 2, “Barkhudaryan”, “se trata de un hombre de cuarenta y dos (42) años de edad, que, a estar a los términos de las constancias obrantes en autos, no padecería problemas de salud que le impidiesen procurarse su propia subsistencia”.

41. CCAyT, Sala 2, “Flores, Miguelina”, CCAyT, Sala 2, “Simón, Leonardo”, “Ello es así en la medida en que se trata de un hombre que al momento de iniciar la demanda indicó

La tesis, con distintas formulaciones, se repite. Otro tribunal ha podido decir:

“Que, en definitiva, no ha sido acreditada en autos —ni existen elementos mínimos de convicción que permitan considerar— incapacidad alguna para desarrollar tareas laborativas con su respectiva contraprestación, siendo que es mayor de edad. Por el contrario, de los elementos de convicción que pueden extraerse de los presentes actuados, pareciera que contaría con las facultades y capacitación suficientes como para procurarse los recursos necesarios para su manutención. En suma, la ausencia de mayores elementos que permitan acreditar aquel estado de vulnerabilidad, impone revocar la sentencia apelada y, por tanto, desestimar la acción deducida”.⁴²

tener 55 años de edad, que según los términos de su presentación (v. fs. 2/3 vta.) su estado de salud, en principio, no le impediría, procurarse su propia subsistencia”. CCAyT, Sala 2, “Sánchez Rivera”, “Ello es así, en la medida en que se trata de un hombre solo, de 46 años de edad, que no presentaría problemas graves de salud (v. fs. 30,49/52)”.

42. CCAyT, Sala 2, “Aisa, Diana”, Asimismo, CCAyT, Sala 1, “Sanabria, Adriana”, del 5/6/2015: “surge que la actora tiene actualmente cuarenta y siete (47) años de edad, que habría percibido la totalidad del subsidio previsto en el Decreto 690/06 y que, si bien el informe pericial obrantes a fs. 65/67 vta., determinó que la amparista presenta una estructura de personalidad neurótica y, con antecedentes de depresión neurótica, dichas circunstancias no permiten tener por probada *prima facie* la configuración de un supuesto de vulnerabilidad conforme la legislación vigente. Esto es así, toda vez que las constancias anejadas por la parte actora para acreditar los problemas de salud que padecería resultan insuficientes para concluir en que se encuentra impedida de desempeñar tareas laborativas”. CCAyT, Sala 2, “Musi, Ezequiel”, “no ha sido acreditada en autos, ni existen elementos mínimos de convicción que permitan considerar incapacidad alguna para desarrollar tareas laborativas con su respectiva contraprestación, siendo que es mayor de edad y que no se ha acreditado debidamente que padezca enfermedades incapacitantes”. CCAyT, Sala 2, “Wainer, Graciela”, “no padecería algún problema de salud incapacitante que la inhabilite para procurarse su subsistencia [...] no surge que la actora cuente con impedimentos físicos y/o psíquicos graves para desarrollar tareas laborativas, no se encuentra fehacientemente acreditada que la actora se encuentre en situación de vulnerabilidad social”. CCAyT, Sala 2, “Taccetta, Irma”, “no fueron aportados elementos mínimos de convicción que permitan considerar incapacidad alguna para desarrollar tareas laborativas con su respectiva contraprestación, siendo que no se ha acreditado debidamente que la amparista padezca enfermedades incapacitantes. Por el contrario, de las constancias que pueden extraerse de los presentes actuados, pareciera que la Sra. Taccetta contaría con las facultades suficientes como para procurarse los recursos necesarios para su manutención”.

En parejo esquema de razonamiento, se ha sostenido que:

“no se encuentra acreditada la situación de vulnerabilidad social del peticionario toda vez que el actor —Edgardo Javier Maldonado— es un hombre solo de 45 años que, a estar a las constancias de la causa, y a los términos del informe acompañado a fs. 226/232, que data de 11 de agosto de 2017, no padecería ningún problema de salud incapacitante que lo inhabilite para procurarse su subsistencia”.⁴³

La tesis fuerte, entonces, consiste en sostener que si se reúnen aquellos tres datos duros (salud superficial, edad intermedia, y no cargas de familia) la persona tiene una fuerte presunción de que “puede procurarse” su sustento, sin derecho a reclamos.

III.C.2. Mayoría de edad

La segunda versión que surge de la lectura del régimen de protección es aquella que sostiene que los jóvenes que cumplen 18 años durante el transcurso del juicio automáticamente quedan fuera del alcance de la sentencia (aun si su grupo familiar conviviente es vulnerable, discapacitado, violentado, etcétera) por pasar a integrar el segmento del apartado anterior. Si bien esta posición puede llevar a suponer que aquí también habría una atribución de primera persona en la versión simulacionista trasladando toda la estructura mental del juez o el operador para aplicarla a la

43. CCAyT, Sala 3, “Maldonado, Edgardo”, CCAyT, Sala 3, “Torres, Blanca”, “no se evidencian impedimentos para generar estrategias laborales destinadas a superar la situación de vulnerabilidad social que atraviesan. Se trata de un grupo familiar conformado por dos mujeres adultas que no alegaron impedimento alguno para trabajar”. CCAyT, Sala 3, “Aragón, Verónica”, “la señora Verónica María Belén Aragón es una mujer sola de 41 años, que, a estar a las constancias de la causa, y a los términos de los últimos informes acompañados a fs. 198/202, no padecería ningún problema de salud incapacitante que la inhabilite para procurarse su subsistencia. Asimismo, y sobre este punto, cabe agregar que el último de los informes, producido con posterioridad a la sentencia de primera instancia —y, por tanto, no ponderado por la jueza de grado—, no da cuenta de una problemática que le impidiese a la amparista su desarrollo laboral”. CCAyT, Sala 3, “Llampa Irineo, Venancio”, “no fueron aportados elementos mínimos de convicción que permitan considerar incapacidad alguna para desarrollar tareas laborativas con su respectiva contraprestación, siendo que no se ha acreditado debidamente que el amparista padezca enfermedades incapacitantes”.

atribución mental del otro, arrastrando inerradicablemente las perspectivas, proyectos, condiciones y constituciones del yo hacia el sujeto con el cual se produce la —ficticia— interrelación, lo cierto es que existen determinadas peculiaridades que permiten rastrear también una perspectiva de tercera persona en la atribución.

En este sentido, se puede notar una posición objetiva y distanciada que trata de explicar o reconstruir las circunstancias de otra persona,⁴⁴ sobre todo a partir del acaecimiento de un dato de ese carácter, inopinable, inevitable y desprovisto de significación empática, como es alcanzar la mayoría de edad. Además, la propia teorización e intelectualización de esta postura permite que nueva información o la adquisición de nuevo conocimiento modifique, favorable o desfavorablemente, la capacidad de atribución intencional. A diferencia de la perspectiva de la segunda persona, cuyo proceso de elementos perceptivos, emocionales y conductuales resulta instintivo y no mediado, “en el caso de la perspectiva de tercera persona, [...] la explicación que podamos hacer de la conducta de alguien puede variar si nos aportan alguna nueva información que desconocíamos (como cualquier otro caso de inferencia a la mejor explicación)...”.⁴⁵ La adquisición de 18 años parece ser esos datos nuevos que modifican la atribución, sobre todo teniendo en cuenta que, como veremos en seguida, esa modificación se produce de oficio, rastreada solitariamente por los jueces en el aislamiento de sus despachos,⁴⁶ y no denunciada por ninguna de las partes del juicio.

En relación con esta versión o atribución de la jurisprudencia, corresponde señalar que se ha entendido lo siguiente:

“En efecto, de las constancias de autos surge que se trata de una mujer de 39 años de edad a cargo de 4 hijos —B. (18), C., J.E. (16), P.C., Z. (5) y P.C., N. (4)—, que al momento de iniciar la demanda indicó que se encontraban pernoctando alternativamente en habitaciones de allegados y que no sabía por cuánto tiempo más podría contar con dicha ayuda [...] Por ende, la verosimilitud, surge de los preceptos constitucionales y legales reseñados. El peligro en la demora resulta, a su vez, palmario con sólo tener en consideración que la actora es una mujer

44. GOMILA, “La relevancia moral de la perspectiva de segunda persona”, p. 7.

45. GOMILA, “La relevancia moral de la perspectiva de segunda persona”, p. 9.

46. SCOTTO, “Interacción y atribución mental: la perspectiva de la segunda persona”, p. 140.

a cargo de cuatro hijos (tres menores de edad, uno de los cuales padece una discapacidad), que debido a los cuidados que debe propiciarle a su hija acarrea dificultades para insertarse en el mercado laboral formal, así como realizar tareas remuneradas, y que en caso de no recibir asistencia gubernamental quedará, prima facie, en situación de calle. Ahora bien, en relación con la Srta. B. A. C., no existen elementos mínimos de convicción que permitan considerar que se encuentra en la misma situación. Ello es así en tanto no ha sido acreditado en autos, siquiera mínimamente, que estuviera incapacitada para desarrollar tareas laborales con su respectiva contraprestación, siendo que es mayor de edad”.⁴⁷

Otras formulaciones similares mantienen la misma perspectiva:

“Sin perjuicio de lo expuesto, cabe referirse a la situación de la hija mayor de edad, Maribel Solís Rea (19 años). Al respecto, de las constancias de autos no surgiría acreditado el estado de salud. En tal sentido, es dable destacar que no existen elementos mínimos de convicción que permitan considerar, por el

47. CCAyT, Sala 2, “Coman, Ferminia”. CCAyT, Sala 2, “Núñez, Leni”, “Ahora bien, en relación con Marcos Daniel Velázquez Núñez, no existen elementos mínimos de convicción que permitan considerar que se encuentra en la misma situación. Ello es así en tanto no ha sido acreditado en autos, siquiera mínimamente, que estuviera incapacitado para desarrollar tareas laborativas con su respectiva contraprestación, siendo que es mayor de edad”. CCAyT, Sala 2, “Durand Cahuana, Gaby Dolores”, “sin embargo, al tiempo de este pronunciamiento, Gaby Alejandra Negrete Durand ha alcanzado la mayoría de edad [...] Que, antes de proseguir, cabe detenerse en el examen de la situación de Gaby Alejandra Negrete Durand [...] ha adquirido la mayoría de edad. Asimismo, según surge de las constancias obrantes en autos, se encuentra en buen estado de salud. En orden a ello, es dable concluir en que no existen elementos mínimos de convicción que permitan considerar que Gaby Alejandra Negrete Durand se encuentra en la misma situación de vulnerabilidad que su madre, su tía y sus hermanos menores. Ello es así, en tanto no ha sido acreditado en autos, siquiera mínimamente, que se encuentre incapacitado para desarrollar tareas remuneradas y, de ese modo, que atravesase una situación que lleve a acordarle un acceso prioritario a las políticas sociales que aplica el GCBA”. CCAyT, Sala 2, “Flores Choque, Shirley Vanesa”, “Que, antes de proseguir corresponde detenerse en el examen de la situación de Brayan Yamil Rodríguez Flores, hijo de quien iniciara la acción y a quien la Sra. jueza de primera instancia hizo extensivo el contenido de la sentencia apelada. Pues bien, como se señaló anteriormente, Brayan Yamil Rodríguez Flores es mayor de edad y gozaría de buen estado de salud”. El conector “ahora bien” (suplido en algunos casos por “sin embargo”, “antes de proseguir”, etcétera) denota en todos los casos que la situación es advertida/detectada/descubierta por el Tribunal sin incitación o denuncia de ninguna de las partes.

momento, que se encuentre en la misma situación de vulnerabilidad que el grupo familiar actor. Ello es así, en tanto, no ha sido demostrado —en esta etapa preliminar del proceso— su pertenencia a los grupos prioritarios contemplados por la normativa aplicable”.⁴⁸

En la misma línea conceptual, también se ha sostenido que:

“Sin embargo, las circunstancias personales del joven Cristian Luis Roberto Galeano difieren de las de la amparista, en tanto no se encuentra alcanzado por la situación de vulnerabilidad social que exige el ordenamiento jurídico descripto para conceder la prestación asistencial peticionada. Ello es así, dado que es una persona mayor de edad y que no consta que se encuentre aquejada por ningún padecimiento grave de salud que le impida realizar tareas laborativas”.⁴⁹

Otra Sala del mismo Tribunal ha sostenido la misma tesis. En efecto, ha dicho:

“Finalmente, corresponde poner de resalto que durante la tramitación de las presentes actuaciones el Sr. Quimey Castro, Matías alcanzó la mayoría de edad.

48. CCAyT, Sala 1, “Rea Escobar, Severina”, CCAyT, Sala 1, “Torrico, Teresa”, del 24/11/2017: cambiándole únicamente el nombre de la joven (Agostina Docampo) y manteniendo intacto el párrafo (disidencia).

49. CCAyT, Sala 2, “Galeano Florentín, María Luisa”. CCAyT, Sala 2, “Ortega, Vanesa Paola”, “Paola Ortega, de 35 años de edad, sus seis hijos menores [...] violencia sobre ella [...] Que, sin embargo, las circunstancias personales del joven Gabriel Nicolás Ortega difieren de las del resto de su grupo familiar, en tanto no se encuentra alcanzado por la situación de vulnerabilidad social que exige el ordenamiento jurídico descripto para conceder la prestación asistencial peticionada. Ello es así, dado que es una persona mayor de edad y que no consta que se encuentre aquejada por las circunstancias relatadas por su progenitora a fs. 333 vta. en cuanto a su salud [...] Así las cosas, las razones apuntadas indican que debe ser excluido de la sentencia a dictarse”. CCAyT, Sala 2, “Gumucio de Pinto, Juana Zulema”, “Sin perjuicio de lo expuesto, cabe referirse a la situación del Sr. Franklin Pinto de Gumucio, de 20 años de edad. Al respecto cabe destacar que de las constancias de autos no se encuentra acreditado ningún inconveniente relevante relacionado con su estado de salud. En tal sentido, es dable destacar que no existen elementos mínimos de convicción que permitan considerar, por el momento, que se encuentra en la misma situación de vulnerabilidad que el grupo familiar actor”. CCAyT, Sala 2, “Tancara Cruz, Julia”, cambiándole el nombre del joven (Alan Emilio Carvajal Tancara) y manteniendo en sustancia el párrafo anterior.

Ahora bien, toda vez que no ha acreditado padecer enfermedad incapacitante alguna y tampoco ha demostrado encontrarse en una situación de vulnerabilidad, como las contempladas en la normativa habitacional vigente, no existen motivos que permitan hacer lugar a la adhesión peticionada”.⁵⁰

IV. LAS REACCIONES DE SEGUNDA PERSONA. LA EMPATÍA Y SU INSUFICIENCIA

IV.1. La empatía como dinámica novedosa en una jurisdicción flamante

Una de las primeras innovaciones con el establecimiento de la justicia contenciosa, administrativa y tributaria⁵¹ fue la intención de otorgar un lugar destacado a la empatía en el trabajo e interacción con personas excluidas, desvinculadas, desencajadas del sistema social.

Frente a la práctica usual y tradicional del sistema judicial contencioso administrativo, y de otros fueros con prácticas acendradas por más de cien años (ej. el civil de la Capital Federal), la instalación de la justicia en la Ciudad autónoma supuso una perspectiva progresista y de vanguardia. Aquel fuero federal histórico que enjuiciaba al Estado desde la década de 1950⁵² tenía prácticas y destrezas que, por el tenor de sus disputas, no podía sino ser prescindente, externo y alejado del conflicto que debía ser resuelto por aplicación o subsunción del caso al derecho administrativo.

50. CCAyT, Sala 3, “Moreno, Clelia”. Asimismo, CCAyT, Sala 3, “Sagania, Mirian”, “Ahora bien, cabe resaltar que las circunstancias personales de la coactora Vanina Natalia Hoffman difieren de las de su madre, en tanto no se encuentra alcanzada por la situación de vulnerabilidad social que exige el ordenamiento jurídico descripto para conceder la prestación asistencial en los términos peticionados. Ello es así dado que es una persona mayor de edad, sin problemas de salud”.

51. La instauración de la justicia contenciosa incluye por cierto a órganos judiciales auxiliares que en otras jurisdicciones operan como órganos extra poder (ver art. 120 Constitución Nacional) y en la Ciudad integran sin incertidumbres el Poder Judicial, como el Ministerio Público (de la Defensa, Fiscal y Tutelar), Cfr. art. 124 Constitución de la CABA, desde luego con autonomía e independencia.

52. ARCEO, “La organización de la justicia federal...”, pp. 150-51.

Los conflictos originarios de la Ley de Regulación de la Especulación ilícita o las infracciones a la Ley de Precios Máximos y todo el arsenal de competencias posteriores —a modo de breve y esquemática revisión—, vinculadas con el empleo público, los contratos administrativos, los actos administrativos, el personal de pasividad, decretos y conflictos de poderes del Estado, potestad reglamentaria del Ejecutivo, impuestos, migración, arbitraje, empresas del Estado, etcétera, nunca imposibilitaron o resquebrajaron el esquema de atribución mental intencional o de conductas (en aquellos casos que la necesitaran, no es imaginable por ejemplo para constatar los límites de la potestad delegada del art. 76 CN) por medio de la perspectiva de la tercera persona. Esto es, un tercero ajeno, imparcial y observador prescindente que infiere y utiliza mecanismos de ese tipo para la atribución de actitudes intencionales o estados mentales del sujeto.

Las características de una porción de los conflictos judiciales a resolverse en la Ciudad, por el contrario, determinaron y hasta obligaron a los operadores a adecuar las prácticas tribunalicias a dicho talante. Desde sus inicios fueron flexibles en intentar establecer una justicia abierta, inclusiva y no cerrada esquemáticamente cuya llave de acceso fuera sólo administrada por los profesionales del derecho, abogados, jueces y auxiliares de la justicia. Por el contrario, las audiencias con las partes reclamantes, especialmente con aquellas personas o familias en situación de vulnerabilidad social, que demandaban una asistencia estatal o el cese de un desalojo violento, fueron una práctica bien usual desde los comienzos, incluso sin regulación clara y expresa en los códigos adjetivos (ya sea hasta el año 2007 con la aplicación del viejo Decreto-Ley 16.986, o después con la aplicación de la nueva Ley de Amparo local 2145).

Otra experiencia novedosa, completamente desconocida para la práctica usual del siglo pasado, fue la atención, escucha y el tiempo dedicado a los sujetos reclamantes (ya sea por parte de los tribunales, en el carácter de justiciables, o en sede de las Defensorías y Asesorías del fuero, en el carácter de consultantes y luego defendidos) en sede propia de los edificios judiciales. Un escenario paradigmático fueron las salas de espera, oficinas y salas de audiencias pobladas por sujetos anteriormente ajenos o desconocidos para este ámbito. Aquellos cuyos conflictos jurídicos —que impactaban radicalmente en sus proyectos de vida— se resolvían en esos estrados. Hileras de asientos pobladas por familias, madres con seis hijos, pañales, juguetes, o con personas en situación de calle, con sus pertenencias a cuestas (valga destacar que carecer de un techo donde guarecerse no es quizás el mayor

problema de los y las *homeless*, sino peregrinar por las urbes sin lugar donde dejar sus cosas, sin poseer, siendo dueños solamente de sus cuerpos), sucios, con olor, beodos en muchos casos, fueron un ambiente al cual la justicia tuvo que acomodarse y acoplarse para poder resolver los juicios.

Esa atención, percepción, interacción, otorgó un cariz empático que ningún operador judicial pudo fácilmente evitar, más allá de provenir de otro estrato social más acomodado, con necesidades básicas primarias y secundarias satisfechas, con formación profesional universitaria y sin atisbo de las vivencias o de los sufrimientos de las personas a las que tenían que dar una respuesta.

Sin embargo, cuando la práctica se estandarizó y cesó el primer impacto y el furor de la justicia cara a cara, además de disminuir esas experiencias y volverse cada vez más extraño o esporádico su uso por parte de los nuevos operadores, el significado de la empatía perdió el valor que estuvo llamado a ejercer en aquellos primeros años. Un juicio de amparo habitacional puede llegar a resolverse hoy en día sin ninguna audiencia con la parte afectada en primera instancia, y ni que hablar en sede de la Cámara. Tampoco suele observarse (en general y por supuesto con varias excepciones) ningún esfuerzo por ponerse en el lugar del otro, por lo menos ningún esfuerzo añadido o por fuera de los márgenes teorizables. No se observa un funcionamiento "fuera de línea" del propio sistema intencional de los operadores.⁵³

IV.2. Las reacciones emocionales de segunda persona en tanto plataforma básica de mecanismos y operaciones más complejas

La capacidad de ponerse en lugar del otro, como dinámica propia de la atribución de primera persona, es imprescindible para resolver un conflicto donde interviene necesariamente la atribución mental de un sujeto diverso, como, por ejemplo, en los casos que dimos más arriba, la idea de que alguien "puede procurarse" su sustento. Su importancia no debe ser minusvalorada. Pero tal vez hemos llegado a un punto donde el mero intento de empatizar ha devenido insuficiente para atender con corrección la reduplicación sistemática de los casos que estamos estudiando.

En efecto, las dificultades de acceder al conocimiento de las otras mentes con base en inferencias analógicas que parten del propio caso,

53. GOMILA, "La relevancia moral de la perspectiva de segunda persona", p. 4.

como la versión de los teóricos simulacionistas, son demostradas por Carolina Scotto en su estudio. La autora, pese a reconocer su versatilidad y necesaria utilización en determinados supuestos, establece que hay aspectos o elementos que quedan por fuera y no alcanzan a ser cubiertos por esta perspectiva. Su planteo de la segunda persona, entonces, viene a llenar un hueco y no a erradicar las perspectivas de la primera y tercera persona, tan necesarias como naturales en la teoría de la atribución intencional.

Para clarificar esos ejemplos de segunda persona —según la definición conceptual abordada más arriba en el Apartado II—, la autora define a diferentes fenómenos, como la mirada y sus efectos, las reacciones evidenciadas por la atención visual conjunta, los movimientos corporales coordinados, los casos de imitación y sincronización gestual y formas de identificación y contagio emocional no mediado.⁵⁴ Especial hincapié hace respecto de las “reacciones ‘simpáticas’ espontáneas” y las “emociones ‘empáticas””, además de:

“una gran diversidad de formas de cognición sensorio-motoras y actitudes o reacciones no verbales hacia los demás, todos las cuales cuentan como casos de atribución mental porque expresan y/o resultan de reconocer en otro agente, del modo descrito, sentires, intenciones, necesidades, motivaciones, estados emocionales, etcétera”.⁵⁵

La definición es muy interesante porque da cuenta de una cantidad de estados, reacciones y emociones que no suelen ocupar la atención ni de los filósofos de la mente ni de los psicólogos. Reconociendo que se carece de especificaciones más concretas debido a la falta de desarrollo mencionado, y que en consecuencia los componentes, mecanismos, factores causantes o activadores de esos estados no lucen con el detalle y rigor deseable, Scotto enfrenta la crítica que podría calificarse como de la “mera espontaneidad mecánica”, que niega su carácter de atribución mental. Esa crítica sostiene que la reacción más o menos inconsciente y automática a las conductas de los otros no puede asimilarse a la compleja operación de asignar significados y contenidos mentales a un sujeto externo. No obstante, la perspectiva de la segunda persona supera ese reproche porque no defiende que es la única forma de atribución

54. SCOTTO, “Interacción y atribución mental: la perspectiva de la segunda persona”, p. 147.

55. SCOTTO, “Interacción y atribución mental: la perspectiva de la segunda persona”, p. 147.

intencional, sino que es una básica, complementaria a las restantes, originaria y primitiva, sin la cual cualquier otro proceso ulterior es inimaginable.⁵⁶

Pero es en la distinción entre reacciones simpáticas y empáticas donde adquiere trascendental valor el escrito de la profesora cordobesa. Ello, por su claridad conceptual y porque la variante explorada puede tener vinculación con cierta insuficiencia que la teoría simulacionista acarrea en la resolución de amparos habitacionales. Y, al igual que lo que ocurre con la perspectiva de la segunda persona, la crítica que se pudiera formular a la interacción intersubjetiva inmediata y primitiva que produce el compartir emocional no teorizado ni cientificista para atender estos casos, podrá ser rechazada por razones igualmente concluyentes, sosteniendo que no se intenta mitigar ni erradicar la empatía, sino complementarla.

Frente al achaque que sostenga que la simpatía como vertiente de la segunda persona se trata de una reacción instintiva ajena de los despachos judiciales e impertinente para resolver juicios —no obstante que en ellos sea necesario una determinada atribución mental intencional—, diremos que esta perspectiva simpática será complementaria y accesorio de la atribución empática, la cual se demostró crucial en los primeros años del fuero y aún hoy, por lo que no pretende ser eliminada ni superada por una nueva, sino complementada y auxiliada por una perspectiva que si bien es básica, primitiva y espontánea, resulta necesaria y mejorada.

IV.3. La simpatía como variante (previa, necesaria y superadora) de la empatía

Partiendo de la definición clásica de Wispé de 1986, corresponderá decir que la simpatía constituye un fenómeno en el que interviene la conciencia y la participación en el sufrimiento o en las emociones de otra persona. Su diferencia con la empatía consiste en que esta última trasluce el intento de comprender estados positivos o negativos del otro.⁵⁷ Siguiendo la línea propuesta por Scotto puede decirse que una primera diferencia ya puede advertirse con la etimología de la palabra, por cuanto el prefijo “*sim*” significa “con”, o “junto con”, mientras que prefijo “*em*” sugiere “en”, que da cuenta de “en lugar de” en vez de junto con, en el mismo lugar.

56. SCOTTO, “Interacción y atribución mental: la perspectiva de la segunda persona”, p. 147.

57. SCOTTO, “Interacción y atribución mental: la perspectiva de la segunda persona”, pp. 147-148.

Citando a Wispé,⁵⁸ que es el autor rastreado por Scotto, la diferencia se sustenta en los principales aspectos:

“En la empatía el yo es el vehículo para la comprensión, y nunca pierde su identidad. La simpatía, por otra parte, tiene que ver más con la comunión que con la certeza [...]. En la empatía uno se substituye a uno mismo por otra persona [...]. El objeto de la empatía es la comprensión. El objeto de la simpatía es el bienestar de la otra persona. En suma, la empatía es un modo de conocimiento; la simpatía un modo de relacionarse”.⁵⁹

La empatía, como se describió en un apartado inicial, surgió de la polémica entre los sostenedores de la teoría de la teoría (TT) versus los teóricos simulacionistas (TS). Esta última explicación de primera persona del funcionamiento de atribución mental vino a polemizar e intentar superar los procesos inferenciales y teoricistas de los teóricos explicativistas. Aun así, el proceso empático propone un mecanismo de comprensión de la actitud de otro, una capacidad de entender y discernir dicha subjetividad que abarca planos intelectuales y puede incluir experiencias afectivas. La simpatía, por el contrario, no intenta comprender ni explicar, sino *compartir* el estado mental o emocional de otro, y allí radica su principal rasgo característico. Es un compartir una experiencia con alguien más y por ello significa un comportamiento social básico y preintuitivo, que antecede y le da posibilidad a la empatía, no a la inversa.

Por ello, “la empatía y otros procesos implicados en la adscripción mental que discuten los simulacionistas son mecanismos y habilidades básicamente intelectuales, no emocionales”.⁶⁰

Hemos visto que la determinación por parte de los operadores y jueces del fuero contencioso administrativo de que alguien “puede procurarse” su sustento, ya sea por ser una persona sola o por cumplir 18 años, es una atribución mental (de primera o tercera persona), objetivizada, ajena, imparcial y solitaria. Esa versión intenta —y no logra— *comprender* el comportamiento de otro. Es una atribución mental insatisfactoria por insuficiente. Al no relevar ninguna variante primaria y básica de la segunda persona,

58. WISPÉ, citado por SCOTTO, “Interacción y atribución mental: la perspectiva...”, p. 147.

59. WISPÉ, citado por SCOTTO, “Interacción y atribución mental: la perspectiva... p. 148.

60. SCOTTO, “Interacción y atribución mental: la perspectiva de la segunda persona”, p. 148.

ningún mecanismo simpático que intente compartir la experiencia emocional del sufrimiento de quien reclama, y no solo explicarlo teorizadamente, se queda a mitad de camino y conduce a resultados parciales e injustos.

Dicha atribución reproduce la primera persona y, como tal, arrastra (“nunca pierde su identidad”) el vehículo del yo. Ese yo prototípicamente educado, sin privaciones radicales, situado en una clase social, económicamente sosegado, inconmensurablemente ajeno respecto de la atribución intencional que realiza. Una comprensión esforzada, denodada según los casos, empatía necesaria pero insuficiente por carecer de una interacción intersubjetiva, no busca ni consigue un compartir emocional previo. No reconoce en el otro agente sentires, intenciones, necesidades, motivaciones ni estados emocionales, porque lo desarraiga de su situación de vida y lo traslada a un mundo (conformado por el vehículo del yo) incomparable. Le aplica baremos totalmente inhóspitos que, razonables en el juzgamiento de comportamientos del yo, resultan inadecuados y no producen ninguna comunicación o compartir intencional en la atribución.⁶¹

Para muestra de esta transferencia del yo empática, o incluso una más alejada perspectiva de tercera persona mediante la versión descriptivista inferencial y objetivizada, corresponde mencionar, por ejemplo, el caso de Verónica Aragón.⁶² Se trata de una mujer trans⁶³ (nacida biológicamente hombre), salteña nacida y criada en una familia rural pobre, con una operación de cambio de sexo en Jujuy en condiciones de higiene preocupantes (por falta de dinero para viajar a Chile). Es integrante de un colectivo histórica, sistemática y radicalmente discriminado en todos los aspectos de su cosmovisión, con prácticas que tienen el efecto de crear o perpetuar en nuestra sociedad una posición subordinada y sometida respecto de esos grupos desaventajados. Esa exclusión y perpetuación del sometimiento requiere un desmantelamiento que deviene imprescindible, porque se trata de clases sojuzgadas que padecen una situación de desigualdad estructural.⁶⁴ El mercado laboral para ciudadanos de este tipo se cierra a la oferta sexual. El caso fue resuelto, como se expuso

61. SCOTTO, “Interacción y atribución mental: la perspectiva...”, p. 146; GOMILA, “La relevancia moral de la perspectiva...”, p. 6.

62. CCAyT, Sala 3, “Aragón, Verónica”.

63. Para el lenguaje técnico, SALDIVIA MENAJOVSKY, “Sin etiquetas”, y más profundamente, de la misma autora, en *Subordinaciones Invertidas. Sobre el derecho a la identidad de género*.

64. SABA, *Más allá de la igualdad formal...*, pp. 77, 79, 117, 144.

más arriba, a partir de la aplicación de un estándar o estereotipo de mujer sola de 41 años sin discapacidades. Si uno no intenta comprender las dificultades que puede tener una persona de un género diverso y no hegemónico, las transformaciones físicas que dificultan e impiden no solo conseguir un empleo formal y estable, sino desarrollarse en la vida cotidiana, las modificaciones en el habla, la gestualidad, costumbres y el plan de vida que entorpecen la vida en desarrollo (empatía) difícilmente podrá resolver adecuadamente una demanda de este tipo. Pero más aún, esa mera proyección del propio sistema intencional en el otro, o sustitución de uno mismo por otra persona, sigue sin alcanzar un verdadero *engagement* o participación emocional con el sujeto que supere la actitud distanciada, observadora, y puramente predictiva de la actividad del otro.

Detectar los rasgos de una persona vulnerable impone un compartir emocional que debe servir de plataforma para realizar una proyección empática. Esa simpatía inicial, intuitiva y preteórica es necesaria en tanto actitud reactiva. Traduce una destreza o *know how* que revierte en intersubjetividad y reciprocidad emocional, para obtener propósitos no predictivos pero sí evaluativos de nuestra propia conducta en ajuste con la atribución intencional intersubjetiva que realizamos. Acomodar nuestras actitudes, comportamientos y razonamientos a esa reacción emotiva intersubjetiva, que son la base última de las obligaciones morales del sujeto,⁶⁵ es una adecuada perspectiva de segunda persona que resulta ineludible.

Otro ejemplo puede verse en el caso de Ezequiel Musi.⁶⁶ Se trata de una persona que vivió (y no metafóricamente) abajo del puente de la Autopista 25 de Mayo, y alternó en hogares, paradores, cajeros automáticos y la Plaza de Mayo. Joven, con enfermedades vinculadas con la salud mental y con las adicciones, ha soportado (y debe soportar) un proyecto de vida que ninguna empatía puede commensurar. Sin adentrarnos en el aspecto del merecimiento o propia culpa del desvalido (que incluye un capítulo muy relevante y paralelo de este trabajo),⁶⁷ por cuanto el déficit empático (y por supuesto simpático) en estos casos suele posarse (inconscientemente) en la atribución de responsabilidad en la propia persona, lo cierto es que esa atribución descansa en una variante paradigmáticamente alejada, solitaria (en términos de

65. GOMILA, "La relevancia moral de la perspectiva de segunda persona", p. 2.

66. CCAyT, Sala 2, "Musi, Ezequiel".

67. Ver ZAYAT, "Pobres merecedores y no merecedores de ...", y sus referencias a la teoría de Rawls y Dworkin y la obra de Queralt Lange.

atribución no constitutivamente social *con* otros, sino aislada *hacia* otros),⁶⁸ ajena, de tercero observador y sin ningún rasgo de emoción, reacción, compartir emotivo intencional, ni averiguación de necesidades, motivaciones, intenciones o estados emocionales. Se posa en una perspectiva dura de tercera persona, y en el mejor de los casos en una proyección del vehículo del yo rigurosamente trasladado al estado mental del otro, para desde allí ejercer un juzgamiento de la responsabilidad o merecimiento del vulnerado.

Antes de culminar con este acápite, y frente a la crítica segura que dirá que el trabajo de un juez técnico, por lo menos en países con la organización del control de constitucionalidad como el nuestro, impide sofisticaciones de la segunda persona, o que el rol “imparcial” (frente a las partes, no al conflicto) determina la impracticabilidad de una simpatía fuerte, previa y básica, es pertinente señalar que tal señalamiento solo forma parte de una forma de ver el rol del Poder Judicial, y también de una forma de interpretar el alcance de los derechos sociales versus otros valores igualmente defendibles del sistema democrático. Pero en ninguna medida puede concebirse como una imposibilidad técnica o práctica. Sin adherir necesariamente a la tesis que referiré, ni que implique que cada sentencia que resuelva derechos sociales o el derecho a la vivienda *deba* ser resuelta en esos términos —por lo menos explícitamente—, nos viene inmediatamente a la mente la sentencia de juez titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N° 2 de la Ciudad, que al analizar un caso vinculado con pobreza, exclusión, trabajo infantil, deberes y omisiones del Estado local, en definitiva, con la dignidad del ser humano, expresó:

“III. Reflexiones finales:

Podría con lo expuesto proceder en forma directa al dictado de la resolución cautelar. Sin embargo, siento la necesidad de hacer expresos un conjunto de pensamientos que han surgido con el correr de las horas al involucrarme en el caso, como un *obiter dictum*.

Ayer, para cumplir con la inspección ocular ordenada salí de mi despacho en compañía de funcionarios, empleados del Tribunal y auxiliares policiales. La ciudad oscurecía. La mayoría de los habitantes volvían a sus hogares. Pero a poco de comenzar el procedimiento una ciudad subterránea afloró ante nuestros ojos. Ahora

68. SCOTTO, “Interacción y atribución mental: la perspectiva de la segunda persona”, p. 140.

veíamos, pero también mirábamos. Apareció con el correr de las horas un muro virtual que divide una ciudad que come, duerme, se esparce, se divierte, de otra ciudad que sobrevive, se revuelve en la basura que deja esa otra ciudad opulenta y pide en los gritos del silencio una oportunidad para su dignidad.

Cientos de cuerpos friolentos y fatigados arrastraban, reemplazando a los caballos y a los burros —merced a que en la ciudad opulenta está prohibida la tracción a sangre— otros cientos de carros improvisados.

En esos carritos iban kilos de residuos que serían el pan de mañana (por hoy). El salvoconducto hacia un plato de comida o la mejor forma de comprar un remedio en el mejor de los casos.

Cuando terminaron su (diaria) gesta de supervivencia, los miles de habitantes de la ciudad 'de la furia', volvieron seguramente a los lugares en donde viven. Algunos hacinados en trenes 'especiales' que los separan de los 'pasajeros'. Otros caminando hacia villas, pensiones, inquilinatos, casas tomadas.

En ese conjunto numerosísimos niños. Lactantes, infantes, adolescentes. Niños al fin. Los vimos activos, colaborando con sus padres en la tarea de sobrevivir. Revolviendo la basura y buscando. Sin la más mínima protección.

Caminando errantes por las calles de Buenos Aires, confundidos peligrosamente con el asfalto y siendo involuntariamente hostigados por cuanto vehículo pasa cerca, en clara situación de riesgo.

Se sorprendieron de vernos. La mayoría relató no haber sido visitados nunca por funcionarios, ni controlados, ni asistidos. Casi todos pedían trabajo y otra vida para sus hijos.

[...] Mientras tanto, aquí, en Latinoamérica, en el sur pobre y periférico, miles de niños caminan por las calles, deambulan, con bolsas en sus manos, muchos no saben aún quiénes son y para qué han nacido. Buscan una justificación a su existencia que supere la miserable ecuación a la que se encuentran expuestos. Buscan sino al menos, alguien que les explique por qué en un país donde un pase de jugador de fútbol cotiza en millones de dólares, o se pagan miles de dólares por una vaca de exposición, ellos nacieron para tener como norte una bolsa de basura y como cuna un carrito que recorre las calles vacías de una ciudad adormecida.

[...] Hoy pienso que todos los que quieren ver a los chicos cartoneros, los verán. Su invisibilidad es solo la opción para los que prefieren la comodidad de la ignorancia. El gran tema que se denuncia con crudeza en este reclamo es que el Estado local no los ve. Viven o sobreviven en la mayor de las desprotecciones. Deben recurrir, en estas terribles paradojas, al Poder Judicial para pedir por sus derechos humanos. Deben recurrir a la justicia para hacer valer los derechos de los niños.

Más allá de todo marco jurídico positivo, existe un mandato esencial del Estado que lo justifica y le da entidad. Me refiero concretamente al mandato de una justicia elemental, básica. El Estado adquiere plena justificación en la medida en que garantiza la dignidad de sus habitantes. No hay Estado posible con minorías dignas y mayorías expoliadas. O, mejor dicho, el Estado resultante en un marco de hiperconcentración de la riqueza y de exclusión de millones de personas es un Estado formal, un sello que solo serviría para legitimar la injusticia.

Los niños constituyen la semilla de la sociedad. Si crecen en un marco de basura y de olvido, serán, los que lleguen a adultos, un producto de directa relación con su medio de vida. ¿O acaso pretenderemos en el futuro que de este almácigo pútrido y fétido surjan rosas? ¿Hasta dónde llegará nuestra hipocresía a la hora de sentenciar la violencia social? ¿Cuál será entonces la raíz de la violencia? ¿Quién tirará la primera piedra?

El Estado ciego y sordo es la antesala del Estado de naturaleza. En la más básica concepción contractualista, el Estado que deja a sus habitantes librados a su suerte es el que los retrotrae a la situación previa a su existencia en donde los poderosos pueden hacer lo que les plazca con el resto, ya que el poder es el que justifica todo.

La omisión gubernamental, la inacción estatal, es además el comienzo de la anomia y de la desintegración moral de la sociedad. ¿Acaso puede exigir pautas de conducta un Estado que solo garantizó la libertad de deambular para los 'sobrevivientes de la basura'?

Como ciudadano, persona de fe y hombre del derecho me veo en la obligación de señalar en este complejo caso judicial, que esta presentación constituye una alerta social insoslayable. Pueden existir —como de hecho existen— decenas de normas, tratados y doctrinas que nos hablen de los derechos humanos y específicamente de los derechos de los niños, pero de nada sirven esas reglas si el Estado ni ve ni hace. Los funcionarios 'pilatos' —como bien los describió el próximo pasado domingo de San Cayetano el Cardenal Bergoglio— que 'miran para el costado', hacen del poder en el Estado un fin en sí mismo y son incapaces de convertir su misión en un servicio hacia los demás. Esos funcionarios 'pilatos' y ese Estado autista, hacen de este *laissez faire* el más siniestro de los caminos sociales. La legislatura ha dado hace ya largo tiempo muestras de la preocupación parlamentaria a través de la sanción de las leyes 937 y 992, sin embargo, los extremos verificados en la inspección ocular practicada, harían presumir el incumplimiento de las previsiones legales o cuanto menos un cumplimiento más que deficiente: los adultos cartoneros no tienen la indumentaria que prescribe la ley, no tienen guantes, no se ven en la noche cerrada mientras deambulan por el asfalto, sus

carritos son más que primitivos. Los niños, además de esto, son niños. No alcanzan las buenas leyes, sin quien las cumpla y quien las haga cumplir.

Finalmente no puedo dejar de considerar que si las evidencias aportadas por la actora fueran ciertas —extremos que se comprobarán oportunamente— resultaría aún más grave el cuadro en tanto la Ciudad poseería recursos ociosos comúnmente denominados ‘superávit’ y no se comprenderían entonces los motivos de la pervivencia de este cuadro de patéticos contornos.

Por todo lo hasta aquí expuesto y conforme lo establecen la Constitución Nacional y Tratados con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22), Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y las partes pertinentes del Código Contencioso Administrativo y Tributario local, RESUELVO: [...]”.⁶⁹

Desde luego que no se propone que cada sentencia que resuelva algún caso habitacional o vinculado con la exigibilidad judicial de derechos sociales tenga que ser resuelto con una explicitación de las sensaciones que provoca al operador o magistrado que tenga en sus funciones resolver la problemática. Pero no podemos dejar de advertir que ese “conjunto de pensamientos” que le surgieron al juez a la hora de “involucrarse en el caso”, no es ni más ni menos que la reacción simpática intersubjetiva, cara a cara, conexión emocional o *engagement* que, en este supuesto muy particular, lo hizo expreso por escrito. Es la simpatía que recupera la perspectiva de la segunda persona, plasmada en una sentencia judicial, que no significa que todas las decisiones deban contenerla por escrito, pero sí demuestra que nuestro sistema de control judicial permite y avala este tipo de reacciones, las preteóricas e intuitivas, y también las manifestadas de manera explícita.

69. Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N° 9 [subr.], causa “Montenegro, Patricia”, Es pertinente señalar que, en esta causa, y en otra conexa (“Bullrich, Patricia c/ GCBA s/ amparo”, Exp. 11797/0) se pretendió proteger el colectivo conformado por los cartoneros de la Ciudad, aquellas personas emergentes de la crisis del 2001, y se persiguieron unas prestaciones no tasadas explícitamente en normas positivas de rango infraconstitucional (ej. subsidios o compensación económica que reemplace los ingresos obtenidos como consecuencia de la actividad, beca de estudios para jóvenes de 15 a 17 años, etcétera). La simpatía frente a situaciones de injusticia extrema no es patrimonio exclusivo de un juez contrariado de la Ciudad, vid. Corte IDH, “Caso de los ‘Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, Serie C-63 [1999].

IV.4. Bloqueo de la segunda persona

Debo finalizar con un intento de comprender las formas por las cuales casos tan singulares y problemáticos como alguno de los mencionados (ej. Verónica Aragón, Ezequiel Musi, o Vanesa Ortega)⁷⁰ pueden ser resueltos de una forma aséptica o estereotipada, dicho esto sin pretensiones de censura sino únicamente descriptivas.

Desde la variante de la perspectiva de segunda persona se ha intentado explicar que el bloqueo de las actitudes reactivas con su paralización momentánea de las emociones morales puede dar lugar a prácticas que el ser humano, en otras condiciones, no ejecutaría. Por supuesto que esta explicación se utiliza para comprender actitudes o acciones aberrantes que bajo ningún punto de análisis (ni profundo ni superficial) pueden entrar en comparación con el dictado de una sentencia judicial a partir de una concepción fuerte, robusta o flexible de determinados derechos. Gomila, por ejemplo, considera que:

“Prácticas inmorales, pero por desgracia relativamente recientes en la historia moral del siglo XX, como la tortura, la desaparición o el genocidio requieren suspender, bloquear, o inhibir de alguna forma, esa relación humana básica”.⁷¹

70. CCAyT, Sala II, “Ortega, Vanesa Paola”. Cabe señalar que este caso involucró un amparo iniciado por una madre de 31 años con cinco hijos menores de edad a cargo (de los 9 meses a los 14 años) y a cargo también de su hermano menor de 15 años. Además, cursaba su sexto embarazo el momento de iniciar el amparo. Madre adolescente solo con estudios primarios, se crio en uno de los barrios más peligrosos y radicalmente desiguales de la Ciudad (Villa del Bajo Flores) con un sinfín de privaciones. A los 15 años su madre la internó junto a sus hermanos en una institución religiosa de Bella Vista, de la cual externó a los 17 años y comenzó su procreación. Vivió en la calle, casas de abuelos y conocidos, con hijos y hermanos, con los cuales formó prácticamente una manada de resguardo y autoprotección. Durante el transcurso del juicio nacieron el sexto y séptimo hijo, un nieto de la hija adolescente mayor y el hijo de 14 años cumplió la mayoría de edad, quien obtuvo un certificado de discapacidad mental. Además, murió en un homicidio violento el hermano de 15 coactor, lo que los obligó a huir del barrio. Esto, además de la orden de restricción del padre de los últimos cinco hijos por violencia tramitada en un juzgado civil. Como se dijo, el caso fue resuelto como joven adulto que alcanzó la mayoría de edad y si bien posee discapacidad, no se inició la tutela a su respecto, por lo que no se encontraría “alcanzado por la situación de vulnerabilidad social” del resto de su grupo familiar.

71. GOMILA, “La relevancia moral de la perspectiva de segunda persona”, p. 2.

Sería irresponsable de mi parte si estableciera algún puente de correlación o analogía entre situaciones inevitablemente distintas. Ahora bien, que el bloqueo de la segunda persona pueda justificar de alguna manera situaciones monstruosas y trágicas en la historia de la humanidad, no significa que no pueda explicar otras situaciones, menos angustiantes, graves y traumáticas, pero en donde se advierte una ausencia de reacción emotiva en interacción intencional.⁷²

Insisto, las estrategias para crear mecanismos de bloqueo de la perspectiva de segunda persona y la necesidad de inhibir la fuerza moral de la perspectiva intersubjetiva como condición de posibilidad para actuar de una persona, que en otras circunstancias hubiera sido incapaz de causar daño al ser sensible a las demandas de la segunda persona en interacción intencional, son ejemplos paradigmáticos de grandes tragedias modernas. Los entrenamientos militares, adoctrinamientos incompatibles con discusión crítica y otros tratos degradantes son ejemplos clásicos de este bloqueo.⁷³

Sin embargo, mi intuición es que esos ejemplos no agotan completamente las variantes de inhibición de comunicación intencional emotiva. Resolver atribuciones mentales de otro sujeto desde la soledad de un gabinete sin intentar establecer una interacción intersubjetiva no es, por supuesto, ni tortura ni un programa eugenésico. No es el mal absoluto o radical kantiano, cuya problematización o misterio también ocupó el interés de las "razones de segunda persona" (Darwell).⁷⁴ Pero, como quedó dicho más arriba, sí implica una atribución de tercera o primera persona, según los casos, que encuentra dificultades para ejercer esa comprensión recíproca, no controlable y espontánea característica de la segunda persona.

En esa línea de pensamiento, puede observarse determinada deshumanización del otro. Ello, no en términos de seres defectuosos, perversos o locos⁷⁵ sino a través de la aplicación de estereotipos totalmente objetivados ("puede procurarse") o la estandarización al máximo de determinadas categorías absolutamente carentes de proyección simpática.

En tales términos, la inclusión de las víctimas reclamantes de derechos humanos en cartabones o casilleros férreamente construidos (discapacitados, mujeres con hijos, adultos mayores de 60) permite trabajar los casos no

72. GOMILA, "La relevancia moral de la perspectiva de segunda persona", p. 15.

73. GOMILA, "La relevancia moral de la perspectiva de segunda persona", p. 16.

74. GOMILA, "La relevancia moral de la perspectiva de segunda persona", p. 15.

75. GOMILA, "La relevancia moral de la perspectiva de segunda persona", p. 16.

como personas, sino como “categorías”, lo que a su vez es compatible con el carácter constitutivamente no social, en aislamiento o *hacia* (desde arriba) otros.⁷⁶ La competencia interpretativa se desprende de la interacción emocional y la simpatía cede lugar frente a la empatía, y en algunos casos frente a perspectivas simulacionistas o de tercera persona, todas reacciones que no logran captar, en esencia e integralmente, el sufrimiento de la víctima.

De otra forma no puede entenderse cómo es que las personas y ciudadanos excluidos del sistema social, incluso aquellas personas solas y quienes cumplieran 18 años sin tener discapacidades, estaban en una mejor posición y obtenían una respuesta más protectoria del Poder Judicial en la etapa reglamentaria (2002/2012) que, en la etapa legal, donde dos leyes (N° 3706 y N° 4036) vinieron a otorgar un plus de protección. La aplicación de las categorías de estándares agravados de estas leyes, permiten tratar los amparos en muchos supuestos como casilleros donde ingresan o egresan los casos. Esa forma de administrar los conflictos es deshumanizada, en el sentido simpático de la perspectiva de segunda persona.

Mi tesis, en definitiva, es que la primera y tercera persona en la atribución mental intencional son completamente necesarias y difíciles —sino imposibles— de erradicar. Además, no creo que sea ni pertinente ni valioso eliminar esas perspectivas. Ahora bien, entiendo que una interacción intersubjetiva, preteórica, espontánea, en línea con una comprensión recíproca interactiva, es cada vez más útil en casos judiciales donde la atribución mental a un sujeto juega un papel relevante. De otra forma, se corre el riesgo de bloquear o inhibir aspectos simpáticos que pueden modificar los propósitos evaluativos de quien atribuye el estado mental, y de esa forma, deshumanizando la respuesta, se otorga una comunicación intencional aislada que no puede hacerse cargo de la integridad del conflicto y de su protagonista.

En esa línea, las respuestas serán cada vez más inferenciales (tercera persona) de lo que “podría” o “debería” hacer el otro, teorizables y altamente cientificistas. Pensar y reflexionar en la perspectiva de segunda persona, como concepción defendible y valiosa para resolver conflictos en casos de derecho a la vivienda o derechos humanos violentados, y en cuyo marco se realizan atribuciones mentales a sujetos, puede sumar una interacción emotiva que ayude a resolver estos casos más integralmente y con mayor justicia.

76. SCOTTO, “Interacción y atribución mental: la perspectiva de la segunda persona”, p. 140.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCEO, Tomás, “La organización de la justicia federal y el fuero contencioso administrativo”, en TAWIL, Guido, *Derecho procesal administrativo*, Abeledo-Perrot, 2011, Buenos Aires.
- Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 1, “Rea Escobar, Severina y otros c/ GCBA s/ Incidente de apelación”, 17/12/2015, Exp. A36215-2015/1.
- , “Sanabria, Adriana c/ GCBA s/ Incidente de apelación”, 5/6/2015, Exp. A379-2014/1.
- , “Silva Mora c/ GCBA s/ amparo”, 28/12/2001, Exp. 2809.
- , “Torrice, Teresa Nicanora y otros c/ GCBA s/ Incidente de apelación”, 24/11/2017, Exp. 765465-2016/1.
- Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 2, “Aisa, Diana Elizabeth c/ GCBA y otros s/ amparo”, 19/9/2013, Exp. 45781/0.
- , “Almendras, Víctor Hugo c/ GCBA y otros s/ amparo”, 19/9/2013, Exp. 42357/0.
- , “Barkhudaryan, Georgi c/ GCBA y otros s/ Incidente de apelación”, 6/9/2016, Exp. A58129-2013/2.
- , “Cáceres, Natalia Elizabeth c/ GCBA y otros s/ Incidente de apelación”, 6/3/2014, Exp. A77165-2013/1.
- , “Coman, Ferminia Rosalía c/ GCBA s/ Incidente de apelación”, 1/11/2013, Exp. A63837-2013/1.
- , “Durand Cahuana, Gaby Dolores y otros c/ GCBA s/ amparo”, 30/4/2015, Exp. A71592-2013/0.
- , “Flores Choque, Shirley Vanesa c/ GCBA s/ Incidente de apelación”, 10/12/2015, Exp. A17418-2015/1.
- , “Flores, Miguelina del Valle c/ GCBA s/ Incidente de apelación”, 30/9/2014, Exp. A2178-2014/1.
- , “Galeano Florentín, María Luisa y otros c/ GCBA s/ amparo”, 20/9/2016, Exp. A8983-2015/0.
- , “Gumucio de Pinto, Juana Zulema c/ GCBA s/ amparo”, 5/12/2017, Exp. A4069-2015/0.
- , “Musi, Ezequiel A. c/ GCBA y otros s/ amparo”, 30/9/2014, Exp. A73311-2013/0.
- , “Núñez Leni y otros c/ GCBA y otros s/ Incidente de apelación”, 24/10/2013, Exp. A60678-2013/1.

- , “Ortega, Vanesa Paola c/ GCBA y otros s/ amparo”, 7/3/2017, Exp. 45568/0.
- , “Ramallo, Beatriz y otros c/ GCBA s/ amparo”, 12/3/2002, Exp. 3260.
- , “Sánchez Rivera, Fernando Christian c/ GCBA s/ Incidente de apelación”, 7/5/2015, Exp. A57405-2014/1.
- , “Simón, Leonardo Adrián c/ GCBA s/ Incidente de apelación”, 23/12/2014, Exp. A7672-2014/1.
- , “Tancara Cruz, Julia y otros c/ GCBA s/ amparo”, 15/5/2017, Exp. A3113-2016/0.
- , “Wainer, Graciela Noemí c/ GCBA s/ amparo”, 28/4/2015, Exp. A9884-2014/0
- Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 3, “Llampa Irineo, Venancio c/ GCBA s/ amparo”, 2/5/2017, Exp. 36606/0.
- , “Maldonado, Edgardo Javier c/ GCBA s/ amparo”, 3/11/2017, Exp. A13827-2014/0.
- , “Moreno, Clelia Beatriz c/ GCBA s/ amparo”, 29/12/2017, Exp. 46510-2012/0.
- , “Sagania, Mirian Alicia c/ GCBA s/ amparo”, 16/2/2017, Exp. A10601-2014/0.
- , “Torres, Blanca Nélica c/ GCBA y otros s/ amparo”, 31/3/2016, Exp. 39664/0.
- CHRISTE, Graciela E., *Los derechos sociales en acción*, Ed. HS, 2017, Buenos Aires.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.164, Pobreza y derechos humanos, 7/09/2017.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, E/1991/23, Observación General N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del art. 2 del Pacto), 14/12/1990.
- , E/1992/23, Observación General N° 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del art. 11 del Pacto), 13/12/1991.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7-22/11/1969, San José, Costa Rica, e.v. 18/07/1978, texto aprobado por Ley N° 23.054, 19/03/1984.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos “Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, 19/11/1999, Serie C-63.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ercolano”, “Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta s/ consignación”, 28/4/1922, Fallos: 136:170.
- , “Quisberth Castro”, “Q.C., S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ amparo”, 24/4/2012, Fallos: 335:452.
- DAVIDSON, Donald, *Subjetivo, intersubjetivo, objetivo*, Cátedra, 2003, Madrid.
- GARGARELLA, Roberto & MAURINO, Gustavo, “Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad”, en Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires. Reflexiones sobre el rol del Poder Judicial y las políticas públicas*, Eudeba, 2010, Buenos Aires.
- GOMILA, Antoni, “La relevancia moral de la perspectiva de segunda persona”, en PÉREZ, Diana & FERNÁNDEZ, Luis (Comp.), *Cuestiones filosóficas: ensayos en honor a Eduardo Rabossi*, Catálogos, 2008, Buenos Aires. URL https://antonigomila.files.wordpress.com/2009/01/home-natge_rabossi_preprint.pdf, consultado 29/5/2019.
- Grupo de Trabajo de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, 06/03/2008.
- Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “Montenegro, Patricia Alejandra y otros c/ GCBA s/ amparo”, 10/8/2005, Exp. 17378/0.
- SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo XXI, 2016, Buenos Aires.
- SALDIVIA MENAJOVSKY, Laura, “Sin etiquetas”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2007, Año 8, N° 1, Buenos Aires, pp. 133-159. URL https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n8N1-Sept2007/081Jurica10.pdf, consultado 29/5/2019.
- , *Subordinaciones Invertidas. Sobre el derecho a la identidad de género*, Universidad Nacional de General Sarmiento, 2017, Buenos Aires.
- SCOTTO, Carolina, “Interacción y atribución mental: la perspectiva de la segunda persona”, en *Revista Análisis Filosófico*, 2002, Volumen XXII, N° 2, Buenos Aires. URL <http://www.scielo.org.ar/pdf/anafil/v22n2/v22n2a03.pdf>, consultado 29/5/2019.
- Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (TSJ), “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo”, 12/5/2010, Exp. 6754/09.

ZAYAT, Demián, “Pobres merecedores y no merecedores de ayuda estatal. La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en materia habitacional analizada desde la Teoría de la Justicia de Rawls”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2017, Año 15, N° 1, Buenos Aires. URL https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub15/Revista_Juridica_Ano15-N1_02.pdf, consultado 29/5/2019.

EL CONTROL PREVENTIVO DE LA HACIENDA PÚBLICA MUNICIPAL EN LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS*

ROBERTO A. COSUNDINO**

Resumen: Este trabajo reseña el modelo de control preventivo de los actos administrativos relacionados mediata o inmediatamente con la hacienda pública de los municipios de Entre Ríos. Primeramente, se delimita el concepto de control preventivo, y luego se introduce en el análisis de los dos órganos de control municipal: interno (Contaduría Municipal) y externo (Tribunal de Cuentas de la Provincia), para concluir con algunas ideas relacionadas con esta modalidad de control público. Entre ellas, y para crear un ámbito propicio para el desarrollo del control preventivo interno, se indica que la Contaduría Municipal debe ser un órgano de control autónomo, su máxima autoridad debe durar ocho años en sus funciones con la posibilidad de ser designada para un periodo más y, además, nombrarse por concurso; todo ello, tal como lo hace la Constitución para la Contaduría Provincial. Con relación al control preventivo externo municipal, el cual actualmente se encuentra en manos un órgano provincial, se indica que luego de la última reforma constitucional de la Provincia y en un marco de autonomía municipal, este necesariamente debe ejercerse por un órgano o ente municipal.

Palabras clave: control preventivo — contaduría municipal — tribunal de cuentas — hacienda pública — municipalidades de entre ríos

Abstract: The work reviews the model of preventive control of administrative acts related mediate or immediately with the public finances of the municipalities of Entre Ríos. First, the concept of preventive control is delimited, and then it is introduced in the analysis of the two municipal control bodies: internal (municipal accounting) and external (Court of Accounts of the province), to conclude with some ideas related to this modality of public control. Between them,

* Recepción del original: 19/09/2019. Aceptación: 04/11/2019.

** Abogado, egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

and to create an environment conducive to the development of internal preventive control, it is indicated that the municipal accountant must be an autonomous control body, its maximum authority must last eight years in its functions with the possibility of being designated for another period, and in addition, to be named by contest; all this, as does the constitution for the provincial accounting. In relation to the municipal external preventive control, which is currently in the hands of a provincial body, it is indicated that after the last constitutional reform of the Province and in a framework of municipal autonomy, it must necessarily be exercised by a municipal body or entity.

Keywords: preventive control — municipal accounting — court of accounts public estate — municipalities of entre ríos

I. INTRODUCCIÓN

En la última década, quizás como nunca antes en su historia, el control preventivo en la Provincia de Entre Ríos ha tenido en su aspecto normativo un cambio sustancial que se trató —no sin sobresaltos— de una evolución.

El punto de partida fue la reforma constitucional de 2008, que tuvo la virtud de introducir por primera vez dentro del texto constitucional un mandato expreso sobre el control preventivo externo de la hacienda pública: “En las contrataciones de alta significación económica, el control deberá realizarse desde su origen” (art. 213 inc. 1º). A esta disposición, le sucedieron muchas otras de inferior jerarquía que abordaron igual temática en el ámbito provincial y municipal.

Este nuevo marco normativo, en cierta manera, hizo resurgir el interés sobre esta temática local, la cual presenta para su estudio tres desafíos sustanciales: 1) su regulación asistemática; 2) su vinculación directa e indirecta con diversas disciplinas —por ejemplo, derecho constitucional, administrativo, municipal, financiero y, dentro de este último, el derecho tributario y el derecho presupuestario—; y 3) su escaso desarrollo en la doctrina jurídica actual.

En este marco, y transcurrida más de una década de la última reforma constitucional, nos proponemos abordar, desde una óptica constitucional, la temática del control administrativo de la hacienda pública municipal y, particularmente, su control preventivo, con la mirada puesta en que tal modalidad de control se consolide como una herramienta fundamental para evitar el daño al interés público.

Antes de avanzar con el tema haremos una aclaración: por razones de síntesis titulamos este artículo "El control preventivo de la hacienda pública municipal en Entre Ríos". Sin embargo, esta modalidad de control se ejerce sobre los actos administrativos relacionados directa o indirectamente con la hacienda pública (y no sobre la hacienda pública en sí misma). Es por eso que, en rigor, cabe decir que abordamos el siguiente tema: el control preventivo de los actos administrativos relacionados directa o indirectamente con la hacienda pública municipal en la Provincia de Entre Ríos.

II. CONTROL PREVENTIVO

II.A. El control y su especie: el control preventivo

El control es una actividad de comprobación de lo hecho con respecto a un parámetro o patrón, precisamente, de comprobación (por ejemplo, de legalidad, juridicidad, gestión, oportunidad, etcétera).

Una de sus especies, la que aquí tratamos, es el control preventivo, el cual se ejerce con anterioridad al dictado del acto administrativo referido a la hacienda pública, o luego de dictado este y antes de que adquiera eficacia, es decir, antes de que produzca efectos jurídicos mediante la notificación, la publicación y su final ejecución.¹

Ivanega divide este control en previo y preventivo, según suceda antes o después de dictado el acto administrativo: "El control previo es aquel que se practica antes de la emisión del acto administrativo considerado definitivo" y "el control preventivo es aquel que se practica sobre los actos administrativos ya dictados previo a su eficacia".²

En otro criterio, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas utiliza indistintamente estas expresiones para referir al control público:

"Control *Previo*: corresponde al Tribunal de Cuentas ejercer el control interno *preventivo* de la gestión financiera patrimonial de la Administración

1. Complementan esta categoría el control concomitante, el cual es aquel que se realiza en forma simultánea con la ejecución del acto, y el control posterior, que se erige como aquel que se realiza luego de ejecutado el acto administrativo.

2. IVANEGA, *Control Público. Administración. Gestión. Responsabilidad*, p. 101.

Pública, en el caso previsto en el artículo 142° de la Constitución” (art. 42°, el destacado es nuestro).

La Constitución de Entre Ríos utiliza la terminología “preventivamente” (art. 210) y control desde el “origen” (art. 213), sin aludir a la expresión “control previo”. La Ley Orgánica Municipal de la Provincia de Entre Ríos N° 10.027, modificada por la ley N° 10.082 (en adelante, LOM), dispone que el contador “intervendrá *preventivamente*” (art. 137 *in fine*, el destacado es nuestro).

Por nuestra parte, optamos por la denominación “preventivo” para referir a esta modalidad de control dado que, por un lado, es la denominación constitucional y legal y, por el otro, es el vocablo que con mayor precisión expresa el objetivo de esta modalidad de control, tal como indicaremos a continuación.³

II.B. Finalidad

El control sirve a la organización pública en su totalidad y, por ende, al ordenamiento y no al acto controlado (o a su procedimiento), al menos, directamente. Dromi indica que el control tiene por fin “salvaguardar las normas y principios jurídicos, precisamente sobre la base de la posibilidad de impedir el acceso a la vida jurídica de actos no conformes a Derecho”.⁴ En similar orientación, Parejo Alfonso ubica la finalidad del control en la “preservación constante de la estructura y el funcionamiento del Estado”.⁵

Particularmente, sobre la finalidad del control preventivo, Sesín indica:

“Por sobre los intereses del gobierno de turno o de la burocracia, se encuentran los intereses de la sociedad; y a esta esencialmente le interesa que el acto viciado se suspenda, que no se ejecute en perjuicio de la comunidad. Mientras antes lleguemos, es mejor. Más que el castigo, la sociedad prefiere la prevención (evitando el perjuicio al interés público), el respeto al orden jurídico, la eficiencia, la eficacia y economicidad”.

Luego expresa:

3. Téngase en cuenta que la correcta interpretación de estas expresiones resulta esencial a los efectos de no distorsionar las competencias de los órganos de control.

4. DROMI, *Introducción al Derecho Administrativo*, p. 101.

5. PAREJO ALFONSO, “El control del poder público en la Constitución Española”.

“Poco sirve un órgano de control externo con gran infraestructura organizacional y alta especialización técnica si solo realiza un control posterior, analizando la eventual responsabilidad de los funcionarios, con la tendencia a justificar lo que ya fue. Su actuación es histórica, le queda la nostalgia de no poder retrotraer las circunstancias pasadas. El pueblo reclama efectividad de los órganos de control, no quiere solo un efecto declarativo, declamativo o eventualmente resarcitorio. Muchas veces, ni siquiera esto último es posible, ya que si el perjuicio es millonario no alcanzan los patrimonios personales de los funcionarios para reparar el daño”.⁶

En Entre Ríos, en el ámbito de la Convención Constituyente de 2008, se puso en relevancia la finalidad de esta modalidad de control por sobre el control posterior. En este sentido, el convencional Federik expresó:

“¿De qué nos vale un control posterior? No digo que no sea significativo o importante, pero el control posterior se hace dos años o un año después de que se hizo el gasto. Nosotros queremos que no pase tanto tiempo, que haya un control eficaz, efectivo, concreto, y nadie mejor que el Tribunal de Cuentas para estos casos”.⁷

Estas ideas tuvieron su correlato en el texto constitucional.

II.C. Objeto material

El control que aquí reseñamos recae sobre la actividad materialmente administrativa relacionada con la hacienda pública realizada en el ámbito de cualquier órgano municipal.

Es por eso que quedan excluidas de esta especie de control los siguientes actos o actividades: los *reglamentos de ejecución* (es decir, aquellos en los cuales se establecen los pormenores y detalles de las ordenanzas sancionadas por el Concejo Deliberante) y los *reglamentos autónomos* (es decir, aquellos que regulan materias de competencias propias del Departamento Ejecutivo), excepto en las partes que tengan contenido específicamente hacendal.

6. Sesión, “Tribunal de Cuentas. Importancia y alcance ...”, p. 300.

7. Provincia de Entre Ríos, Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, 10ª sesión ordinaria, 16/05/2008.

También quedan excluidos los *actos de gobierno*, es decir, aquellos que según Sesín son:

“Una modalidad de ejercicio que el orden jurídico confiere expresa o implícitamente a los órganos constitucionales superiores que ejercen la función política, para que, mediante la apreciación subjetiva de los intereses públicos comprometidos, complete creativamente el ordenamiento seleccionando una alternativa entre otras igualmente válidas para el derecho”.⁸

Ejemplos de esos actos de gobierno en la LOM son la atribución de convocar a elecciones municipales (art. 54) o llamar a consulta popular (art. 107 inc. s), entre otros.

La misma exclusión opera con los *actos institucionales*, es decir, aquellos actos que conforme enseña Bidart Campos están destinados a la

“*organización y subsistencia del Estado*, o sea que se localiza inmediatamente en el derecho constitucional del poder y traduce relaciones interórganos o intra-órganos sin ninguna relación directa e inmediata con los particulares”.⁹

Dentro de la LOM podemos enumerar la facultad del presidente municipal de convocar al Concejo Deliberante a sesiones extraordinarias (art. 107 inc. e), prorrogar las sesiones ordinarias del Concejo Deliberante (art. 107 inc. d), designar juez de faltas previo acuerdo de los miembros del Concejo Deliberante (art. 119), entre muchos más.

Así también, están excluidos del alcance del control funcional que aquí tratamos los *actos dictados en ejercicio de la potestad sancionadora* de la municipalidad, sea con relación a agentes públicos (disciplinaria) o personas ajenas a la administración (correctiva), dado que carecen de incidencia hacendal.

Y, por último, las *ordenanzas* dictadas por el Concejo Deliberante y las *resoluciones* del juzgado de faltas quedan indudablemente excluidas dado que no se trata de actividades administrativas, sino de actividades legislativa y jurisdiccional, respectivamente.

8. SESÍN, “El contenido de la tutela judicial...”, p. 322.

9. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo III, p. 280.

II.D. Alcance del control

En nuestro marco jurídico, el control preventivo de los actos administrativos municipales relacionados directa o indirectamente con la hacienda pública tiene como parámetro normativo de comprobación todo el ordenamiento jurídico vigente, es decir que se realiza un control preventivo de juridicidad del acto, y no de legalidad (en sentido estricto).¹⁰

Ello porque a la Constitución Provincial no le interesa que el funcionario público cumpla con la ley y la ordenanza si, a su vez, incumple la Constitución Nacional, Provincial, y/o los tratados internacionales, y como correlato de ello, tampoco le interesa que un órgano de control fiscalice el cumplimiento de la ley y la ordenanza si, a su vez, omite controlar el cumplimiento de la Constitución Provincial, nacional, y/o los tratados internacionales.

Lo expresado se deriva de una interpretación sistemática de los siguientes mandatos insertos en la Constitución Provincial: 1) El art. 4 determina que los funcionarios y empleados municipales (léase sus actos) están sujetos a la Ley Suprema de la Nación, la Constitución Provincial y las leyes que en su virtud dicte la Legislatura. A lo que agregamos los tratados internacionales. Es decir, solamente se concibe la actuación pública ajustada a todo el ordenamiento jurídico; 2) los arts. 61, 65, 205, 207 y 209 otorgan al concepto de "legalidad" el sentido de "juridicidad", es decir, la entienden como cumplimiento de la totalidad ordenamiento jurídico vigente; y, por último, 3) el art. 238 inc. d. indica que las Cartas Orgánicas Municipales deberán asegurar "un sistema de contralor interno y un organismo de control externo de las cuentas públicas". Resultaría irrazonable que, por un lado, el Constituyente provincial haya ordenado que las cartas orgánicas municipales deban asegurar tales sistemas de control público y que, por otro lado, interpretemos que ese sistema de control público no deberá controlar el cumplimiento de la misma Constitución que lo instituyó.¹¹

10. Sesín indica que "con el control de juridicidad, la estrategia o metodología de fiscalización no debe construir su silogismo lógico jurídico sobre la base solo de la ley, sino revisar el acto con un criterio amplio de adecuación a la unicidad del orden jurídico". SESÍN, "El contenido de la tutela judicial...", p. 296.

11. Sobre esta cuestión y en referencia al Tribunal de Cuentas, Rosatti ha expresado: "[...] el Tribunal debe realizar el control sobre la legalidad del acto analizado (tanto en el aspecto material como en el formal)". ROSATTI, *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo II, p. 208. El autor le da al término legalidad el alcance de juridicidad: "[...] principio de legalidad

Esta interpretación sistemática es posible dado que el control, por su naturaleza, no restringe derechos constitucionales. Además, es la única interpretación que cumple con la finalidad misma del control público; la cual, como dijimos anteriormente, es servir al ordenamiento, a los principios jurídicos y a la preservación de la estructura y el funcionamiento del Estado definidos por la norma fundamental, es decir, la Constitución.

Efectuar un control de juridicidad del acto en lugar de un control de legalidad (en sentido estricto) no modifica sustancialmente la magnitud de la tarea de los órganos de control, dado que la mayoría de los mandatos que regulan la hacienda pública municipal introducidos en la Constitución Provincial, Nacional y/o tratados internacionales son reproducidos y/o reglamentados en normas de inferior jerarquía (v. g. ordenanzas locales y/o Ley Orgánica de Municipios). Es así que, controlando que se cumpla la ley, se estará, en muchos casos, controlando indirectamente que se cumpla la Constitución.

En suma, a los efectos de realizar el control preventivo se deberá confrontar el acto administrativo municipal de contenido hacendal con todo el ordenamiento jurídico. A tales efectos y a título ilustrativo, mencionaremos algunos parámetros relevantes de comprobación insertos en cuerpos normativos de diferentes jerarquías.

En primer lugar, la Convención Interamericana contra la Corrupción dispone que los Estados parte convienen en considerar la aplicabilidad de medidas dentro de sus propios sistemas institucionales destinadas a crear, mantener y fortalecer, entre otros, los "sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas" (art. III inc. 5).^{12 13} Por su parte, la Convención de las Naciones

(o, más propiamente, del principio de juridicidad, puesto que el derecho no se agota con la ley)". ROSATI, *Tratado de Derecho Constitucional*, p. 157.

12. Gordillo considera que esta Convención impone una obligación de resultado, la cual es la eficiencia del gasto o inversión pública en la contratación estatal. Es por eso que, según el autor, la ineficiencia es ilegal y genera responsabilidad en derecho administrativo interno e internacional, por contrariar el requisito que exige el art. III inc. 5° de la CICC. GORDILLO, "Un corte transversal al derecho administrativo...", p. 10.

13. Gordillo indica valiosas pautas de interpretación de esta Convención: "La CICC debe aplicarse con razonabilidad y adecuación de medio a fin, no en bagatelas o cuestiones insignificantes que distraen la atención de los asuntos mayores. No busquemos los ladrones de gallinas sino los delincuentes o malos inversores de fondos públicos dotados de entidad. Ello es fácil, se mide por el monto de la contratación. No incurramos en el viejo y conocido

Unidas contra la Corrupción también contiene valiosas disposiciones a los efectos de ejercer el control preventivo, particularmente, referente a los principios de la contratación pública.¹⁴

En ámbito provincial, el artículo 80 de la Constitución indica que:

“Toda enajenación de los bienes del fisco o del Municipio, compras y demás contratos susceptibles de licitación, se harán en esta forma y de un modo público, bajo pena de nulidad y sin perjuicio de las responsabilidades emergentes”.

Por su jerarquía y trascendencia en el manejo de la hacienda pública, se trata, sin dudas, de una de las disposiciones de mayor relevancia en el ejercicio del control preventivo.

truco del ex Tribunal de Cuentas de la Nación: lo grande pasaba, lo chico se objetaba. Algunos lápices mal comprados, caros e innecesarios, entran dentro del principio penal de la ‘bagatela’ o del administrativo de la ‘falta de proporcionalidad’: no es para esas pequeñas cosas que se dicta, ni se puede interpretar que se dicta, una convención interamericana. Debemos pues aplicarla especialmente en las grandes contrataciones, a los grandes asuntos. Se trata entonces de buscar y castigar los actos públicos de sustancial deshonor, ineficiencia, dilapidación y no preservación de recursos públicos, las grandes muestras de falta de integridad, los grandes actos de injusticia, etc.”. GORDILLO, “Un corte transversal al derecho administrativo...”, p. 7. 14. Las mismas se hallan insertas en el artículo 9, el cual bajo el título de “Contratación pública y gestión de la hacienda pública” indica que: “1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas: a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas; b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación; c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos; d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo; e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación”.

En el ámbito legal, resulta esencial el artículo 159 de la LOM, el cual contiene la regla que rige las contrataciones municipales: licitación pública; y, además, enumera sus excepciones.¹⁵

Así también, dentro de la misma ley, resulta relevante el artículo 161, que expresa:

“No serán admitidos a contratar los deudores morosos del Municipio, o aquellos que no hubieran dado cumplimiento satisfactorio a contratos hechos anteriormente con el Municipio, en cualquiera de sus reparticiones. Asimismo, no podrán ser proponentes los empleados del Municipio y funcionarios de las distintas ramas de la administración”.

De esta manera, la disposición plantea tres supuestos de prohibición de contratación con la Municipalidad. En primer lugar, refiere a los *deudores morosos del Municipio*. Esta objetable prohibición incluye cualquier deudor de la Municipalidad. Sin embargo, tendrá su mayor incidencia cuantitativa sobre los deudores de obligaciones tributarias. Decimos que es objetable porque ante la existencia de un deudor moroso municipal es imperativo proceder al cobro de la deuda, conforme los instrumentos legales que la legislación contempla (por ejemplo, ejecución fiscal, con relación a

15. El referido artículo indica que: “Toda adquisición o contratación que no se refiera a servicios personales, deberá ser hecha por contrato y previa licitación pública, pero podrá prescindirse de esas formalidades en los siguientes casos: a) Licitación privada: cuando la operación no exceda de los cien (100) sueldos básicos de la categoría inferior del escalafón municipal vigente; b) Concurso de precios: cuando la operación no exceda de los cincuenta (50) sueldos básicos de la categoría inferior del escalafón municipal vigente; c) Contratación directa: c.1. Cuando la operación no exceda de cinco (5) sueldos básicos de la categoría inferior del escalafón municipal; c.2. Cuando sacada hasta segunda vez por licitación, no se hubiesen hecho ofertas o estas no fueran admisibles; c.3. Cuando se compre a reparticiones oficiales nacional, provincial o municipal y a entidades en las que el Estado tenga participación mayoritaria; c.4. La reparación de motores, máquinas, automotores y aparatos en general que no estén sujetos a mantenimiento preventivo y deba ejecutarse con urgencia; c.5. Cuando tratándose de obras de ciencia o arte, su ejecución no pudiera confiarse sino a artistas o personas de probada competencia especial; c.6. Cuando se tratase de objetos o muebles cuya fabricación perteneciese exclusivamente a personas favorecidas con privilegio de invención. Los Concejos Deliberantes dictarán normas estableciendo el régimen de compras y suministros, y de contrataciones de obras públicas. Hasta tanto no se sancione dicha ordenanza, será de aplicación el régimen de contrataciones provincial vigente”.

las deudas tributarias), sin necesidad de excluir al deudor de la posibilidad de contratar con la Municipalidad. Además, esta prohibición podría ser eventualmente contraria a los intereses de la Municipalidad. Ello porque, en determinados casos, puede ser beneficioso que un deudor moroso de una Municipalidad gane una licitación (luego de presentar la oferta más conveniente), para así poder, conforme la legislación vigente, compensarse la deuda, dado que el deudor reunirá al mismo tiempo el carácter de deudor y acreedor de la Municipalidad. En segundo lugar, excluye a quienes *no hubieran dado cumplimiento satisfactorio a contratos hechos anteriormente con el Municipio*. Nótese que esta prohibición refiere a aquellas personas que no hubieran dado cumplimiento satisfactorio a "contratos" (es decir, utiliza el plural); lo cual, conforme al criterio restrictivo que impera en la materia, lleva a concluir que para aplicarse (es decir, para operar la exclusión del oferente), debe existir el incumplimiento de, al menos, dos contratos públicos. Esta prohibición también es objetable. Ello porque ante incumplimientos contractuales basta con sus consecuencias propias (que surgen del mismo contrato y la legislación vigente: por ejemplo, rescisión, multas, indemnizaciones, etcétera); sin que sea necesario ni conveniente extender las consecuencias a la prohibición de contratar con la Municipalidad por el resto de la vida del sujeto incumplidor (tal como pareciera preverlo la legislación comentada).¹⁶ Y, por último, indica que *no podrán ser proponentes los empleados del Municipio y funcionarios de las distintas ramas de la administración*. Esta disposición prohibitiva contiene a dos sujetos con realidades diferentes: el empleado municipal y el funcionario municipal. En el caso del empleado municipal, es una disposición —en principio— irrazonable dado que estos no tienen poder de decisión ni de mando, y se limitan a preparar o ejecutar lo decidido por una autoridad superior. En el caso de los funcionarios, dado que tienen poder de mando, decisión o iniciativa, la prohibición de contratar tiene cierta razonabilidad, la cual se ve particularmente incrementada en el caso de aquellos funcionarios que tienen en sus manos el manejo o el control de la hacienda

16. Acierta González Elías cuando considera que la prohibición de contratar dispuesta en relación con deudor municipal moroso y al incumplidor de contratos municipales vulnera el principio de concurrencia y abre "paso a la posibilidad de que los proponentes que se hubieran impedido de participar en actos licitatorios por tales impedimentos obtengan resoluciones judiciales favorables a su admisión". GONZÁLEZ ELÍAS, *Nuevo Régimen Municipal Entrerriano*, p. 226.

pública: presidente municipal, secretario de hacienda, contador, tesorero, etcétera. En estos sujetos, que manejan la hacienda pública, la prohibición legal de contratar se debió extender a las personas jurídicas en cuyo capital participen. Tal como adelantamos anteriormente, la interpretación de estas prohibiciones de contratar debe tener carácter restrictivo respecto a sus supuestos y contenidos, sin que sea posible su aplicación extensiva o análoga. Es así porque restringen derechos constitucionales.

Además, a los efectos de ejercer el control preventivo, se deberá tener en cuenta, por un lado, la ordenanza de contabilidad municipal o, en caso de que esta no exista, será de aplicación la Ley de Contabilidad de la provincia (art. 142 LOM) y, por el otro lado, el régimen de compras y de contrataciones de obras públicas municipales. En caso de que no haya sido dictado en el ámbito municipal, será de aplicación el régimen de contrataciones provincial vigente (art. 159 último párrafo, LOM).

De los cuerpos normativos referidos surge que, sustancialmente, los órganos de control deberán controlar, si se cumplen los siguientes recaudos: 1) existencia de obligación de pagar suma líquida; 2) crédito presupuestario suficiente (en concepto y monto); 3) competencia del funcionario público que contrajo la obligación; y 4) en relación con el procedimiento de selección del contratante (integrado por los actos de aprobación del pliego, de autorización, de llamado a licitación, y de adjudicación del contrato), se deberá controlar el cumplimiento de los principios de publicidad, libre concurrencia, igualdad, transparencia y adjudicación de la oferta más conveniente, los cuales derivan del ordenamiento jurídico vigente.

Por último, debe tenerse presente que los órganos de control tienen vedado ponderar el mérito o conveniencia del acto administrativo municipal, porque este examen político es propio del órgano deliberativo, que en el ámbito municipal es el Concejo Deliberante.

II.E. Externalidad

El control es absolutamente externo al acto administrativo, dado que la actividad administrativa de control no integra ninguno de sus elementos ni hace a su validez. Es claro que no podría ser parte del acto y, a su vez, controlarlo.¹⁷

17. Barra emplea una interesante analogía para ayudarnos a comprender esto: "el acto nunca 'es su control', como tampoco [...] el control de calidad del agua, p. ej., las sustancias

En cambio, cuando la ley así lo determina, puede afectar la posibilidad de ponerlo inmediatamente en ejecución, es decir, afectar su eficacia.¹⁸

Debido a ello, los funcionarios a cargo del control público no pueden formar parte de ninguno de los actos que integran el procedimiento del acto administrativo dado que luego deberán controlarlo.

Ello le impide, por ejemplo, al contador municipal integrar una “junta evaluadora” de pliegos en una licitación o asesorar a funcionarios municipales sobre determinado acto o actividad administrativa.¹⁹ En caso contrario —es decir, que integre una junta consultiva o asesore a funcionarios— dejará de ser ajeno al acto administrativo y su función de control se verá afectada.

II.F. Efectos

El control según sus efectos se clasifica en expresivo y suspensivo. El

químicas utilizadas para ello y el mismo resultado de la comprobación, es el agua. Si las sustancias utilizadas para comprobar la pureza del agua se le integran, tal líquido perdería, paradójicamente, su pureza”. BARRA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, p. 877.

18. Recuérdese que la Corte Suprema de Justicia de la Nación negó que pueda interpretarse que la facultad conferida al entonces Tribunal de Cuentas de la Nación a través del inciso a) del artículo 85 de la Ley de Contabilidad *sea integrativa de la voluntad del ente administrador* y que los actos de este solo *se perfeccionen cuando obtienen la conformidad de dicho tribunal*, y agregó que “considerarlo de tal manera implicaría necesariamente subordinar el Poder Administrador a un órgano de contralor que carece de jerarquía constitucional y que sería en consecuencia superior a aquel, produciéndose una alteración de la estructura de poderes obrantes en la Constitución Nacional, lo que resulta inadmisibles”. Además, dijo: “Que, por otra parte, otorgado dicho alcance a esa facultad posibilitaría la alteración de situaciones de hecho generadas en la propia conducta del administrador, sin que le quepa al administrador recurso alguno por las vías pertinentes”. CSJN, “Almagro, Luis A. c/ Gobierno Nacional”, considerandos 9, 10 y 11.

19. La Cámara en lo Contencioso Administrativo N°1 de la Ciudad de Paraná consideró que la Contaduría Municipal no tiene funciones de asesoramiento. Lo hizo al compartir y hacer propios los argumentos del Fiscal de Coordinación quien, en referencia a una conducta determinada de una Contadora Municipal, expresó que “[...] tal conducta resulta [...] improcedente por parte de la Contadora, puesto que ella no tenía funciones [...] de asesoramiento [...]”. *Cfr.* Cámara en lo Contencioso Administrativo N° 1 de la Ciudad de Paraná, “Retamar, Soledad c/ Municipalidad de Colonia Avellaneda y su acumulado s/ Contencioso Administrativo”, p. 30. Recuérdese que las funciones de asesoramiento recaen sobre el órgano consultivo municipal (denominado usualmente asesoría legal, cuyo funcionario a cargo es un abogado).

control expresivo, enseña Barra:

“Persigue solo detectar y *exhibir* la irregularidad, independientemente de los efectos del acto. Esta *puesta en evidencia* podrá eventualmente conducir a una suspensión de los efectos —si ello fuese posible tanto desde el punto de vista material como jurídico, pero siempre sujeto a la decisión del órgano competente al efecto, es decir, no una suspensión automática— o a un castigo al autor de la decisión (o eventualmente de la irregularidad). Pero normalmente este tipo de control, en sí mismo, perseguirá la mera exhibición de la situación, independientemente —reiteramos— de los efectos jurídicos, políticos o sociales que el descubrimiento podrá producir”.^{20 21}

Mientras que el control suspensivo, señala el mismo autor, “busca evitar que el acto controlado, si en tal ocasión se advierte su irregularidad, produzca sus efectos propios, esto es, antes de que el acto se convierta en ‘eficaz’”.

Los efectos que tienen los actos de un órgano de control determinado (por ejemplo, observaciones) deben estar establecidos expresamente en la legislación vigente.

II.G. Publicidad

Desde una mirada jurídica, el acto de control, en tanto se trata de un acto de la administración, no requiere su notificación personal o publicación para adquirir eficacia. Basta con la mera comunicación al órgano controlado. Sin embargo, desde otra mirada, Bielsa expresa:

“Toda investigación y sus resultados deben ser publicados detalladamente [...] los actos de contralor automáticamente deben ser difundidos cuando en los administrados hay un justificado interés directo en conocer las irregularidades comprobadas y que esas conclusiones deben hacerse en periódicos de solvencia moral y de responsabilidad, recomendando que se haga en primer lugar en el

20. BARRA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, p. 889.

21. La actividad de control puede, eventualmente, provocar efectos ajenos a los que le son propios: por ejemplo, revocación de la decisión objetada, inicio de investigaciones sobre responsabilidades patrimoniales, disciplinarias, políticas y/o penales, como así también iniciar una acción de “lesividad”.

órgano oficial de la Administración Pública".²²

Actualmente, se cumple con estas ideas republicanas, con la publicación de estos informes, en la página oficial del órgano de control correspondiente; luego, la prensa, si considera la información de relevancia periodística, le dará el tratamiento concerniente.

III. EL CONTROL PREVENTIVO INTERNO

III.A. El órgano de control interno: la Contaduría Municipal

El control interno de los actos administrativos relacionados con la hacienda municipal es realizado por la Contaduría Municipal, que es un órgano de titularidad unipersonal a cargo del contador municipal, designado por el Departamento Ejecutivo con acuerdo del Concejo Deliberante (art. 95 inc. d y art. 136 LOM). La cobertura del cargo de contador debe estar avalada por una fianza cuyo monto y clase será determinado por el Concejo Deliberante mediante ordenanza (art. 136 LOM). A diferencia del contador general de la provincia, que dura ocho años en su cargo, renovable por otro periodo igual más (art. 212 de la C.P.), el contador municipal tiene estabilidad en su cargo, mientras no mediare motivo alguno de remoción (art. 136 LOM). Depende jerárquicamente del presidente municipal (art. 110° Bis LOM) y funcionalmente del secretario de hacienda (art. 136 LOM).

III.B. Competencias de control preventivo

En relación con sus competencias de control preventivo, la Contaduría Municipal reproduce sustancialmente el esquema de control de su par provincial, la Contaduría General, con algunas variantes que referiremos.

Particularmente, la LOM dispone que el contador:

“Intervendrá preventivamente en todas las órdenes de compra y pago y las que autoricen gastos, sin cuyo visto bueno no podrán cumplirse, salvo el caso de insistencia por el Presidente Municipal, luego de haber aquel observado la orden o autorización,

22. BIELSA, *Régimen jurídico de la contabilidad pública*.

debiendo el contador, en el caso de mantener sus observaciones, poner todos los antecedentes en conocimiento del órgano de control respectivo o del Tribunal de Cuentas si no lo tuviere, como del Concejo Deliberante" (art. 137 *in fine*).²³

Luego la misma ley regula innecesariamente lo mismo en el artículo siguiente:

"El contador está obligado a objetar por escrito todo gasto y pago, ordenando que no se ajustare a las disposiciones de esta ley, a las ordenanzas en vigencia o que no pudiere imputarse correctamente a determinado inciso del presupuesto o a la ordenanza que originó el gasto. Si el Departamento Ejecutivo insiste en la orden, el contador deberá cumplirla dando cuenta inmediatamente por escrito al Órgano de Control respectivo o al Tribunal de Cuentas, si no lo tuviere, y al Concejo Deliberante" (artículo 138).

Literalmente, del artículo 138 se desprende que el contador municipal realizará un control de legalidad, en tanto se requiere que compruebe si el acto se ajusta a las disposiciones de la LOM y a las ordenanzas que regulen la hacienda pública.²⁴ De aquí, podríamos interpretar que el contador debe objetar un acto contrario a las disposiciones de la LOM y a las ordenanzas que regulen la hacienda pública, pero no puede (ni debe) objetar un acto contrario a la Constitución Provincial, la Constitución Nacional y/o tratados internacionales. Sin embargo, en nuestro marco constitucional, esta interpretación no es posible, dado que (conforme lo señalamos anteriormente) el contador municipal debe controlar si lo hecho es conforme a todo el ordenamiento jurídico vigente, es decir, debe realizar un control de juridicidad, y no de legalidad (en sentido estricto).

Además del control sobre el gasto, la Contaduría Municipal debe con-

23. Nótese que para denominar el acto de control refiere a "visto bueno", a diferencia de la Constitución Provincial que impropiaamente lo denomina "aprobación" para referirse a similar competencia de la Contaduría General. Decimos que lo hace impropiaamente dado que la aprobación, además de implicar un control de "legitimidad", también realiza un control de mérito, oportunidad o conveniencia del acto en cuestión, el cual, como dijimos, le está vedado a los órganos de control.

24. El contador municipal carece de competencias para realizar un control de gestión, mérito, oportunidad y/o conveniencia del gasto.

trolar los ingresos del tesoro en su etapa preventiva, concomitante y posterior. En este control, reviste particular significación el control de los ingresos originados en deudas tributarias municipales. Esta competencia de control surge genéricamente del referido artículo 137 que expresa: "competente al contador municipal [...] el control interno del movimiento financiero". Al respecto, recordamos que causa perjuicio a la hacienda pública tanto aquel gasto público realizado de manera irregular, como aquel recurso que se debió recaudar, pero nunca se recaudó.

En relación con el acto de control, debe tenerse presente que el visto bueno del contador no sanea un acto jurídicamente nulo, ni la observación convierte en nulo, irregular o antijurídico un acto que no lo es.

En caso de formular observaciones, deberán ser comunicadas por escrito al órgano o dependencia en que se haya originado el acto y suspenderán su cumplimiento o el de la parte observada (impide que produzca efectos). La suspensión del acto afecta su eficacia. Por ello, deben extremarse los recaudos en su aplicación.

Este efecto suspensivo del acto administrativo dura hasta tanto ocurran cualquiera de estos dos actos: a. *Subsanación*: el órgano que dictó el acto repara o remedia las causales que motivaron la observación; b. *Insistencia*: ocurre cuando el presidente municipal estima que, no obstante la observación formulada, el acto administrativo debe cumplirse por resultar ajustado a derecho, es decir, discrepa con el criterio del contador municipal. La insistencia se realiza bajo la exclusiva responsabilidad del presidente municipal y releva de responsabilidad al contador.

Obsérvese que, a diferencia del modelo provincial, que ubica el derecho de insistencia en un concurso de voluntades de varios funcionarios ("acuerdo de ministros"), el ámbito municipal lo ubica exclusivamente como atribución del presidente municipal (arts. 137 y 138 LOM), sin requerir, aunque resulte conveniente, que lo suscriban los secretarios.

Si, por el contrario, la administración optara directamente por ejecutar el acto observado (sin insistencia previa) por aplicación de los principios generales, estaría cometiendo un hecho irregular y los actos de ejecución serán anulables.

En caso de insistencia del presidente municipal a un acto observado, la ley exige que el contador ponga "todos los antecedentes en conocimiento del órgano de control respectivo o del Tribunal de Cuentas". La expresión "órgano de control respectivo" refiere a los órganos de control locales que prevé el artículo 238 inc. d. de la CP, que hasta la fecha no han sido creados, por lo

que, hasta que ello no ocurra, deberán ser remitidos al Tribunal de Cuentas Provincial.²⁵ Junto con ello, debe remitir los antecedentes al Concejo Deliberante. Esta es otra diferencia con el modelo provincial, que exige al contador dar publicidad a la cuestión, en lugar de remitirla al órgano legislativo.

III.C. Omisión de control preventivo: responsabilidad del contador municipal

Tal como señalamos anteriormente, la LOM establece:

“El contador está obligado a objetar por escrito todo gasto y pago, ordenando que no se ajustare a las disposiciones de esta ley, a las ordenanzas en vigencia o que no pudiese imputarse correctamente a determinado inciso del presupuesto o a la ordenanza que originó el gasto...” (art. 138, el destacado es nuestro).

De aquí se desprende que la objeción del acto contrario a la ley u ordenanzas se erige como un deber jurídico del contador municipal, cuyo incumplimiento puede eventualmente tener relevancia en los diferentes ámbitos de responsabilidad de este funcionario público.

En este sentido, Bielsa indica:

“El hecho de no objetar decretos y resoluciones ilegales implica responsabilidad para los funcionarios competentes de la Contaduría General, si el examen de la legalidad lo impone la naturaleza misma del acto (decreto o resolución)”.²⁶

Y, por su parte, Marienhoff señala:

“Por excepción, el órgano ‘controlante’ [...] será responsable por las consecuencias del acto que autoriza: 1) cuando entre dicho órgano y el órgano controlado haya connivencia dolosa (el dolo justifica una excepción a las reglas generales); 2) cuando el acto viola la ley y, no obstante, es autorizado. Esa violación legal afecta al acto y responsabiliza a los dos órganos o autoridades que lo han generado o

25. La normativa omite regular el plazo que tiene el contador para comunicar al órgano de control la insistencia a su observación que hiciese el presidente municipal.

26. BIELSA, *Régimen jurídico de la contabilidad pública*, p. 111.

integrado, en cuyo supuesto cada una de las dos decisiones es ilícita".²⁷

Con pretensión de regular esta cuestión, aunque sin éxito, la LOM establece:

"El Presidente Municipal que imparta una orden de pago ilegítima, el contador que no la observe y el tesorero que cumpla sin el previo visto bueno del contador, son civil, administrativa y penalmente responsables de la ilegalidad del pago" (artículo 139, LOM).²⁸

Una rápida lectura de la norma nos llevaría a pensar que atribuye responsabilidad civil, administrativa y penal a tres funcionarios municipales ante las conductas que describe. Sin embargo, no es así. La norma carece de contenido normativo. La responsabilidad civil, penal y administrativa, surgirá en caso de que se configuren los presupuestos propios de cada ámbito de responsabilidad, independientemente de la atribución genérica de responsabilidad que pretende realizar esta norma. A modo de ejemplo, podemos decir que, aunque el presidente municipal imparta una orden de pago ilegítima, el contador no la observe y el tesorero la cumpla sin el previo visto bueno del contador, no existiría responsabilidad civil de ninguno de ellos, si no existe daño, o ante las mismas conductas, no existirá responsabilidad penal, si estas no se encuentran tipificadas.

Sin perjuicio de ello, debemos advertir que el legislador provincial no tiene atribuciones para regular la responsabilidad civil, ni tampoco la penal, dado que son competencias delegadas por las provincias al Estado federal (arts. 75 inc. 12 y 126 CN).

27. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, p. 667.

28. Ante el incumplimiento del procedimiento de contratación, la LOM indica que el funcionario encargado de la oficina de adquisición y suministro será personalmente responsable de los perjuicios que se produzcan como consecuencia del incumplimiento de los procedimientos de contratación prescriptos por esta ley y por las ordenanzas y decretos que regulen sobre la materia (art. 158 último párrafo).

IV. EL CONTROL PREVENTIVO EXTERNO

IV.A. El órgano de control externo: el Tribunal de Cuentas de la Provincia

Existen dos modelos o paradigmas de control público externo: el modelo de Tribunal de Cuentas y el modelo de Auditoría. Sin embargo, solo en uno ellos —como luego veremos— el control preventivo encuentra su ámbito.

El *modelo de Tribunal de Cuentas* tiene las siguientes características: a) es de raíces europeas (surgieron en las monarquías absolutas entre siglos XIV y XVI); b) tiene dirección colegiada (tribunales o cortes de cuentas); c) posee funciones jurisdiccionales que les permiten establecer la responsabilidad contable y la responsabilidad administrativa del funcionario público (es precisamente la cuenta y el juicio sobre esta lo que le da su nombre al tribunal); d) tiene funciones de fiscalización cuya principal herramienta es la auditoría; y e) realiza un control preventivo, concomitante y posterior.

El *modelo de Auditoría* tiene las siguientes particularidades: a) es de raíces anglosajonas; b) se encuentran bajo dirección unipersonal; c) no tiene funciones jurisdiccionales y por lo tanto no declara la responsabilidad contable y/o patrimonial del funcionario público; d) se limita al control de desempeño, es decir, de eficacia, eficiencia y economicidad, cuyo medio de control es la auditoría (emite informes que contienen observaciones y recomendaciones de carácter facultativo, no vinculante); y d) es por esencia un control posterior (no ejerce un control preventivo de legalidad).

En lo que aquí interesa, obsérvese que el modelo de Tribunal de Cuentas ejerce un control preventivo, concomitante y posterior, mientras que el modelo de Auditoría es por esencia un control posterior (no ejerce un control preventivo). En esta distinción, subyace una cuestión ideológica inspirada en las ideas propias de las “teorías de la nueva gestión pública”, basadas en conceptos de la empresa y proyectadas directamente al sector público.

Con sus propias características y particularidades, el modelo de Tribunal de Cuentas es seguido en todas las provincias argentinas, excepto Salta,

y el de Auditoría es seguido por esta última provincia, el Estado nacional,²⁹ y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por mandato constitucional, en la Provincia de Entre Ríos impera el modelo de Tribunal de Cuentas (*Cfr.* art. 213 CP). Este se erige como un órgano autónomo de control externo, compuesto por cinco miembros³⁰ con jerarquía constitucional y acentuada especialización técnica. Sus competencias específicas, determinadas por el artículo 213 de la Constitución Provincial, son: a) juzgar la responsabilidad contable del cuentadante (en el denominado "juicio de cuentas"); b) juzgar la responsabilidad patrimonial del funcionario público;³¹

29. En el año 1992, mediante la ley N° 24.156, el Estado nacional mutó del modelo de control de Tribunal de Cuentas hacia el modelo Auditoría, el cual adquirió jerarquía constitucional en el año 1994. La eliminación de las facultades jurisdiccionales del órgano de control y los instrumentos de control preventivo fueron los cambios sustanciales en el control del Estado federal, operados por la reforma.

30. Un presidente con título de abogado y dos vocales con título de contador público son designados previo concurso público. Los otros dos vocales son designados en representación parlamentaria de la mayoría y la primera minoría de la Cámara de Diputados, con título de abogado o de contador público, teniendo mandato hasta el término del período constitucional (art. 214 CP). Sin embargo, esta composición del Tribunal constitucionalmente prevista aún no tiene cumplimiento efectivo, dado que actualmente está integrado por un presidente con título de abogado y dos vocales con título de Contador Público, conforme lo ordenaba la Constitución de 1933 en su artículo 143.

31. Esta competencia surge implícitamente del artículo 213 de la Constitución Provincial, que establece: "[...] Las resoluciones sobre las cuentas y las responsabilidades podrán ser apeladas ante el fuero contencioso administrativo...". En tanto refiere a que podrán apelarse las resoluciones sobre "las responsabilidades" que dicte el Tribunal de Cuentas, implícitamente atribuye competencia para juzgar la responsabilidad patrimonial del funcionario público. Descartamos la posibilidad que se refiera a otro tipo de responsabilidad dado que históricamente los Tribunales de Cuentas juzgaron dos responsabilidades: una la referida (patrimonial), y la otra, la responsabilidad de cuentas (o contable), la cual la misma norma previamente refirió. Sin embargo, la ley N° 5.796 establece que el Tribunal de Cuentas solamente examina los supuestos en que la responsabilidad patrimonial del funcionario público provincial o municipal pudiera tener lugar, y remite sus conclusiones y antecedentes al fiscal de Estado para que proceda a promover ante el juez competente la demanda por resarcimiento de los perjuicios irrogados. Es decir, ubica esta competencia en el Poder Judicial. Este último criterio procedimental es el que rige en la práctica. Actualmente, esta responsabilidad está regulada en sus aspectos sustanciales y procedimentales, entre otras, por las siguientes normas: artículo 213 de Constitución de Entre Ríos, artículos 48 y 49 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (ley N° 5.796), Decreto 5.984 dictado por la Gobernación de la Provincia de Entre Ríos (el día 26 de noviembre de 1993), Acordada 147/93 del Tribunal de Cuentas de Entre Ríos y el artículo 41 del Reglamento Interno del Tribunal de Cuentas de Entre Ríos (aprobado por Acordada N° 214 TCER, TO por Acordada N° 268 TCER).

c) dictaminar sobre el informe del Poder Ejecutivo de ejecución presupuestaria y resultados de la gestión financiera que este presenta a la Legislatura; d) ejercer la auditoría de la administración pública, entes autárquicos, empresas del Estado y todo otro organismo estatal que administre, gestione, erogue e invierta recursos públicos; y e) realizar el control preventivo de la hacienda pública.

En el ámbito municipal, la Constitución Provincial dispuso que las cartas orgánicas deberán asegurar "[...] un organismo de control externo de las cuentas públicas" (art. 238 inc. d.). Este mandato está dirigido exclusivamente a los municipios que pueden dictar su carta orgánica, es decir, los que cuentan con más de diez mil habitantes. Obliga al constituyente municipal ("deberán asegurar") a establecer un organismo de control externo, y al hacerlo, deja abierta la posibilidad a que se opte por cualquier modelo de control (Tribunal de Cuentas o Auditoría). Es, sin dudas, un buen criterio.

Luego de dictada esa disposición constitucional, se introdujo dentro en la LOM una norma que faculta a los concejos deliberantes a crear órganos de control municipal. El artículo 95 de la referida ley dispuso que estos:

"q) Podrán crear por ordenanza un órgano con autonomía funcional y dependencia técnica del Cuerpo, que tendrá a su cargo el control de legalidad y auditoría contable de la actividad municipal centralizada y descentralizada. La misma establecerá objetivos, finalidades, funciones, designaciones y remociones. Entenderá en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas ejecutadas de percepción e inversión de los fondos públicos, ello sin perjuicio de los controles establecidos por la Constitución u otra ley y en coordinación y sujeto a instrucciones del Tribunal de Cuentas de la Provincia. La ordenanza referida requerirá aprobación de mayoría simple, con la presencia de por lo menos los dos tercios del total de los integrantes del Cuerpo".

Esta disposición es objetable. Obsérvese que, en forma contradictoria, por un lado, le otorga autonomía funcional al órgano de control municipal y, por otro lado, la elimina o restringe, dado que lo ubica bajo dependencia técnica del Concejo Deliberante. Además, lo sujeta a instrucciones del Tribunal de Cuentas de la Provincia. Sumado a eso, posibilita la existencia de tres órganos con competencias de control público preventivo de la hacienda pública municipal; uno interno: Contaduría Municipal, y dos externos: el Tribunal de Cuentas de la Provincia y el órgano de control externo municipal. Es, sin dudas, excesivo e

innecesario. Y, por último, se advierte que tal como está estructurado el funcionamiento del órgano de control local, se erige como un obstáculo a la plena autonomía municipal, dado que ubica al órgano de control externo municipal bajo instrucciones del Tribunal de Cuentas de la Provincia, en lugar de reemplazarlo en sus funciones, tal como, inspirado en la autonomía municipal, lo hace la Constitución Provincial para los municipios con más de diez mil habitantes.

Es así que los municipios de más de diez mil habitantes tienen la opción de crear, mediante Carta Orgánica municipal, un órgano de control municipal que reemplace en sus funciones de control al Tribunal de Cuentas de la Provincia y actúe con autonomía funcional (art. 238 inc. d. CP). En cambio, los municipios de diez mil habitantes o menos no tienen esa opción: deben crear el órgano de control local conforme los recaudos establecidos en la objetable disposición comentada (art. 95 LOM).³²

Actualmente, el Tribunal de Cuentas de la Provincia controla la totalidad de los municipios dado que ninguno ha creado su propio órgano externo de control público, sea mediante ordenanza o dictado de su carta orgánica.³³

Esta realidad, es decir, el control externo municipal en manos de un órgano provincial es un obstáculo más en la larga lucha de los municipios por su plena autonomía. En rigor, el control de la hacienda pública municipal, en un marco de plena autonomía de los municipios, debe hacerse por un órgano o ente municipal. Otra solución, implica un límite a la plena autonomía municipal.

32. En términos generales, los órganos de control público usualmente transcurren por tres etapas. En la primera, directamente no existen; en la segunda existen, pero el control es "simulado", y en la tercera, existen y el control es real. Sin dudas, la segunda etapa (que puede durar décadas) es la más nociva para el control público, porque hay una "ficción" de control. Es por eso que, luego de instituidos, el principal desafío de los futuros órganos de control municipal es dirigirse directamente a la tercera etapa, sin recaer en la segunda.

33. En ámbito de la Convención Constituyente de 2008, el convencional Federik afirmó: "[...] nuestra reforma constitucional habilita la autonomía municipal, y se está trabajando con mucho vigor en la Comisión de Régimen Municipal para dotar de autonomía a los municipios, y que estos municipios van a poder fijar sus propios órganos de control, pero mientras no los tengan van a estar sujetos al Tribunal de Cuentas". En el mismo sentido, el Convencional Monge dijo: "El Tribunal de Cuentas ejerce y seguirá ejerciendo el control sobre la gran mayoría de los municipios ya que, pese a las reformas que seguramente esta Convención va a introducir, muchos de ellos no contarán con los organismos de control propios, es decir, seguirá ejerciendo el control de la Hacienda municipal en muchos municipios y de todas las Juntas de Gobierno". *Cfr.* Provincia de Entre Ríos, Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, 10a sesión ordinaria, 16/05/2008.

IV.B. Competencias de control preventivo

En relación con las competencias de control preventivo del Tribunal de Cuentas sobre actos de contenido hacendal de los municipios, afirmamos que este *puede* realizar un control preventivo desde el origen (limitado a dar "instrucciones" o "recomendaciones") en todos los actos y contrataciones municipales, sin que sea para ello imprescindible su reglamentación.

Ello en tanto el artículo 213 inciso 3° de la Constitución Provincial atribuye competencia al Tribunal de Cuentas para:

"[...] formular instrucciones y recomendaciones tendientes a prevenir o corregir cualquier irregularidad vinculada con los fondos públicos, sin que ello implique sustituir los criterios de oportunidad o mérito que determinaron el gasto".^{34 35}

Aplicados a nuestra materia, los principales términos de este inciso tienen los siguientes significados: *instruir*, significa comunicar conocimientos vinculados al correcto manejo de la hacienda pública municipal;³⁶ *recomendar*, es pedir que se tomen determinados cuidados en el manejo de la hacienda pública, para el bien de la misma; *prevenir*, implica adoptar y disponer con anticipación lo necesario para evitar que se produzca cualquier irregularidad³⁷ en el manejo de la hacienda

34. Por su parte, la ley N° 5.796 establece que corresponde al Tribunal de Cuentas "Ejercer el contralor externo de la gestión financiero-patrimonial de la Administración Pública Municipal..." (art. 40 inc. 1).

35. Sumado a ello, otra disposición constitucional establece el deber del Tribunal de Cuentas de controlar determinadas contrataciones: "En las contrataciones de alta significación económica, el control deberá realizarse desde su origen, sin perjuicio de la verificación posterior correspondiente a la inversión de la renta. En estos supuestos, la ley deslindará las competencias del Tribunal de Cuentas y de la Contaduría" (art. 213). El concepto jurídico 'contrataciones de alta significación económica' deberá ser determinado por ley. Actualmente, sin hacer referencia a las Municipalidades, se encuentra en trámite legislativo la ley que regula el control preventivo del Tribunal de Cuentas de la provincia en los procedimientos de contrataciones llevados a cabo por el Estado provincial, sus entes descentralizados, autárquicos y empresas del Estado.

36. Debe descartarse darle a la palabra "instruir" el significado de mandato, orden, imposición o similar.

37. Cabe aclarar que la norma utiliza la expresión "irregularidad" en un sentido genérico, no en el técnico propio de la teoría de las nulidades del acto administrativo.

pública; y por último, *corregir* es enmendar las irregularidades en el manejo de la hacienda pública.

De lo hasta aquí expresado, se desprende que el Tribunal de Cuentas tiene competencia para comunicar a la Municipalidad controlada conocimientos y saberes vinculados al correcto manejo de la hacienda pública y/o pedir que se tomen determinados cuidados en el manejo de esta, tendientes a que se adopten y dispongan con anticipación las medidas necesarias para evitar que se produzcan irregularidades, o bien, una vez producidas, se las enmiende, en tanto ello fuere posible.

Sin dudas, la disposición comentada otorga implícitamente competencia al Tribunal de Cuentas para realizar una actividad de control. Es así, porque para que el Tribunal pueda formular, particularmente, instrucciones y recomendaciones tendientes a corregir cualquier irregularidad vinculada con los fondos públicos, debe previamente constatar la existencia de una determinada irregularidad, y para ello es necesario realizar una comparación entre lo debido y lo real, es decir, ejercer una actividad de control.³⁸

En claro esto, cabe dar un paso más en el análisis y preguntarnos desde qué momento se realiza tal control. La expresión "cualquier" referida a "irregularidad vinculada con los fondos públicos", denota indeterminación o indistinción de momento alguno, por lo que cabe concluir que el texto constitucional atribuye competencia al Tribunal de Cuentas para ejercer el control desde el origen (es decir, se incluye el control preventivo, concomitante y posterior).

Es así que, sobre la base de la norma comentada, el Tribunal de Cuentas tiene potestad para ejercer el control desde el origen de todos los actos vinculados a la hacienda pública municipal.

Llegado a este punto, cabe hacerse una pregunta sustancial: ¿qué efectos tiene ese control? Anteriormente, indicamos que el control preventivo puede ser suspensivo o expositivo, es decir, puede suspender el acto o limitarse a detectar y exhibir la irregularidad (puesta en evidencia), sin producir suspensión de efectos alguna. En este contexto, es claro que el tipo de control del artículo 213 inciso 3 de la Constitución Provincial se asemeja a este último, es decir, es un control expositivo. Ello porque el

38. En este sentido, el mismo Tribunal de Cuentas de Entre Ríos, ubica las instrucciones y recomendaciones dentro de las funciones de control administrativo. *Cfr.* URL <http://www.tcer.gob.ar/galeria/funciones.pdf>

texto constitucional utiliza las expresiones "instruir" o "recomendar" (y no el vocablo "suspender" o una expresión que lo implique). Es, nos parece, un buen criterio.

Por otro lado, la norma expresamente aclara que le otorga tales competencias al Tribunal de Cuentas "sin que ello implique sustituir los criterios de oportunidad o mérito que determinaron el gasto", es decir, le impide al Tribunal confrontar la decisión tomada por un órgano, con su propio criterio político de "oportunidad" o "mérito".

En suma, el Tribunal de Cuentas tiene potestad constitucional para ejercer el control desde el origen en todos los actos administrativos vinculados a la hacienda pública municipal y, en función de ello, efectuar instrucciones o recomendaciones.

V. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, brevemente indicaremos que el control preventivo se erige como una herramienta fundamental para prevenir el daño a la hacienda pública municipal. Sin embargo, es un instrumento con escaso empleo, el cual, necesariamente, debe ser recobrado.

Para crear el ámbito propicio para que ello ocurra, se deben realizar reformas legales que exceden el marco del instituto del control preventivo en sí y se proyectan directamente a los órganos de control interno y externo que lo ejercen. Decimos que exceden el marco del instituto en sí, dado que este cuenta con los instrumentos normativos idóneos para desarrollarse eficazmente.

En función de ello, y en relación con el órgano de control interno, creemos necesarias tres modificaciones sustanciales. En primer lugar, la Contaduría Municipal se debe erigir como un *órgano con autonomía funcional* dado que es inconveniente que controle los actos que emiten sus superiores jerárquicos: el presidente municipal y el secretario de hacienda. También, desde la mirada de la división de funciones (deliberativas y ejecutivas), es inconveniente que la Contaduría, en su condición de órgano dependiente jerárquicamente del Departamento Ejecutivo, tenga competencia para efectuar el control preventivo de los actos administrativos con contenido económico-financiero que dicta el Concejo Deliberante. En segundo lugar, es necesario establecer un *límite temporal en el ejercicio del cargo* de contador municipal. Respecto de este, propiciamos que sea un límite amplio (por ejemplo, ocho o dieciséis años). Y, por último, la

designación del contador municipal debería realizarse previo *concurso público*, para cumplir así la manda constitucional inserta en el artículo 36 que dispone que los habitantes deben ser designados en los empleos públicos municipales previo concurso que asegure su idoneidad.

A tales fines, una futura reforma legal debería inspirarse en el modelo de control que la Constitución Provincial establece para el ámbito provincial: la Contaduría General es un órgano de control autónomo, su máxima autoridad dura ocho años en sus funciones, puede ser reelecto (es decir, puede permanecer dieciséis años en el cargo como máximo) y se designa por concurso. En caso de trasladarse estos postulados al ámbito municipal, deberá ser para aquellos contadores que accedan al cargo luego de que la norma entrara en vigencia (y no para los que ya estuvieran en funciones).

En relación con el modelo de control externo municipal, resulta necesario que, a más de diez años de la reforma constitucional, se dicten prontamente las cartas orgánicas municipales, y que se establezca el organismo local de control externo de las cuentas públicas que ella ordena. Entre los modelos de control existentes, es decir entre el modelo de Tribunal de Cuentas (adoptado por la gran mayoría de los Estados provinciales) y el modelo de Auditoría General (adoptado por el Estado nacional), es conveniente optar por aquel y determinar que el acceso a sus cargos sea por concurso público, tal como prevé genéricamente el referido artículo 36 de la Constitución Provincial.

En función de las premisas indicadas, se creará el ámbito orgánico propicio para el ejercicio eficaz del control preventivo de los actos administrativos municipales vinculados directa o indirectamente con la hacienda pública.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRA, Rodolfo C., *Tratado de derecho administrativo*, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, Buenos Aires, Tomo III.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, 2005, Buenos Aires, Tomo III.
- BIELSA, Rafael, *Régimen jurídico de la contabilidad pública*, Roque Depalma, 1955, Buenos Aires.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Almagro, Luis Ángel. c/ Estado Nacional s/ ordinario", 22/12/1982.

- DROMI, José R., *Introducción al derecho administrativo*, Grouz, 1986, Madrid.
- GONZÁLEZ ELÍAS, Hugo R., *Nuevo Régimen Municipal Entrerriano*, Vicegubernación de Entre Ríos, Honorable Cámara de Senadores, 2011, Paraná.
- GORDILLO, Agustín, "Un corte transversal al derecho administrativo: La convención interamericana contra la corrupción", en *La Ley*, 1997-E, pp. 101-119, reproducido, con modificaciones, en la conferencia *La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción*, en el V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses, Asesoría General de Gobierno, 1998, La Plata, URL https://www.gordillo.com/cv/art_2.pdf
- IVANEGA, Miriam M., *Control público. Administración. Gestión. Responsabilidad*, Astrea, 2016, Buenos Aires.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo Perrot, 1965, Buenos Aires, Tomo I.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, "El control del poder público en la Constitución Española", en DROMI, Roberto & ZAENZ, Jorge (coord.), *La Constitución Argentina de nuestro tiempo*, Ciudad Argentina, 1996, Buenos Aires.
- Provincia de Entre Ríos, Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, 10a sesión ordinaria, 16/05/2008.
- ROSATTI, Horacio, *Tratado de derecho constitucional*, 2ª ed. ampliada, Rubinzal Culzoni, 2010, Santa Fe, Tomo I.
- , *Tratado de derecho municipal*, 4ª ed., Rubinzal Culzoni, 2012, Santa Fe, Tomo II.
- SESÍN, Domingo, "Tribunal de Cuentas. Importancia y alcance del control previo. Nuevas perspectivas" en COMADIRA, Julio R. & RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime & MARAFUSCHI, Miguel Á. y otros/as, *Control de la Administración Pública*, RAP, 2003, Buenos Aires.
- , "El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica," en SESÍN, Juan D., *El derecho administrativo en reflexión*, RAP, 2011, Buenos Aires, URL www.acaderc.org.ar

EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL A ESTADOS EN EL CONTEXTO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL. APORTES DESDE LA TEORÍA DE LAS EMOCIONES*

TOMÁS MARIANO GUISADO LITTERIO**

Resumen: Si bien el instituto del daño moral, tal como fue concebido en el Derecho Privado, se sustenta en la reparación de lesiones emocionales de individuos, cabe preguntarse si también los Estados pueden ser susceptibles de sufrir tales agravios. Ello, en virtud de que, si bien en el plano de lo jurídico configuran entes ideales, esconden desde lo sociológico, como toda persona jurídica, una realidad social. Esta realidad social viva es reconocida como un sujeto de derecho, pero aquello no es más que una herramienta desarrollada por juristas para facilitar el desarrollo de relaciones jurídicas. Si bien la subjetividad es una construcción jurídica ideal, no debe ignorarse el hecho de que detrás de cada Estado hay una población, con una identidad colectiva, vinculada por lazos emocionales fuertes pero sensibles. Podría considerarse que esta experiencia intersubjetiva que conecta los individuos integrantes de un grupo (en este caso, los nacionales de un Estado), permite que un agravio “moral” —o sencillamente inmaterial— al grupo en su conjunto (en el caso, al Estado como personificación jurídica del grupo) repercuta como daño emocional a los integrantes del grupo. La teoría de las emociones moderna entiende que las sociedades pueden desarrollar “emociones colectivas”, que se definen como la acumulación de emociones individuales que distintas personas experimentan como resultado de sentirse identificadas con un grupo determinado. Para que una sociedad pueda desarrollar su propia orientación emocional, debe tener experiencias comunes y normas compartidas

* Recepción del original: 26/11/2019. Aceptación: 30/12/2019.

** Auxiliar docente de Derecho Internacional Público (UBA). El presente trabajo de investigación fue realizado en el marco del Proyecto DeCyT DCT1407 “Las pasiones del derecho internacional: Improntas afectivas, emociones estatales y sentimientos políticos en la historia del *ius gentium*” (2014-2016), a cargo del Dr. Emiliano J. Buis.

por sus miembros, atributos paradigmáticos de los Estados. Así, los Estados son moldes propensos para la formación de colectividades que sienten una intensa identificación con su nacionalidad como grupo de pertenencia. Ello conlleva el riesgo de que un agravio de orden moral infligido al grupo se traslade a cada uno de sus miembros, quienes sentirán en su persona el impacto de la afronta emocional debido a su íntima identificación con el colectivo agraviado.

Palabras clave: derecho internacional — daño moral — responsabilidad internacional — reparación — emociones

Abstract: Although the institute of moral damage, as conceived in Private Law, is based on the reparation of individuals’ emotional injuries, it is worth asking whether states may also be susceptible to such grievances. Although at the legal level, they form ideal entities, they contain from a sociological perspective, like any legal person, a social reality. This living social reality is recognized as a subject of law, but that is nothing more than a tool developed by jurists to facilitate the development of legal relations. While subjectivity is an ideal legal construct, the fact that behind each State there is a population, with a collective identity, linked by strong but sensitive emotional ties, should not be ignored. It could be considered that this intersubjective experience that connects the individual members of a group (in this case, the nationals of a State), allows a “moral” offense —or simply immaterial— to the group as a whole (in this case, to the State as legal personification of the group) acting as emotional damage to the members of the group. Modern emotions theory understands that societies can develop “collective emotions”, which are defined as the accumulation of individual emotions that different people experience as a result of feeling identified with a particular group. In order for a society to develop its own emotional orientation, it must have common experiences and norms shared by its members, paradigmatic attributes of States. Thus, States are prone molds for the formation of collectivities that feel an intense identification with their nationality as a membership group. This entails the risk that a grievance of a moral order inflicted on the group are transferred to each of its members, who will feel in their person the impact of the emotional confrontation due to their intimate identification with the aggrieved group.

Keywords: international law — moral damage — international responsibility — reparation — emotions

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo postulará que los Estados, como sujetos de Derecho Internacional, son susceptibles de sufrir daño moral y el Derecho Internacional debe reconocerlo y respetarlo, asegurando un régimen de reparación para tales perjuicios, cuando estos sean causados por hechos internacionalmente ilícitos atribuibles a otro sujeto de *ius gentium*.

Si bien el instituto del daño moral, tal como fue concebido en el Derecho Privado, se sustenta en la reparación de lesiones emocionales de individuos, cabe preguntarse si también los Estados pueden ser susceptibles de sufrir tales agravios. Ello, en virtud de que, si bien en el plano de lo jurídico configuran entes ideales, esconden desde lo sociológico, como toda persona jurídica, una realidad social. Esta realidad social viva es reconocida como un sujeto de derecho, pero aquello no es más que una herramienta desarrollada por juristas para facilitar el desarrollo de relaciones jurídicas. Si bien la subjetividad es una construcción jurídica ideal, no debe ignorarse el hecho de que detrás de cada Estado hay una población, con una identidad colectiva, vinculada por lazos emocionales fuertes, pero sensibles. Podría considerarse que esta experiencia intersubjetiva que conecta a los individuos integrantes de un grupo (en este caso, los nacionales de un Estado), permite que un agravio “moral” —o sencillamente inmaterial— al grupo en su conjunto (en el caso, al *Estado* como personificación jurídica del grupo) repercuta como daño emocional a los integrantes del grupo. El agravio moral puede ser reparado de diversas formas dependiendo de su índole; en muchos casos, un gesto simbólico como una disculpa pública puede bastar para dar una cabal reparación del perjuicio sentimental; otras veces podría entenderse que una indemnización pecuniaria puede hacer las veces de resarcimiento.

La teoría de las emociones moderna entiende que las sociedades pueden desarrollar “emociones colectivas”, que se definen como la acumulación de emociones individuales que distintas personas experimentan como resultado de sentirse identificadas con un grupo determinado.¹ Para que una sociedad pueda desarrollar su propia orientación emocional, debe tener experiencias comunes y normas compartidas por sus miembros,² atributos paradigmáticos de los Estados. Así, los Estados son moldes propensos para

1. BAR-TAL, “Collective Emotions in Conflict Situations: Societal Implications”, p. 442.

2. BAR-TAL, “Collective Emotions in Conflict Situations: Societal Implications”, p. 442.

la formación de colectividades que sienten una intensa identificación con su nacionalidad como grupo de pertenencia. Ello conlleva el riesgo de que un agravio de orden moral infligido al grupo se traslade a cada uno de sus miembros, quienes sentirán en su persona el impacto de la afronta emocional debido a su íntima identificación con el colectivo agraviado

Cabe aclarar que este artículo no tratará cómo el Derecho Internacional ha manejado la reparación del daño moral respecto de individuos, ya que no se encuentra en discusión que los individuos son susceptibles de daño moral, y que cuando un Estado provoca tales agravios, puede configurarse su responsabilidad internacional en concepto de violación de las numerosas normas convencionales y consuetudinarias en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La cantidad de jurisprudencia internacional que ha cubierto estos casos es extensísima.³ No así la relativa a los casos en que son Estados, no individuos, quienes se ven vulnerados emocionalmente por conductas internacionalmente ilícitas llevadas a cabo por sujetos del derecho de gentes.

Para encarar esta interesante temática, estudiaremos en primer lugar el instituto del daño moral, su génesis en el derecho privado y su desarrollo en el derecho comparado contemporáneo, y luego trataremos de entender de qué formas las personas jurídicas del Derecho Privado han visto reconocidos sus reclamos por daño moral, pese a no tener, en el sentido estricto, emociones. Luego nos adentraremos en el ámbito del Derecho Internacional, particularmente el estudio de la responsabilidad internacional, y analizaremos en qué instrumentos y en qué sentencias y laudos internacionales se ha llegado a reconocer que los Estados podían ser sujetos de agravios extrapatrimoniales. Esto será examinado a la luz de los estudios que se han realizado en los últimos tiempos en la disciplina de las relaciones internacionales, en particular respecto del estudio de las emociones estatales. Este enfoque multidisciplinario enriquecerá el aspecto jurídico del trabajo, permitiendo que conceptos propios del campo emocional se filtren en una obra que, de otra forma, sería netamente jurídica.

3. Para un cabal desarrollo del tema, ver GONZÁLEZ NAPOLITANO, *La responsabilidad internacional del Estado por...*

II. EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO PRIVADO

II.A. Aspectos teóricos generales del daño moral

Para comenzar a tratar el tema desde la teoría general del Derecho Privado, podemos invocar la tradicional definición de Llambías:

“El daño moral es el menoscabo en los sentimientos [...] Consiste en el desmedro o la desconsideración que el agravio pueda causar en la persona agraviada, o los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias que puedan ser la consecuencia del hecho perjudicial”.⁴

Otra célebre definición es la de Pizarro, quien teoriza que el daño moral es una:

“modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este, y anímicamente perjudicial”.⁵

En otras palabras, mientras que el daño patrimonial es aquel que “repercute en el patrimonio, de manera directa o indirecta”, el daño extrapatrimonial, o moral, “repercute en lo moral”.⁶ Esta proyección debe ser evaluada sin perjuicio de que el objeto inmediato del agravio haya sido un derecho patrimonial o extrapatrimonial.

Históricamente se han planteado objeciones a la admisibilidad del reclamo por daño moral, fundándose en distintos argumentos, como la alegada inmoralidad de mensurar el dolor sentimental en dinero, o su imposibilidad, pero esta postura ha ido perdiendo arraigo con el tiempo, hasta caer en el desprestigio. Según Borda, “el principio de la reparación integral, cada vez más extendido en el derecho moderno, ha hecho triunfar definitivamente la

4. LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*, p. 300.

5. PIZARRO, *Daño Moral*, p. 47.

6. ALTERINI, AMEAL & LÓPEZ CABANA, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, p. 245.

teoría de que el daño moral debe indemnizarse”.⁷ Para Cifuentes, el daño moral se presenta en las lesiones de los *derechos personalísimos* (aquellos derechos subjetivos inherentes a la persona y relativos a su integridad física y espiritual y a su libertad), ya que estos son extrapatrimoniales y su infracción no puede medirse económicamente, por lo que el daño moral requiere “un resarcimiento aproximativo y por satisfacción”. De esta manera, la reparación no es por equivalencia pecuniaria como en el daño material, sino que “la moneda se proyecta en este caso como medio para obtener goces más o menos compensatorios de los sufrimientos soportados”,⁸ pero la reparación de las lesiones a los derechos personalísimos siempre es más efectiva en los casos en que es posible la reposición en especie. Así, existen distintas formas de reposición en especie, como la retractación pública o el ejercicio de derecho a réplica en los casos en que se hayan publicado noticias deshonorosas. La indemnización y la reposición en especie podrían incluso aplicarse simultáneamente para lograr una más acabada satisfacción.

Debe aclararse en primer el lugar que el término “daño moral” es usado en el derecho comparado de dos maneras distintas. En un sentido estricto, se trata de un “menoscabo a los sentimientos de la víctima, al modo en el que esta pueda estar afectada en su honor, su reputación o su estima”. En un sentido amplio, “agrupa al conjunto de perjuicios que no afectan directamente un patrimonio”,⁹ incluyendo, verbigracia, aquellos derivados de lesiones físicas, habitualmente conocidos como “precio del dolor” (*pretium doloris*). Esta última concepción asimila la figura del daño moral a la del daño inmaterial o extrapatrimonial, y fue considerada como preferible¹⁰ debido a que los distintos subrubros de lesiones personales entrañan una misma naturaleza, resultando irrelevante si la experiencia emocionalmente disvaliosa se debió al dolor causado por una lesión psicossomática o una agresión “puramente” moral.

“Queda claro que un perjuicio moral no se puede reparar de igual forma que uno patrimonial; el daño moral requiere ‘un resarcimiento aproximativo y por satisfacción’. Como expresa el jurista peruano Fernández Sessarego, las técnicas

7. BORDA, *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*, p. 171.

8. CIFUENTES, *Elementos de Derecho Civil: Parte General*, p. 57.

9. PIERRE, “L’indemnisation du préjudice moral en Droit français”, p. 1.

10. DINTILHAC, “Rapport du groupe de travail chargé...”.

reparatorias: ‘Deben adaptarse necesariamente a la naturaleza del ente dañado. Cada tipo de ente exige, por consiguiente, un tratamiento indemnizatorio diverso en atención a su peculiar calidad ontológica’.¹¹

El autor invoca el voto de dos jueces en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Loayza Tamayo”,¹² en que estos expresan que:

“El ser humano tiene necesidades y aspiraciones que trascienden la medición o proyección puramente económica [...] La determinación de las reparaciones debe tener presente la integralidad de la personalidad de la víctima, y el impacto sobre esta de la violación de sus derechos humanos: hay que partir de una perspectiva integral y no sólo patrimonial de sus potencialidades y capacidades [...] De todo esto resulta claro que las reparaciones no pecuniarias son mucho más importantes de lo que uno podría *prima facie* suponer”.

Los jueces definen la *restitutio in integrum* (o resarcimiento pleno) como “la forma de reparación *par excellence*, siempre que sea posible su aplicación”. De esta manera debe preferirse en todos los casos la reparación en especie como forma más próxima a la *restitutio in integrum*, y sólo en los supuestos en que esta no sea posible recurrir a una indemnización pecuniaria, con la reserva de que el dinero nunca será un sustituto perfecto de lesiones emocionales. Así, existen distintas formas de reposición en especie, como la disculpa pública, la publicación de la sentencia o el ejercicio del derecho a réplica.

II.B. La evolución histórica del daño moral en el Derecho Privado comparado

En la tradición jurídica romana, el delito civil de *iniuria* (“injuria”) consistía en toda afronta física o moral producida a una persona, y se diferenciaba del *damnum* en que este último implicaba la provocación de un perjuicio en el patrimonio de otro.¹³ En la antigua Ley de las XII

11. FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Apuntes sobre el Daño a la Persona”, p. 333.

12. Corte IDH, “Caso Loayza Tamayo c. Perú”, voto concurrente de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli.

13. DI PIETRO, *Derecho Privado Romano*, pp. 315-319.

Tablas, sólo se configuraba la injuria en casos casuísticamente previstos de lesiones físicas (como la ruptura de un miembro). Empero, con el desarrollo del Derecho Romano clásico, los pretores comenzaron a entender también como injurias las afrontas morales (como los ataques al honor o a la dignidad pública y social). Si bien en principio las penas para este delito estaban tarifadas, con el correr del tiempo se admitió que la víctima solicitase al pretor cualquier monto que estimase corresponder, y el pretor analizaría su pertinencia. El reconocimiento de los perjuicios morales continuaría luego de la caída del Imperio Romano, y serían rememorados en la Baja Edad Media, cuando fueron dictadas las *Siete Partidas* de Alfonso X. En ellas, el daño fue definido como todo “empeoramiento, menoscabo o destrucción que el hombre recibe *en sí mismo* o en sus cosas, por culpa de otro”.¹⁴ Las partidas seguían un criterio casuístico para la previsión de ofensas a la persona, y tarifaban las penas correspondientes a cada caso. La regulación de las ofensas corporales o al honor y decoro de las personas en la Edad Media siguió de cerca la tradición románica.¹⁵

El Código Civil napoleónico de 1803 no previó explícitamente la figura del daño moral. No obstante, los amplios términos con que disponía que todo hecho dañoso engendraba el deber de reparar permitieron que los juristas interpretasen que el daño moral se encontraba comprendido en la noción genérica de daño. Particularmente, los notorios jueces de casación Aubry y Rau se explayaron a favor de la existencia de este rubro.¹⁶ Si se analiza la legislación argentina, pueden encontrarse referencias al daño moral en el Código Civil de Vélez Sarsfield, profundamente influido por la doctrina francesa. En aquel cuerpo legal el agravio moral afectaba a la víctima “molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas”.¹⁷ En este antiguo sistema, la reparación del daño sea material o moral, debía realizarse a través de una indemnización pecuniaria fijada por el juez. En 1968, se reformó el sistema de reparación de todos los hechos ilícitos, sentando la regla general de que el resarcimiento debe consistir en la reposición de las cosas a su estado ante-

14. La cursiva me pertenece.

15. GARCÍA MENDIETA, “La obligación de reparar el daño moral a través del tiempo”.

16. GOBETTI, “Daños y perjuicios en la legislación argentina”.

17. República Argentina, “Código Civil”, art 1078, aprobado en 1869 por Ley 340 y derogado en 2015 por la Ley 26.994.

rior, y sólo corresponderá la indemnización por equivalente si aquella fuera imposible o si el damnificado optare por ello.¹⁸ Más adelante, también en el siglo XIX, los códigos civiles español y austríaco siguieron la misma fórmula genérica que el código napoleónico, mientras que los códigos italiano, portugués y prusiano, también inspirados en la obra francesa, reconocerían expresamente el deber de reparar el daño moral.¹⁹ Si se analiza la legislación latinoamericana, puede encontrarse una regulación del daño moral en el Código Civil argentino de 1869, que fue de gran influencia para el proceso de codificación civil en el continente.²⁰ El jurista estadounidense Malawer, en 1976, hizo un estudio de Derecho Comparado²¹ que terminó concluyendo que una abrumadora cantidad de ordenamientos jurídicos con fundamento en el Derecho Continental preveían, implícita o explícitamente, regímenes de reparación de daño moral,²² así como también había países que no tenían tradición jurídica romana, pero que también habían acogido el instituto.²³ Desde entonces, resulta evidente que todavía más Estados han establecido regímenes de reparación de esta clase de lesiones.

El actual Código Civil y Comercial argentino dispone sobre la indemnización, que esta:

“Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.²⁴

18. Reforma a través de la Ley 17.711.

19. MENEGHINI, “Dano moral no tempo, no espaço e sua reparaçao no Brasil”.

20. El Código Civil argentino, además de servir de modelo para los códigos que serían dictados durante el siglo XX, fue directamente adoptado por dos países: Paraguay y Nicaragua.

21. MALAWER, “Moral Damages in Wrongful Death Cases...”, pp. 545-550.

22. Entre ellos se encontraban Francia, Bélgica, Brasil, Italia, España, Argentina, China, Egipto, Etiopía, Grecia, Japón, Corea, Libia, Noruega, las Filipinas, Portugal, Suiza, Turquía y Escocia.

23. Como, por ejemplo: Irlanda, Australia, Indonesia, Bulgaria, Yugoslavia y Alemania.

24. República Argentina, “Código Civil”, art 1738, aprobado por Ley 26.994 en 2014. El Proyecto de Código Civil argentino de 1998, redactado por eminentes juristas, pero que nunca fue aprobado legislativamente, contenía una amplia y enriquecedora definición del daño moral, que lo hacía comprender todo aquello que “interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas” (art. 1600, inc. b del Proyecto).

Por demás, el Código se alinea con la doctrina moderna en la materia, consagrando el principio general de la “reparación plena”. Esta regla es definida de la siguiente manera: “Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie”,²⁵ agregando que “en el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia”. Esta modalidad constituye de por sí, una forma de reparación por satisfacción. La habilitación de reparación en especie del daño moral permite que los jueces dispongan nuevas y originales formas para lograr la reparación efectiva de esa especie de daño, tratando cada caso con la particularidad que merece y sin verse atados a fórmulas genéricas.

A simple vista parecería que el daño moral es un concepto más propio del Derecho Continental derivado de la ciencia jurídica romana, y que resulta extraño al *Common Law* anglosajón, pero si se lo analiza con mayor detenimiento se puede vislumbrar que los juristas anglosajones han desarrollado institutos análogos. Toda lesión genera el deber de compensación, que en el Derecho Anglosajón se denomina *damages* (“daños”). Los *damages* pueden dividirse en especiales o generales; los especiales son daños cuantificables en forma pecuniaria, y los generales daños no susceptibles de tal estimación.²⁶ Estos últimos también son denominados *hedonic damages* (“daños hedónicos”), y comprenden “la pérdida del placer de estar vivo”.²⁷ Esta amplia categoría incluye distintos rubros tales como *pain and suffering* (incomodidad física o angustia emocional),²⁸ *loss of consortium* (pérdida de los beneficios que un cónyuge deriva del otro, tales como compañía, afecto, asistencia o relaciones sexuales), *loss of amenity* (pérdida de la capacidad para hacer lo que se hacía según el plan de vida),²⁹ *loss of reputation* (pérdida de reputación), y *emotional distress* (aflicción emocional), entre otros. El *emotional distress*, quizás el mejor acercamiento al “daño moral” en sentido estricto del Derecho Continental, es “una reacción mental altamente desagradable (como angustia, pena, temor, humillación, o furia)”.³⁰

25. República Argentina, “Código Civil”, art. 1740.

26. MARTIN, *A Dictionary of Law*, p. 237.

27. GARNER, *Black's Law Dictionary*, p. 444.

28. GARNER, *Black's Law Dictionary*, p. 1218.

29. MARTIN, *A Dictionary of Law*, p. 298.

30. GARNER, *Black's Law Dictionary*, p. 602.

Como se ve, la preocupación por la reparación de las afecciones espirituales es común a todos los ordenamientos jurídicos, incluso aquellos que derivaron de tradiciones jurídicas diferentes. Sin perjuicio de ello, los juristas anglosajones desarrollaron paralelamente a la construcción de los *hedonic damages* la idea de los *punitive damages* (daños punitivos). Los daños punitivos, también presentes en los ordenamientos continentales, tienen claramente una naturaleza distinta que las reparaciones, puesto que consisten en sanciones punitivas con fines disuasorios, pero en la práctica terminaron siendo utilizadas para la compensación de perjuicios extrapatrimoniales. Por otra parte, existe también el instituto de la *personal injury* ("lesión personal"), que comprende cualquier lesión psicosomática causada a una persona, abarcando cualquier invasión de un derecho personal, incluyendo sufrimiento mental o encarcelamiento ilegítimo.³¹ Estos parches fueron resultado de la necesidad de dar cobertura jurídica a situaciones de agravios morales ante la obstinación de algunos jueces por reconocer explícitamente este rubro. Como se ve, la preocupación por la reparación de las afecciones espirituales es común a todos los ordenamientos jurídicos, incluso aquellos que evolucionaron a partir de tradiciones jurídicas diversas.

II.C. El daño moral en las personas de existencia ideal en el Derecho Privado

Tradicionalmente se consideraba que el daño extrapatrimonial o moral, entendido exclusivamente como sufrimientos emocionales derivados de afecciones espirituales y lesiones fisiológicas y psíquicas, sólo puede ser sufrido por personas físicas, que no son construcciones artificiales, sino realidades ontológicas vivas con emociones susceptibles de ser lesionadas. Sin embargo, la tendencia actual en el Derecho contemporáneo es la de abandonar esta visión restrictiva del agravio moral y extenderlo a las personas jurídicas. Las personas jurídicas son instrumentos que emplean las personas físicas, o seres humanos, para emprender conjuntamente objetivos que, de ser intentados individualmente, serían desde sumamente dificultosos hasta imposibles. Estas figuras:

31. GARNER, *Black's Law Dictionary*, p. 857.

“Son herramientas, que sólo existen en el mundo del derecho, por cuanto actúan en el plano jurídico de forma colectiva. Si bien no son un organismo natural [...] no debe olvidarse que tras las personas jurídicas están personas, personas de carne y hueso, es decir que son una creación del hombre, es una construcción del pensamiento y del lenguaje de los juristas y no de otra cosa”.³²

Borda sostiene que se trata de “realidades humanas que el legislador no puede desconocer”, y que ellas son el recurso técnico que las habilita para desarrollarse y prosperar, pero siempre teniendo en cuenta que el destinatario final es el hombre. Es que el derecho siempre tiene por objeto seres humanos, no se da sino entre hombres.³³ En definitiva, la razón por la que se personifica a estos entes ideales es porque “denotan una realidad irreductible a las manifestaciones meramente individuales de la acción humana”, y a la vez “se presenta(n) como una exigencia ineludible de los individuos humanos, cuya negación constituiría una deformación arbitraria de la realidad de las conductas que el orden jurídico pretende pautar”.³⁴

En un principio, cuando se empezó a pensar en daño moral respecto de personas jurídicas, se lo asociaba con agravios a su nombre y honor, más no por “sentimientos de afección”. Varios autores han desarrollado esta línea, que comprende daños a la confianza de la sociedad en la persona jurídica (entendidos estos como la reputación comercial, el prestigio de la marca, el secreto en los negocios, etcétera). Estos rubros representan en realidad intereses económicos relacionados a la percepción pública de una persona jurídica, que, de verse afectados, pueden ocasionarle pérdidas monetarias a futuro. Se trataría más bien de un daño material: el lucro cesante derivado de la pérdida de confianza del público en la actividad comercial llevada por el sujeto.³⁵

Basso y Monjo, sin embargo, señalan que ha ido creciendo el entendimiento de que las personas jurídicas pueden sufrir un denominado daño moral objetivo, entendido como aquél que afecta la parte social del patrimonio moral de una persona colectiva. Restringir el daño moral solamente a la reputación mercantil responde a una cosmovisión economicista que

32. BORDA, “Persona jurídica y persona humana: el abuso de la personería”, p. 358.

33. BORDA, “Persona jurídica y persona humana: el abuso de la personería”, p. 358.

34. TRIGO REPESAS & MOLINA SANDOVAL, “Daño moral a las personas jurídicas”, pp. 895 y ss.

35. TAPIA RODRÍGUEZ, “Daño moral de las personas jurídicas en el derecho chileno”, pp. 630 y ss.

circunscribe la vida de estos entes a fines puramente económicos (algo que ni siquiera se plantea enteramente en las sociedades comerciales).³⁶ Lamentablemente, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias argentinas se alinean con esta postura restrictiva.³⁷ Un importante número de juristas todavía adscribe a la opinión de que:

“Las personas jurídicas no tienen los derechos de la personalidad que se le reconocen a los seres humanos y, por ende, no podrían nunca invocar el daño moral porque no puede existir lesión a los sentimientos ni alteración a su equilibrio emocional, tampoco tienen ‘vida privada’ y en cuanto a su ‘vida jurídica’ se encontraría protegida por los daños patrimoniales que puedan sufrir por el ataque al ‘buen nombre’ o a la ‘probidad comercial’”.³⁸

Pese a que muchos sostengan que las personas de existencia ideal no poseen “afecciones espirituales” en el sentido tradicional, sí debe admitirse que puedan ser vulneradas en sus atributos personalísimos, particularmente cuando estos tengan proyección a sus integrantes. Cifuentes rescata esta idea respecto de las personas jurídicas privadas sin fines de lucro, como las asociaciones y las fundaciones,³⁹ a la vez que descarta que las sociedades comerciales puedan sufrir daño moral. Ello, en virtud de que la existencia de las sociedades comerciales está ligada a fines patrimoniales, y cualquier agresión a sus cualidades de la personalidad (como su nombre comercial o su reputación) tiene efectos meramente económicos que no pueden ser proyectados a una esfera extrapatrimonial.⁴⁰ En particular, las personas jurídicas sin fines de lucro tienen una honra que no se confunde con metas patrimoniales; “por su nacimiento y destino tienen ese bien separado de todo contacto con la idea patrimonial”.

Crovi identifica:

“En una fundación desprestigiada en su accionar o en una asociación civil agraviada burlándose de sus fines o de los métodos aplicados para la formación de

36. BASSO & MONJO, “El daño moral a las personas jurídicas”, pp. 623 y ss.

37. TRIGO REPRESAS & MOLINA SANDOVAL, “Daño moral a las personas jurídicas”, pp. 895 y ss.

38. CROVI, “El daño moral y las personas jurídicas”.

39. CIFUENTES, “El daño moral y la persona jurídica”, p. 413.

40. CIFUENTES, “El daño moral y la persona jurídica”, p. 413.

sus integrantes, no hay lesión patrimonial identificable, pero ciertamente hay un agravio que se traslada de manera colectiva o institucional a la entidad”.

De manera que no admitir un agravio al honor o al prestigio institucional de este tipo de personas jurídicas, obligaría a una especie de acción colectiva de todos sus miembros para que cada uno reclame en estos casos, la “porción” que le corresponde en esa “afección moral” que en realidad, no pertenece a los miembros, sino “a la entidad injuriada”.⁴¹ Trigo Represas y Molinas Sandoval destacan, por su parte, que los derechos personalísimos tutelan los bienes jurídicos de personas en cuanto tales, y siempre que se atente contra ellos se habrá ocasionado un agravio moral, independientemente de si la víctima es una persona de existencia visible o ideal. Los autores destacan que la jurisprudencia y la doctrina francesas, significativas fuentes históricas del Derecho de Daños moderno, han reconocido mayoritariamente que las personas jurídicas pueden padecer agravios morales, y también recuerdan que el Tribunal Supremo italiano ha reconocido el daño extrapatrimonial sufrido por el Estado luego de un caso de corrupción.⁴²

Por su parte, la investigadora Pérez Fuentes realizó una reseña⁴³ del estado de reconocimiento de las personas jurídicas como sujeto pasivo de daño moral en el Derecho Comparado. Luego de concluir que, en México, el ordenamiento jurídico permite a las personas colectivas efectuar reclamos por daño moral, encontró que en la jurisprudencia de diversos países de tradición jurídica romano-francesa —entre ellos la Argentina, Chile, España, Francia e Italia— también se ha reconocido tal derecho.

El jurista argentino Brebbia opina que las personas jurídicas gozan de los “derechos extrapatrimoniales que integran la personalidad moral de los sujetos de derecho”, sin diferenciar personas de existencia ideal o visible, y ejemplifica su tesis argumentando que, entre otros, “tienen derecho al honor, a la libertad de acción, a la seguridad personal, a la intimidad, a la protección de los valores de la afección y el derecho moral del autor”. Esta comprensión es mucho más amplia que la doctrina restrictiva que sólo reconoce derecho a una reputación comercial. El

41. CROVI, “El daño moral y las personas jurídicas”.

42. TRIGO REPRESAS & MOLINA SANDOVAL, “Daño moral a las personas jurídicas”, pp. 895 y ss.

43. PÉREZ FUENTES, “Daño moral en las personas jurídicas: una reflexión en el derecho mexicano”.

autor concluye sosteniendo que “este patrimonio moral de las personas jurídicas no está compuesto por la simple suma de los bienes personalísimos de los miembros que constituyen el soporte de su personalidad, que es independiente de las personas de sus miembros”,⁴⁴ de manera que “la personalidad moral de las personas jurídicas, como la personalidad patrimonial, nacen de la circunstancia de poseer el ente colectivo una voluntad y conciencia propias, como así también, un patrimonio moral particular”.⁴⁵ Brebbia da varios ejemplos de agravios morales que pueden ser sufridos por personas jurídicas.⁴⁶ Por ejemplo, cada vez que una persona ideal se vea impedida en el cumplimiento de sus fines, provocándole un riesgo de extinción, se origina una lesión a su seguridad personal. Asimismo, si es intervenida ilegítimamente u obstruida en sus actos, se estaría coartando su libertad de acción. Estos son perjuicios morales que pueden sufrir las personas jurídicas, incluso las sociedades comerciales, que pese a estar sometidas al principio de especialidad societario y estar afectadas por una finalidad de lucro no pueden ser consideradas como no susceptibles de sufrir agravios espirituales.

Por su parte, Basso y Monjo sostienen que incluso partiendo:

“De la definición del daño moral como el menoscabo producido a la subjetividad o espiritualidad en virtud de la lesión a un interés extrapatrimonial, también las personas jurídicas pueden sufrir un daño moral, atento la existencia de una espiritualidad o subjetividad colectiva”.⁴⁷

Al respecto, expresan que:

“A esta altura del desarrollo de la humanidad en general, y de las ciencias jurídicas en particular, no es posible negar la existencia de una espiritualidad o subjetividad colectiva ni es posible retacear el resarcimiento en los casos en que dicha espiritualidad o subjetividad se ve menoscabada”.

44. BREBBIA, “La persona jurídica como sujeto pasivo...”.

45. BREBBIA, “Las personas jurídicas —y las sociedades...”.

46. BREBBIA, “Las personas jurídicas —y las sociedades...”.

47. BASSO & MONJO, “El daño moral a las personas jurídicas”, pp. 623 y ss.

No puede negarse la dimensión social de las personas, ya que el hombre-individuo no es ni puede ser la única realidad reconocida por el Derecho. Opinan que hoy en día la ciencia jurídica contemporánea requiere de la “creación de herramientas a los fines de regular las situaciones conflictivas ocasionadas y derivadas de los grupos, de las realidades colectivas”. Ello, sin perjuicio de que el principio de resarcimiento pleno o integral vela por el restablecimiento absoluto del equilibrio turbado, intentando, con la mayor eficacia posible, corregir todo perjuicio sufrido en la entidad patrimonial, física, psíquica y moral de la persona —física o jurídica— dañada.

En esta línea, puede destacarse un caso de 1996⁴⁸ en que la Cámara Civil y Comercial de Azul citó a los juristas Morello y Stiglitz, quienes desarrollaron la noción de “daño moral colectivo” partiendo de la idea de que “la noción de daño moral se halla vinculada con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión a los sentimientos personales, afecciones legítimas o tranquilidad anímica, y tiene un matiz ‘social’”. Los camaristas emplean el concepto de daño colectivo para aplicarlo al perjuicio sufrido por la comunidad tandilense luego de la destrucción de un monumento municipal. Los jueces señalan que existen lesiones respecto de “los bienes propios y exclusivos de los particulares, personales y diferenciados” y otras en que “el daño lo soportan más bien en su calidad de miembros de ese determinado conjunto social”, siendo que en el daño colectivo “asume la condición de cierto sólo con relación al grupo o categoría, mas no singularmente respecto a sus miembros, titulares de cada fracción del interés menoscabado”. En estos casos, la reparación asume un rol especial porque “el destino del todo o parte de las indemnizaciones se liga con el matiz de lo social, pues deberían afectarse a un fondo de recuperación, reconversión o eliminación de las causas del daño colectivo”. Este pronunciamiento se encuentra en armonía con la doctrina sustentada por Basso y Monjo, que mantienen la idea de la subjetividad colectiva, y de ahí la espiritualidad colectiva. Al respecto, sostienen que “es innegable que los grupos y asociaciones adquieren una dinámica, una subjetividad que excede a sus miembros”. Por ende,

48. CACC de Azul, Sala A, “Municipalidad de Tandil c. Transportes Automotores La Estrella SA y otro”, 22/10/1996. Podría citarse también el fallo del JNC N° 62, “Partido Obrero c. Feinman Eduardo Guillermo y otro s/ daños y perjuicios”, 28/11/2013. En este último fallo, un juzgado nacional reconoció a un partido político el agravio moral sufrido por la difusión de noticias sobre la supuesta comisión de delitos por parte de integrantes del partido.

expresan, sería incoherente que el Derecho les otorgue a las personas la posibilidad de llevar adelante una empresa común unificando sus esfuerzos en un solo centro de imputación de derechos y obligaciones patrimoniales y extrapatrimoniales a la vez que les niegue el derecho de reclamar reparaciones para las afecciones espirituales disvaliosas para el conjunto, más allá de los individuos.⁴⁹

III. LA PROYECCIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL

III.A. La responsabilidad internacional por daño moral en el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad Internacional

En 1949, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas decidió abocarse al estudio de la responsabilidad internacional. De este cometido surgió finalmente en 2001 un *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*⁵⁰ (en adelante, simplemente “el Proyecto”). Las circunstancias de su elaboración y aprobación determinaron que el Proyecto se haya encontrado con una rápida convicción extendida de parte de la comunidad internacional de que la generalidad de sus artículos, tanto aquellos que pretendían codificar costumbre preexistente como aquellos que pretendían ser de desarrollo progresivo, tienen fuerza jurídica por vía consuetudinaria.⁵¹ Varios artículos de este instrumento de *soft law* recibieron trato normativo de parte de la Corte Internacional

49. BASSO & MONJO, “El daño moral a las personas jurídicas”, pp. 623 y ss.

50. CDI, *Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*.

51. GONZÁLEZ NAPOLITANO, “Responsabilidad internacional del Estado por actos...”, p. 304. Varios artículos del Proyecto recibieron trato normativo de parte de la Corte Internacional de Justicia y de otros tribunales relevantes de la esfera internacional en numerosas ocasiones. Para nombrar algunos ejemplos, pueden citarse: CIJ, “Caso relativo al Proyecto Gabčíkovo–Nagymaros”, Hungría c. Eslovaquia, 21/09/1997, sentencia de fondo; CIJ, “Las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en Territorio Ocupado Palestino”, opinión consultiva del 13/06/2004; los siguientes casos de los tribunales arbitrales del CIADI: “Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredient Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, 2007, y “Bitwater Gauff Ltd. c. República Unida de Tanzania”, 2008; el caso M/V “Saiga”, 1997, del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

de Justicia y de otros tribunales relevantes de la esfera internacional en numerosas ocasiones.⁵²

El segundo párrafo del art. 31 del Proyecto dispone que “el perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado”. Los comentarios oficiales de la Comisión al Proyecto⁵³ especifican que “daño material” es todo agravio a la “propiedad u otros intereses del Estado y sus nacionales que sean mensurables en términos financieros”, mientras que el “daño moral” se conceptualiza de forma diferente si fue sufrido por el Estado, o sus nacionales. Así, el daño moral sufrido por los nacionales —individuos—, abarca aquellos rubros tales como “dolor y sufrimiento individual, pérdida de seres queridos u ofensa personal asociada con la intrusión en el hogar o la vida privada”. En cambio, el sufrido por un Estado consiste en una afronta no mensurable financieramente al Estado, como una violación a su soberanía o su integridad territorial.⁵⁴

Antes de adentrarnos en lo atinente a lo específico del daño moral, examinaremos las disposiciones generales sobre reparación de perjuicios plasmadas en el Proyecto. El Proyecto sienta el principio de la reparación plena —la *in integrum restitutio*—, que consiste en “borrar, tanto como sea posible, todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que habría existido de no haberse cometido el acto”.⁵⁵ La reparación puede adoptar tres formas o “remedios”: restitución, indemnización y satisfacción. De acuerdo con las circunstancias del caso, podrá emplearse un solo remedio o combinar varias formas. La restitución es, claramente, el modo preferible, puesto que importa el restablecimiento

52. Para nombrar algunos ejemplos, pueden citarse: CIJ, “Caso relativo al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros”, Hungría c. Eslovaquia, 21/09/1997, sentencia de fondo; CIJ, “Caso relativo a las Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay”, Argentina c. Uruguay, 20/04/2010, sentencia de fondo; CIJ, “Las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en Territorio Ocupado Palestino”, opinión consultiva, 13/06/2004; los siguientes casos de los tribunales arbitrales del CIADI: “Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredient Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, 2007; “Corn Products International, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, 2008 y “Bitwater Gauff Ltd. c. República Unida de Tanzania”, 2008; el caso M/V “Saiga”, 1997 del Tribunal Internacional del Derecho del Mar; el caso “Fiscal c. Tadić”, 1999 del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia, etcétera.

53. CDI, “Draft Articles on Responsibility of States...”, p. 92.

54. CRAWFORD, *State Responsibility*, p. 487.

55. CPJI, “Caso de la Fábrica de Chorzow”, Alemania c. Polonia, 13/09/1928, sentencia de fondo.

de las cosas al *statu quo ante*; se trata de la reparación en especie. Se la debe entender como la forma de reparación predilecta, pues logra el verdadero resarcimiento pleno ("*in integrum restitutio*"); y sólo podría apartarse de ella en dos casos: si su realización es materialmente imposible, o si es desproporcionadamente onerosa con relación al beneficio que se derivaría de recurrir a ella en lugar de a otros medios. Ello, sin perjuicio de que el Estado perjudicado normalmente tendrá el derecho de elegir la forma de reparación que prefiera.⁵⁶

La indemnización está destinada a compensar daños susceptibles de evaluación financiera (art. 36, 2º párr.) que no pueden ser reparados por la restitución. El art. 36, 2º párrafo del Proyecto dispone que este remedio operará solo para los casos en que el daño sea susceptible de evaluación financiera. Los comentarios oficiales⁵⁷ especifican que es financieramente evaluable tanto el daño sufrido por el propio Estado en su propiedad, o su personal, o con respecto a los gastos que haya tenido que devengar debido al ilícito, como el daño sufrido por sus nacionales, tanto individuos como personas jurídicas, en cuyo nombre el Estado ejerce la protección diplomática. Queda excluido de este remedio el daño moral al Estado, pero sí queda incluido el daño moral a los individuos nacionales de ese Estado, que el Proyecto considera susceptible de tasación. Los comentarios al Proyecto sostienen con firmeza que el daño moral a individuos es evaluable financieramente, y que en la práctica ha sido objeto de reparación mediante indemnizaciones pecuniarias al Estado que ejerció la protección diplomática de sus nacionales.⁵⁸ De esta manera, en los términos del Proyecto, "daño moral" no es sinónimo de daño no susceptible de evaluación financiera, puesto que de este último concepto queda excluido una especie de daño moral: el sufrido por individuos, que son tratados como asimilables a propiedad del Estado.⁵⁹

56. CRAWFORD, *State Responsibility*, p. 508.

57. CDI, "Draft Articles on Responsibility of States...", p. 99.

58. CDI, "Draft Articles on Responsibility of States...", pp. 101-102.

59. Esto debe ser destacado como una deficiencia del Proyecto. Si bien históricamente el daño moral a nacionales fue reparado por indemnizaciones pecuniarias a los Estados que ejercieron la protección diplomática, los autores del Proyecto debieron haber previsto la posibilidad de que el Estado infractor tenga el deber de reparar *in specie* las ofensas morales sufridas por los individuos extranjeros. El principio del resarcimiento pleno se hubiese visto exaltado de disponerse esa directiva.

Un caso de gran relevancia histórica que puede ilustrar esta distinción es aquel del hundimiento del crucero transatlántico británico RMS Lusitania —que transportaba un número considerable de pasajeros estadounidenses— por un submarino alemán en plena Primera Guerra Mundial. El gobierno de los Estados Unidos le exigió a Alemania el pago de una indemnización a favor de las víctimas norteamericanas a bordo, una disculpa pública, y la promesa de que el incidente no se repetiría. El reclamo combinaba así una indemnización pecuniaria y dos formas de satisfacción a favor del Estado. Sin embargo, Alemania desoyó el reclamo, y en 1923 una Comisión de Reclamos Mixtos estadounidense-alemana ordenó el pago de indemnizaciones pecuniarias a los Estados Unidos, para que este la distribuyera entre las víctimas. El importante laudo⁶⁰ consideraba el daño moral sufrido por los nacionales como rubro indemnizatorio, y de esta manera representa un hito en sede internacional. En su informe, el árbitro Parker, a cuyo voto se adhirieron sus dos colegas, declaró:

“Es una regla general de tanto el derecho civil como el *common law* que toda invasión de un derecho privado importa una lesión y que para cada lesión el derecho otorga un remedio. En términos generales, ese remedio debe ser proporcional al daño recibido [...] y es mensurado por estándares pecuniarios porque, dice Grocio, ‘el dinero es la medida común de las cosas valiosas’”.

Para medir este daño, Parker tuvo en cuenta no sólo el perjuicio patrimonial sufrido por los herederos, sino que alegó que estos tienen derecho a una “compensación razonable” por el “sufrimiento mental” provocado por la “violenta incisión de los lazos familiares”. Si bien reconoció que es “manifiestamente imposible computar matemáticamente o con cualquier grado de precisión o mediante el uso de alguna forma precisa” los daños fruto del “sufrimiento mental”, ello no conlleva ninguna razón que amerite que el responsable escape del deber de reparar su acto o que quien ha sufrido no deba recibir reparaciones medidas por reglas de precisión tan aproximada como el ingenio humano pueda desarrollar. Sostiene que “negar tal reparación sería negar el principio fundamental de que existe un remedio para la invasión directa de todo derecho”. De

60. CPA, “Opinión sobre los Casos del Lusitania”, Estados Unidos c. Alemania, 01/11/1923, laudo sobre el fondo.

esta manera, el laudo ordenó la inclusión del "sufrimiento mental" como rubro indemnizatorio, junto con otras pérdidas pecuniarias derivadas del fallecimiento de cada víctima para los familiares del difunto.

Así, puede observarse que la comisión arbitral empleó el criterio que sería seguido por la CDI en su Proyecto, de que el daño moral sufrido por individuos es evaluable en términos financieros y debe ser atendido por una indemnización pecuniaria al Estado de la nacionalidad de las víctimas; por lo tanto, no puede ser considerado como daño moral causado al Estado, y no es susceptible de satisfacción. No obstante, no debe soslayarse el valor de este precedente que tuvo en cuenta el daño moral de los individuos como rubro indemnizatorio. Este razonamiento fue algo especialmente valioso considerando que, en otro caso de hundimiento de un buque, la Corte Internacional de Justicia, en un fallo dictado décadas más tarde,⁶¹ sólo reconoció como rubros indemnizatorios los costos pecuniarios en que se incurrió a raíz de las muertes, abarcando gastos médicos, pensiones y otras erogaciones administrativas.

El art. 37 del Proyecto analiza en detalle la satisfacción. Como se aclaró previamente, este es un modo de reparación subsidiario, sujeto a la indisponibilidad de la restitución, pero también reservado a los daños no susceptibles de ser evaluados financieramente, que los comentarios al Proyecto describen como afrontas al Estado de carácter simbólico.⁶² El Proyecto no describe en qué consiste la satisfacción, sino que se limita a proveer ejemplos de sus posibles formas ("puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada") y a circunscribir su modo de aplicación ("no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable"). Respecto de los ejemplos de satisfacción, la enumeración transcrita no debe ser tenida por taxativa ni sujeta a jerarquía alguna, sino que en cada caso debe estarse por la más apropiada dadas las circunstancias. Muchas veces, una disculpa formal bastará para recomponer las relaciones entre dos Estados.

Los comentarios al Proyecto expresan que los pedidos u ofrecimientos de disculpas son frecuentes en la práctica diplomática, y "la oferta de

61. CIJ, "Caso del Canal de Corfú", Reino Unido c. Albania, 15/12/1949, sentencia sobre la valuación de la indemnización debida al Reino Unido.

62. CDI, "Draft Articles on Responsibility of States...", p. 106.

una disculpa temporánea, cuando las circunstancias lo justifican, puede hacer mucho para resolver una disputa".⁶³ El comentario oficial al Proyecto agrega algunos otros ejemplos: la investigación de los hechos, la formación de un fondo fiduciario destinado a compensar a las víctimas individuales del hecho, la sanción penal o disciplinaria de los individuos responsables, o la concesión de prestaciones monetarias simbólicas.⁶⁴ Agrega también el otorgamiento de garantías de no repetición como una eventual forma de satisfacción, y la forma más habitual de satisfacción empleada por los tribunales internacionales: la mera declaración de ilicitud de la actuación del Estado responsable. Una sentencia declaratoria puede ser, en muchos casos, satisfacción suficiente. Los comentarios al Proyecto de la CDI expresan que esta forma de satisfacción tiene la ventaja de ser autocontenida y no requerir procedimientos de ejecución, y nunca podría considerarse humillante para el Estado responsable ni desproporcionada respecto de la violación.⁶⁵

Por otro lado, explican que la declaración judicial no fue incluida en el Proyecto como ejemplo de forma de satisfacción porque este fue pensado como una guía para las relaciones entre Estados y no para la adjudicación de responsabilidades por terceras partes. Debe tenerse en consideración, además, que no necesariamente estas declaraciones de ilicitud deben tenerse como satisfacción, puesto que pueden ser tomadas como hallazgos preliminares a los fines del dictado de la sentencia, dado que cualquier tribunal que tenga jurisdicción sobre un caso tiene la potestad de declarar la responsabilidad de cualquiera de las partes.

III.B. El reconocimiento del daño moral estatal en arreglos extra jurisdiccionales

En el presente apartado se analizarán distintos casos que servirán de ejemplos de cómo los Estados han manejado en la práctica la comisión de hechos que derivaron en daño moral estatal. La enumeración no pretende ser profundamente exhaustiva, ni mucho menos una enunciación completa

63. CDI, "Draft Articles on Responsibility of States...", p. 107.

64. La concesión de una prestación monetaria se trata de una forma de satisfacción, y no de indemnización, cuando no responde a un cómputo mecánico del daño sufrido, sino a una representación global y simbólica de daños no cuantificables.

65. CDI, "Draft Articles on Responsibility of States...", p. 107.

de todas aquellas controversias de la historia reciente de las relaciones internacionales en que se haya reconocido —de manera tácita o expresa— la generación de daño moral a un Estado a partir de un hecho internacionalmente ilícito. Más bien se intentará mostrar una serie de ejemplos destacados, dado que muchos otros pueden encontrarse en la literatura de la materia y debido a que, en general, las fórmulas de solución se repiten. Lo importante a extraer es que la noción de que los Estados sufren daño moral no es meramente una teoría esbozada en los escritorios de los académicos, sino que es vivenciada en la práctica de la litigación ante las jurisdicciones internacionales y del arreglo extrajurisdiccional amistoso de controversias.

Un caso de gran trascendencia histórica ocurrió en 2004 cuando Alemania se disculpó públicamente por la matanza perpetrada contra la etnia herero entre 1904 y 1907 en la actual Namibia, por entonces una colonia del Imperio Alemán. Este suceso había marcado la historia de aquel pequeño país, que vio diezmada su población nativa bajo modalidades opresivas que servirían de anticipo para los horrores del Holocausto tres décadas más tarde. La ministra de Desarrollo alemana admitió en 2004 que las brutalidades llevadas a cabo en ese entonces serían hoy en día calificadas como "genocidio".⁶⁶ Las autoridades del Estado africano recibieron con beneplácito la disculpa oficial del Estado alemán, así como el reconocimiento del carácter genocida del exterminio, expresando que era lo que habían estado esperando por un muy largo tiempo.⁶⁷ Un ejemplo de un incidente de menor entidad que pudo resolverse a partir de negociaciones bilaterales fue el del hundimiento del buque de patrulla bahamés HMBS Flamingo, por un avión de guerra cubano en un confuso episodio en 1980. El pueblo de la Mancomunidad de las Bahamas, no acostumbrado a esta clase de tragedias, sufrió una gran convulsión por el suceso, y aún hoy lo recuerda con dolor. El gobierno bahamés reclamó una disculpa categórica e incondicional, compensación por los daños producidos, y garantía de que la soberanía bahamesa sería respetada en el futuro. Para evitar que la crisis diplomática pase a mayores, Cuba terminó admitiendo completa responsabilidad por lo acontecido, expresando que el suceso se debió a una "lamentable

66. Este proceso de recomposición histórica podría ser eventualmente tomado como modelo para la reparación de otras injurias morales provocadas por genocidios no reconocidos, como el genocidio armenio, que Turquía aún se niega a reconocer pese a la abultada presión internacional, incrementado, con su reticencia, el agravio moral infligido al Estado armenio.

67. The Guardian, "German minister says sorry for genocide...", 16/08/2004.

confusión” y abonando una indemnización destinada a las familias de los fallecidos, a la vez que explicó que no buscó violar la soberanía bahamesa ni lo volvería a hacer en el futuro. La satisfacción lograda por la disculpa y la promesa cubana fueron consideradas por el gobierno de las Bahamas como una “honorable solución” al conflicto.⁶⁸

Otro caso resuelto por disculpas públicas luego de negociaciones bilaterales fue el del secuestro del exteniente coronel alemán Adolf Eichmann, alto oficial nazi que se encontraba refugiado en la Argentina, cuando fue apresado por un grupo comando israelí que lo trasladó a Israel para su juzgamiento en 1960.⁶⁹ El gobierno argentino consideró esta intromisión como una grave violación a su soberanía y, luego de no llegar a un arreglo directo con el gobierno israelí, llevó la controversia al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que ese mismo año emitió una resolución⁷⁰ considerando que las acciones del gobierno israelí en efecto constituían una violación de la soberanía argentina, y requirió que este le practique a la Argentina las reparaciones apropiadas de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y la costumbre internacional. Finalmente, los gobiernos de ambos Estados emitieron un comunicado conjunto en que se dejaba constancia sobre la violación de la soberanía argentina, e Israel expresaba sus disculpas públicas al respecto. También allí se anunció que la situación de tensión entre ambos Estados, que tradicionalmente habían disfrutado de una relación bilateral de amistad, había llegado a su fin.⁷¹

68. “The Flamingo Incident”. Existen varios otros casos en donde una disculpa sirvió para resolver tensiones diplomáticas de menor envergadura. Por ejemplo, puede citarse el incidente de 2002 que involucró al entonces presidente del Uruguay Jorge Batlle. En una conferencia de prensa en que creyó que no estaba siendo grabado, pronunció frases desafortunadas que ofendieron enormemente al pueblo argentino (“los argentinos son una manga de ladrones, del primero al último”) e hirieron gravemente las relaciones bilaterales. Después de diálogos diplomáticos entre ambos Estados, y arreglos directos entre el jefe de Estado uruguayo y el entonces presidente argentino, Eduardo Duhalde, Batlle se presentó en la residencia presidencial argentina, desde donde emitió un pedido formal de disculpas y prometió que el incidente no se repetiría. Las disculpas públicas fueron aceptadas por su par argentino, recomponiendo la relación bilateral. Este es un claro caso donde un presidente, en su investidura representativa del Estado, hirió emocionalmente a otro Estado, produciendo el mentado daño moral que luego fue reparado mediante un medio paradigmático de satisfacción: las disculpas públicas. “Los argentinos son una manga de ladrones, del primero al último”; OBARRIO, “Duhalde aceptó las disculpas de Batlle”.

69. BARBOZA, *Derecho Internacional Público*, p. 197.

70. CSNU, Resolución 138 del 23/6/1960.

71. The Israel State Archives, “The Eichmann Trial: Fifty Years After...”, 19/04/2013.

Un caso que reservo para el final por sus particularidades es el de la conclusión del acuerdo de reparaciones entre Israel y Alemania Occidental en 1952, luego de los horrores del Holocausto. Curiosamente, este tratado tuvo por objeto el pago de reparaciones por eventos transcurridos cuando la República Federal de Alemania no existía en su forma jurídica actual — aunque podía considerarse sucesora del Reich Alemán extinguido luego de la partición del territorio—, y el Estado de Israel no existía en absoluto.⁷² Si bien el convenio no tenía por objeto lograr reparaciones morales por el Holocausto, sí buscaba una reparación material. Empero, el reclamo monetario no respondía al daño material efectivamente sufrido por las víctimas, sino a una cifra mucho menor: el costo de absorción por parte de Israel de todos los judíos que habían emigrado allí luego de concluida la persecución en Europa y fundado el Estado.⁷³ El dinero ingresante fue utilizado para la inversión en infraestructura y permitió el crecimiento económico del país, que en ese momento se encontraba hundido en una profunda crisis luego de la Guerra Árabe-Israelí. Aunque el dinero recibido fue imputado a daños materiales, lo cierto es que en la realidad operaba como una prestación económica de un simbólico carácter moral. El tratado combinaba esta compensación pecuniaria con una expresa asunción de responsabilidad por parte de Alemania de los crímenes del régimen nazi contra la comunidad judía, permitiendo así el comienzo de un lento proceso de acercamiento entre los dos Estados, en una época en que Israel aún se mantenía distante y desconfiado respecto de Alemania. Este ejemplo permite vislumbrar el valor que tuvo un reconocimiento de responsabilidad sumado a una prestación simbólica para comenzar a sanar la profunda llaga emocional del pueblo israelí.

III.C. El reconocimiento del daño moral estatal en litigios internacionales

En 1913, la Corte Permanente de Arbitraje, en el caso del “Carthage”⁷⁴ sostuvo célebremente que el reconocimiento de un incumplimiento en un laudo es, en sí mismo, una sanción. Así, inauguró la idea de que una declaración jurisdiccional de ilicitud puede ser reparación suficiente ante una violación.

72. HONIG, *The Reparations Agreement between Israel and...*, pp. 564-578.

73. Jewish Virtual Library, “Holocaust Restitution: German Reparations”.

74. CPA, “Caso del Carthage”, laudo sobre el fondo.

Utilizando dicho argumento, rechazó el reclamo de Francia de una compensación monetaria por la violación al Derecho Internacional por parte de Italia cuando detuvo ilícitamente un buque francés. Además, Francia había reclamado la concesión simbólica de una indemnización de un franco por la afrenta a la bandera francesa, que la Corte, consideró impertinente. Este razonamiento fue luego empleado por la Corte Internacional de Justicia en el ya citado caso del Canal de Corfú.⁷⁵ La Corte Internacional de Justicia entendió que el barrido de minas no autorizado practicado por la Armada Real Británica en aguas territoriales de Albania constituía una violación de la soberanía de este último Estado y, por lo tanto, expuso al Reino Unido a responsabilidad internacional. Sin hacer mención expresa del daño moral sufrido por Albania —aunque no hubo daño material alguno—, la Corte sostuvo que la declaración de ilicitud del accionar del Reino Unido “constituye, en sí misma, satisfacción apropiada”.

Otro caso que puede citarse para entender más acabadamente el empleo de la declaración judicial como remedio por la Corte Internacional de Justicia fue aquel desencadenado por el genocidio ocurrido en Srebrenica entre 1992 y 1995, en que el tribunal terminó resolviendo que Serbia y Montenegro había violado la obligación de prevenir el genocidio.⁷⁶ No obstante, entendió que no estaba acreditado un nexo causal que vinculaba el daño provocado por el genocidio con el incumplimiento de parte del demandado de su obligación de adoptar los medios disponibles para impedirlo. Por lo tanto, consideró que no cabía indemnización alguna, y la sentencia declaratoria de la violación debía bastar como satisfacción suficiente. Bosnia-Herzegovina también había solicitado a la Corte una compensación pecuniaria simbólica a modo de satisfacción por el incumplimiento adicional del demandado cuando omitió acatar la medida provisional que la propia CIJ había ordenado, en 1993, con el objeto de que Serbia y Montenegro efectivizara su obligación de prevenir el genocidio que, en ese momento, se encontraba en curso. Ante este pedido, la Corte prefirió entender que, por análogo fundamento a su decisión anterior, debía bastar la declaración judicial como satisfacción. En mi opinión, la naturaleza y entidad de las violaciones de parte de Serbia y Montenegro justificaban la concesión por parte de la Corte de —cuanto menos— una

75. CIJ, “Caso sobre el Canal de Corfú”, sentencia de fondo.

76. CIJ, “Caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”, sentencia de fondo.

compensación pecuniaria simbólica. Incluso aunque el demandado no hubiese sido el responsable directo del genocidio, la ofensa moral sufrida por el pueblo bosnio cuando Serbia y Montenegro decidió discrecionalmente no emplear los medios que tenía a su alcance para detener las atrocidades que se cometían bajo sus narices cuando su Estado vecino padecía una limpieza étnica, merece una reparación moral mucho más acabada que una mera declaración judicial.

Más adelante, en el litigio entre la Argentina y el Uruguay a partir de la construcción de plantas de celulosa en la margen del río Uruguay, la CIJ volvió a emplear esta solución, que muy poca incidencia tiene a los efectos de lograr una verdadera reparación al daño moral infligido. En 2010, la Corte falló que Uruguay había incurrido en responsabilidad internacional al violar las obligaciones que emanaban del tratado en cuanto al procedimiento a seguir previamente a iniciar las obras para la construcción de las plantas de celulosa.⁷⁷ El caso tuvo una gran repercusión pública en ambos países y generó un deterioro profundo en sus relaciones bilaterales. Si bien surgía a todas luces que el hecho ilícito llevado adelante por Uruguay provocó un daño moral a la República Argentina, la Corte consideró que, debido a que se trataba de una violación meramente procedimental, la declaración de la ilicitud en su pronunciamiento era satisfacción suficiente para este último Estado. Esta solución es altamente cuestionable, toda vez que la Corte no debió poner el foco en la naturaleza sustantiva o adjetiva de la obligación violada a los fines de determinar el modo de reparación pertinente, sino en el daño efectivamente producido a raíz de la violación.

Fuera del ámbito de los tribunales judiciales, una comisión arbitral de reclamos en 1935 tuvo la perspicacia de encontrar otros medios de satisfacción moral que fuesen más efectivos. Los comisionados, en su laudo,⁷⁸ entendieron que los Estados Unidos habían violado el Derecho Internacional al hundir el buque canadiense *SS I'm Alone* y lo condenó a reconocer su violación y disculparse formalmente por el hecho frente al gobierno de Canadá, además de exigirle el pago de una suma pecuniaria por el daño provocado. Este histórico laudo es un importante precedente de la utilización simultánea de tres formas distintas de satisfacción: el reconocimiento, las disculpas y la compensación pecuniaria simbólica.

77. CIJ, "Caso sobre las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay", sentencia de fondo.

78. Comisión Mixta Ad-Hoc, "Caso del *SS I'm Alone*", laudo sobre el fondo.

Por otra parte, el compromiso de no repetir una conducta ilícita puede resultar, en algunos casos, y suponiendo seriedad y buena fe, una satisfacción apropiada. Una controversia reciente que involucró esta modalidad fue aquella suscitada entre los Estados Unidos y Alemania luego de que dos nacionales alemanes fueran condenados a muerte por la justicia estadounidense en 1999, sin que se les hubiera informado del derecho de asistencia consular investido en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Luego de que las ejecuciones se practicasen, pese al esfuerzo diplomático alemán, y al dictado de una medida provisional de parte de la Corte Internacional de Justicia, el gobierno norteamericano emitió un pedido público de disculpas por lo acontecido, a la vez que se comprometió a no repetir la violación en el futuro. Alemania manifestó que las disculpas y el compromiso no eran suficientes, y debían proveerse garantías más sólidas de no repetición. En un fallo de 2001 sobre la cuestión de fondo,⁷⁹ la Corte declaró que los Estados Unidos habían violado el Derecho Internacional, pero entendió que el compromiso asumido por el gobierno estadounidense, unido a las disculpas ofrecidas, y a la luz del principio de la buena fe, eran suficiente garantía de no repetición como para satisfacer a Alemania.

Como una experiencia piloto modelo a seguir por los tribunales internacionales, debe destacarse finalmente el laudo dictado en el caso del *Rainbow Warrior*: una disputa entre Francia y Nueva Zelanda ocasionada cuando los servicios de inteligencia franceses plantaron bombas que hundieron al *Rainbow Warrior*, un buque perteneciente a la ONG ambientalista Greenpeace, mientras se encontraba amarrado en un puerto neozelandés. La nave se hallaba allí para impedir el desarrollo de los ensayos nucleares que el gobierno francés estaba llevando adelante en la Polinesia Francesa. Las autoridades neozelandesas lograron capturar y juzgar a dos de los agentes franceses involucrados en el hecho. Luego de una gestión de buenos oficios a cargo del Secretario General de la ONU, las partes llegaron a un acuerdo consistente en que Francia, además de reconocer públicamente el hecho y la violación en que incurrió, y disculparse por ello, abonara a Nueva Zelanda una suma pecuniaria simbólica por el daño sufrido, y esta última entregara a los agentes franceses condenados para que cumplan una pena no inferior a tres años en una prisión francesa.

79. CIJ, "Caso LaGrand", sentencia de fondo.

Cuando Francia liberó a sus agentes anticipadamente, surgió una nueva disputa, que fue sometida nuevamente a arbitraje, esta vez ante un tribunal colegiado presidido por el Secretario General de la ONU. Antes del laudo, las partes acordaron que las:

"[...] acciones ilícitas contra intereses no materiales, como actos afectando el honor, la dignidad o el prestigio de un Estado, hacen al Estado víctima acreedor de una reparación adecuada, incluso si esos actos no han resultado en pérdida pecuniaria o material para el Estado actor".

El tribunal entendió que el incumplimiento francés provocó:

"[...] indignación y enfurecimiento público en Nueva Zelanda y causó un nuevo, adicional daño no material [...] de una naturaleza moral, política y jurídica, resultado de la ofensa a la dignidad y el prestigio no solo [...] de Nueva Zelanda como tal, pero también de sus más altas autoridades judiciales y ejecutivas".⁸⁰

Con respecto a la reparación pertinente, el tribunal consideró que la declaración de responsabilidad recaída sobre la República Francesa, hecha pública por la decisión de los árbitros, era satisfacción apropiada a los fines de reparación del daño moral provocado a Nueva Zelanda.

Por otra parte, en un *obiter dictum*, los árbitros aclararon que la concesión de una indemnización pecuniaria puede servir como forma simbólica de satisfacción a los fines de la reparación de daños inmateriales, aunque no era necesaria en el caso. A su vez, destacaron que "hay una arraigada práctica de los Estados y las cortes y tribunales internacionales de usar la satisfacción como remedio o forma de reparación" en casos de "daño moral o legal causado directamente al Estado, especialmente en oposición al caso del daño a personas involucradas en responsabilidad internacionales". La nota innovadora del laudo proviene de una curiosa cláusula añadida para asistir a las partes "a ponerle un fin al presente triste asunto". Les encomendó a las partes del litigio constituir un fondo monetario para la promoción de relaciones de amistad entre los pueblos de ambas naciones,

80. Tribunal Arbitral Ad-Hoc, "Caso sobre la interpretación y aplicación...", laudo sobre el fondo.

y le encargó a Francia hacer una contribución inicial de 2 millones de dólares a ese fondo. Aquella peculiar adición al fondo no sólo contribuye a la satisfacción debida a Nueva Zelanda, sino que impulsa decididamente la recomposición de la relación bilateral. Esta interesante e innovadora solución es un precedente importante a los fines de pensar nuevas maneras de resolver de forma real y efectiva lesiones morales sufridas por Estados.

Como acotación final, debe citarse el trabajo de Parish y otros/as,⁸¹ que luego de hacer un *racconto* de casos en que tribunales arbitrales constituidos en el ámbito del CIADI han concedido reparaciones monetarias a inversores por daño moral infligido por Estados,⁸² sostiene que los tribunales del CIADI no han, hasta el momento, concedido indemnizaciones monetarias por daño moral a Estados. No obstante, los tribunales han barajado la posibilidad en diversas ocasiones. En el caso “Europe Cement”⁸³, Turquía había requerido al tribunal que se le indemnizara el daño moral sufrido por el perjuicio a su reputación derivado de la demanda presentada por el inversor que, según el gobierno turco, había sido maliciosa y sustentada en evidencia fraudulenta. Si bien el tribunal no acató el pedido turco por la reparación pecuniaria, sí tuvo en cuenta, en cierta forma, el daño moral sufrido por Turquía al destacar que cualquier daño potencial a la reputación turca sería remediado por las conclusiones del laudo. En el proceso paralelo “Cementawnia”⁸⁴, Turquía invocó similares argumentos, y el tribunal sostuvo que efectivamente la demanda presentada era “fraudulenta y presentada en mala fe”. No obstante, si bien los árbitros destacaron que nada en los estatutos del CIADI les impedía conceder prestaciones monetarias por daño moral, el abuso procesal del inversor no ameritaba una condena pecuniaria, y que el perjuicio moral de Turquía sería suplido por la declaración en el laudo. Los autores del artículo sostienen que el detrimento a la reputación de un Estado a raíz de la presentación de una demanda maliciosa tiene un efecto altamente perjudicial para el demandado, y que los tribunales del CIADI deberían comenzar a aplicar la herramienta de la condena pecuniaria por daño moral, que ya reconocen como disponible en su arsenal de medidas resarcitorias.

81. PARISH, NEWLSON & ROSENBERG, “Awarding Moral Damages to Respondent States...”.

82. Los casos desarrollados son los siguientes: CIADI, “Benvenuti & Bonfant c. República Popular del Congo”; y CIADI, “Desert Line Projects LLC c. República de Yemen”.

83. CIADI, “Europe Cement Inv. & Trade S.A. c. República de Turquía”.

84. CIADI, “Cementownia ‘Nowa Huta’ S.A. c. República de Turquía”.

III.D. La fuente de la obligación de reparar el daño moral

Debido a que este capítulo plantea al deber de reparar el daño moral ocasionado a Estados como una obligación de Derecho Internacional, resulta pertinente una breve referencia a cuál es la fuente de derecho en que esta obligación se fundamenta.

En primer lugar, debe señalarse que en el acápite II.B, se expuso sucintamente el desarrollo histórico de la noción de daño moral. Este instituto tuvo su génesis en el Derecho Romano, como derivado del fundamental axioma *alterum non laedere* (“no dañar a nadie”), que fue jerarquizado como uno de los tres *iuris præcepta* (“preceptos del derecho”) en las *Institutas del Corpus Iuris Civilis*.⁸⁵ Desde entonces, el daño moral recorrió la historia hasta llegar a nuestros días como un instituto de aceptación generalizada en los ordenamientos jurídicos del mundo. Ya en 1923, el árbitro Parker en el ya citado caso del RMS Lusitania,⁸⁶ consideró que “es una regla general de tanto el derecho civil como el *common law* que toda invasión de un derecho privado importa una lesión y que para cada lesión el derecho otorga un remedio”, y que “negar tal reparación sería negar el principio fundamental de que existe un remedio para la invasión directa de todo derecho”. Hoy en día, la generalidad de los países del mundo recoge al instituto del daño moral en su legislación civil, tanto en lo atinente a personas humanas como jurídicas.

Para seguir ilustrando esta tendencia, no puede dejar de mencionarse el caso “Diallo”⁸⁷ de la Corte Internacional de Justicia. En la sentencia dictada en este caso, la Corte emitió un *obiter dictum* en que consideró que el daño moral o “no-pecuniario” cubre todo menoscabo distinto del material que pueda ser sufrido por una “entidad o individuo”. El hecho de que la Corte Internacional de Justicia haya considerado que entidades privadas no humanas son susceptibles de sufrir daño moral a los fines del ejercicio de la protección diplomática, hace que este fallo sea digno de nota. Así también lo ha decidido un tribunal arbitral del CIADI, cuando en el ya mencionado caso “Desert Line”⁸⁸ decidió que “es generalmente reconocido que una persona jurídica (en oposición a una persona natural)” puede sufrir daño

85. JUSTINIANO, *Instituciones de Justiniano: edición bilingüe*, p. 23.

86. CPA, “Opinión sobre los Casos del Lusitania”, laudo sobre el fondo.

87. CIJ, “Caso de Ahmadou Sadio Diallo”, sentencia de fondo.

88. CIADI, “Desert Line Projects LLC c. República de Yemen”.

moral. En el caso, el tribunal reconoció que el gobierno de Yemen era responsable frente a la compañía por la coerción física que había ejercido sobre los ejecutivos de la empresa.

Asimismo, la arraigada noción del daño moral, como objeto de estudio y desarrollo del Derecho Privado doméstico, es perfectamente extrapolable al plano del Derecho Internacional, en lo respectivo a los perjuicios de este género que sufren los sujetos paradigmáticos de este último ordenamiento jurídico: los Estados. Por todo lo expuesto, no cabe duda de que la obligación de reparar el daño moral a Estados es una norma no escrita de un amplio alcance, reconocida en las legislaciones internas de los Estados y extrapolable al nivel internacional,⁸⁹ por lo que cabe concluir que configura un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas en los términos del art. 38, párr. 1, inc. c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Como tal, su prominencia en los ordenamientos internos le permite trascender al plano normativo internacional para regir las relaciones entre los Estados.

Por otra parte, este principio general de derecho, como muchos otros, ha devenido también en una norma consuetudinaria internacional. Los casos expuestos en el acápite III.B proveen harta evidencia de la existencia de una práctica por la cual los Estados actuaron con una convicción generalizada de que la obligación de reparar el daño moral que provocaron es una norma de Derecho Internacional General. A su vez, en el apartado III.C se mostró que los tribunales internacionales reconocieron a través de un sólido y consistente cuerpo jurisprudencial que, en efecto, existía una norma consuetudinaria en tal sentido. En varios casos, los Estados llegaron a arreglos amistosos en los cuales reconocían el daño moral provocado y procuraban repararlo, mientras que en los casos en que la controversia fue llevada a una instancia jurisdiccional, las diferencias no versaban sobre la existencia de la norma, sino por desacuerdos sobre los hechos efectivamente acontecidos. Asimismo, invariablemente los tribunales han afirmado la existencia del deber de reparar los daños morales sufridos por Estados, reflejando en sus sentencias y laudos la arraigada norma consuetudinaria que recoge aquel elemental principio de derecho.

Por lo expuesto, cabe concluir que la norma en estudio fue un principio general de derecho que dio lugar a la formación de una norma consuetudinaria

89. PELLET, “Article 38”, p. 764.

general en el mismo sentido. Sin embargo, debido a que actualmente no existe un tratado que regule los alcances de la responsabilidad internacional del mismo modo que lo hace el Proyecto de la CDI —sin poder vinculante propio—, no puede decirse que tenga, por el momento, fuente convencional.

IV. APORTES DE LA TEORÍA DE LAS EMOCIONES

Los Estados, más allá de entes jurídicos abstractos, son realidades sociales complejas. El politólogo Sasley opina que existe un fenómeno por el cual las personas experimentan frecuentemente reacciones emocionales frente a ciertos eventos, no como individuos, sino como grupos. Por ejemplo, la reacción de indignación de parte de los estadounidenses cuando ocurrió el ataque a las Torres Gemelas en 2001 no se debió a que todos estos tuviesen algún involucramiento personal en la tragedia, sino que el atentado fue visto como un ataque a los Estados Unidos: al Estado y a todos sus integrantes.⁹⁰ El autor destaca que los académicos de la psicología social han desarrollado una teoría de emociones intergrupales, que postula que las emociones pueden ser acumuladas de individuos a grupos,⁹¹ de manera que aun cuando el individuo no haya vivenciado personalmente el evento desencadenante de las emociones, su identificación con el grupo produce una transferencia emocional y, por ende, una experiencia emocional compartida.⁹² Por supuesto, no debe pretenderse que todos los miembros de un grupo tengan una respuesta emocional uniforme frente a un evento; es claro que en todo grupo hay desacuerdos y diferencias, pero en términos generales los miembros del grupo tenderán a desarrollar una línea emocional conjunta.⁹³

Por otra parte, Sasley sostiene que el método de pensar a los Estados como grupos, o como entidades corporativas, permite entender cómo la acumulación de emociones individuales se convierte en un sentimiento grupal colectivo. El grupo y el individuo se retroalimentan: el individuo, como tal, siente la emoción, luego el grupo se vuelve parte del individuo en tanto este experimenta ese sentimiento no como sujeto indiviso, sino como integrante del grupo; y los miembros individuales del grupo convergen en

90. SASLEY, "Theorizing States' emotions", p. 452.

91. SASLEY, "Theorizing States' emotions", p. 453.

92. SASLEY, "Theorizing States' emotions", p. 460.

93. SASLEY, "Theorizing States' emotions", p. 466.

las mismas emociones, formando una única emoción colectiva.⁹⁴ Esto no significa que cualquier conjunto de individuos sea un grupo, ni que si estos comparten sus emociones necesariamente formen una emoción común. Debe presentarse una identidad social común que vincule a los miembros del grupo a través de una autocategorización de cada individuo como integrante de ese colectivo.⁹⁵ Sólo así, los individuos que se identifican con el grupo adoptarán como propias las percepciones del grupo, a la vez que el grupo se nutrirá con lo que las representaciones que los distintos miembros le aporten. Así, en tanto miembros del grupo, los integrantes pierden su individualidad y se autoperceben como piezas intercambiables de esa realidad superior que al mismo tiempo los une y los supera.⁹⁶

El psicólogo social israelí Bar-Tal hecha más luces sobre cómo funciona este mecanismo de formación de lo que denomina "emociones colectivas". El autor destaca la importancia del *contexto* que, según él, provee señales y pistas que son percibidas por los miembros de la sociedad y crean un ambiente psicológico que va a ser determinante de la emoción grupal. Los seres humanos pueden apreciar el contexto de diversas formas (como amenazante, pacífico, doloroso, etcétera) de acuerdo con las condiciones psicológicas imperantes en él, y dicha apreciación desencadenará una reacción emocional determinada en las personas.⁹⁷ En otras palabras, el contexto emocional evoca un determinado sentimiento entre los miembros de la sociedad. Cuando las personas son expuestas a un contexto por cierto período de tiempo, entran en sintonía con él y adoptan la emoción que profesa. Así, el contexto se generaliza, y se transmite con la ayuda de las vías sociales de comunicación y de los medios masivos, permitiendo que el proceso se vuelva automatizado a medida que se desarrolla. Es mediante este sistema que se difunde una determinada emoción entre los miembros de una sociedad, formando la mentada emoción colectiva.⁹⁸

Por supuesto, los Estados, en general y en toda su complejidad, encajan perfectamente en la categoría de grupos a los fines de las teorías esbozadas, y sus nacionales son individuos que habitualmente sienten suficiente identificación y solidaridad con el grupo como para que sus

94. SASLEY, "Theorizing States' emotions", p. 454.

95. SASLEY, "Theorizing States' emotions", p. 457.

96. SASLEY, "Theorizing States' emotions", p. 458.

97. BAR-TAL, "Collective Emotions in Conflict Situations: Societal...", p. 445.

98. BAR-TAL, "Collective Emotions in Conflict Situations: Societal...", p. 446.

emociones converjan en una única emoción: la emoción del Estado. Así, un Estado puede sentir felicidad cuando su equipo nacional gana un torneo, o tristeza cuando lo pierde, o puede sentir ansiedad si pasa por una crisis económica, o miedo si un vecino belicoso realiza ensayos militares en la frontera. De esta manera también sentirá sufrimiento, angustia, o dolor, cuando padece una ofensa que pudiese eventualmente calificarse como daño moral. Este daño moral puede producirse de diversas formas: con la muerte de connacionales, con el ultraje de la bandera nacional u otro símbolo patrio, con la violación del espacio aéreo territorial, con frases agraviantes, etcétera. Los casos analizados en los acápites anteriores son ejemplos históricos de este fenómeno que transcurre a diario y, a veces, es desatendido por ser erróneamente estimado como intrascendente.

El jurista Brebbia opina que los grupos humanos nucleados en personas jurídicas:

“[...] nacen de la circunstancia de poseer el ente colectivo una voluntad y conciencia propias, como así también, un patrimonio moral particular”.

Por su parte, Basso y Monjo sostienen que incluso partiendo:

“[...] de la definición del daño moral como el menoscabo producido a la subjetividad o espiritualidad en virtud de la lesión a un interés extrapatrimonial, también las personas jurídicas pueden sufrir un daño moral, atento la existencia de una espiritualidad o subjetividad colectiva”.⁹⁹

Al respecto, expresan que:

“[...] a esta altura del desarrollo de la humanidad en general, y de las ciencias jurídicas en particular, no es posible negar la existencia de una espiritualidad o subjetividad colectiva ni es posible retacear el resarcimiento en los casos en que dicha espiritualidad o subjetividad se ve menoscabada”.

99. BASSO & MONJO, “El daño moral a las personas jurídicas”.

No puede negarse la dimensión social de las personas, ya que el hombre-individuo no es ni puede ser la única realidad reconocida por el Derecho. La ciencia jurídica contemporánea necesita de herramientas que le permitan “regular las situaciones conflictivas ocasionadas y derivadas de los grupos, de las realidades colectivas”.

En esta línea, debe citarse también a los juristas Morello y Stiglitz, quienes desarrollaron la noción de “daño moral colectivo” partiendo de la idea de que “la noción de daño moral se halla vinculada con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión a los sentimientos personales, afectaciones legítimas o tranquilidad anímica, y tiene un matiz social”.¹⁰⁰ Los autores distinguen las lesiones respecto de “los bienes propios y exclusivos de los particulares, personales y diferenciados” de otras lesiones en que “el daño lo soportan más bien en su calidad de miembros de ese determinado conjunto social”, siendo que en el daño colectivo “asume la condición de cierto sólo con relación al grupo o categoría, mas no singularmente respecto a sus miembros, titulares de cada fracción del interés menoscabado”. La noción de “daño moral colectivo”, como concepto jurídico, encaja a la perfección con la teoría de las “emociones colectivas” esbozada por Bartal desde el ámbito de la psicología social.

V. REFLEXIONES FINALES

La afección emocional de un Estado, denominada daño moral, es un fenómeno real, existente, que la psicología social ha estudiado y acreditado, y, ante el cual, el Derecho no puede quedarse estático. Siglos atrás los juristas del Derecho Privado inventaron y desarrollaron la teoría del daño moral como una forma de alcanzar un resarcimiento pleno de los perjuicios sufridos por las personas, de manera que la reparación debida contemple no sólo las vejaciones patrimoniales, sino también los agravios emocionales. Hoy en día, el reconocimiento del daño moral resulta una faceta indispensable de cualquier sistema jurídico que busque un estándar mínimo de justicia, pero esta idea que se acepta con cómoda naturalidad cuando se trata de personas físicas, en cambio, resulta extraña cuando se habla de entidades corporativas, como los Estados.

100. MORELLO & STIGLITZ, “La categoría del daño moral colectivo...”, pp. 1642 y ss.

Si bien ha habido casos en que distintos tribunales han reconocido la existencia del daño moral, todavía queda mucho por avanzar. El tribunal arbitral del caso del *Rainbow Warrior* fue vanguardista y abrió un nuevo paradigma en materia de daño moral estatal, creando innovadoras medidas para no sólo resarcir los perjuicios extrapatrimoniales sufridos por Nueva Zelanda, sino también intentar recomponer las relaciones con fondos destinados a restaurar la relación entre el Estado víctima y el responsable. Por su parte, la CIJ ha sido muy reticente en la materia. Si bien reconoció supuestos de daño moral en varios casos, sólo ha empleado la declaración judicial como medio de reparación. En algunas situaciones esto puede ser suficiente, pero en otras, como el caso de la Convención sobre Genocidio, resulta injurioso excluir medios resarcitorios más efectivos ante agravios morales de tal escala.

Quizás sea hora de que la ciencia jurídica reconozca con firmeza y determinación aquello sobre lo que la psicología social viene teorizando hace años. Los agravios emocionales provocados a los Estados deben encontrar en el Derecho Internacional una respuesta que les otorgue el resarcimiento pleno que los jueces domésticos conceden a las personas físicas y jurídicas en los tribunales civiles. Se trata de una exigencia de la justicia, que demanda que el sufrimiento de la población de un Estado no sea ignorado por las jurisdicciones internacionales. Conceder reparaciones sólo a perjuicios patrimoniales importa considerar a los Estados como entes económicos unidimensionales, olvidando la realidad social viva que se esconde detrás de esa abstracción jurídica que consideramos como el sujeto originario del Derecho Internacional. Esta experiencia intersubjetiva subyacente es la verdadera esencia del Estado, y mantenerla incólume debe ser la tarea prioritaria del Derecho Internacional. No debe perderse de vista aquel antiguo adagio romano que nos recuerda lo que es obvio pero que a veces olvidamos entre tantas formas que tapan la sustancia: *hominum causa ius constitutum est* ("es para el ser humano que el Derecho ha sido concebido").

BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar José & LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, 4ª ed., Abeledo Perrot, 2009, Buenos Aires.

- Ámbito, “Los argentinos son una manga de ladrones, del primero al último”, 04/06/2002, URL www.ambito.com/noticia.asp?id=74820 consultado 20/07/2019.
- BAR-TAL, Daniel, “Collective Emotions in Conflict Situations: Societal Implications”, en *Journal of Social Issues*, Vol. 63, N° 2, 2007, Nueva Jersey, pp. 441-460.
- BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Zavallía, 2008, Buenos Aires.
- BASSO, Santiago M. & MONJO, Sebastián, “El daño moral a las personas jurídicas”, en *La Ley Córdoba*, 2010, Córdoba, pp. 623 y ss.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*, 8ª ed., Abeledo Perrot, 1998, Buenos Aires.
- BORDA, Guillermo J., “Persona jurídica y persona humana: el abuso de la personería”, en *La Persona Humana*, La Ley, 2001, Buenos Aires, pp. 350-369.
- BREBBIA, Roberto H., “La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral. La prueba del daño moral”, en *La Ley*, cita *online*: AR/DOC/14597/2001.
- , “Las personas jurídicas —y las sociedades comerciales en particular— como sujetos pasivos de agravio moral”, en *La Ley*, 1991-A, 51.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Azul, Sala A, “Municipalidad de Tandil c. Transportes Automotores La Estrella SA y otro”, 22/10/1996.
- Comisión de Derecho Internacional, ONU, *Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, adoptados por la CDI en su 53º período de sesiones y anexado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resol. 56/83, 12/12/2001.
- , “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries”, en *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 2001, Ginebra.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones, “Benvenuti & Bonfant c. República Popular del Congo”, Caso N° ARB/77/2, 15/08/1980.
- , “Cementownia ‘Nowa Huta’ S.A. c. República de Turquía”, Caso N° ARB (AF)/06/02, 17/09/2009.
- , “Desert Line Projects LLC c. República de Yemen”, Caso N° ARB/05/17, 06/02/2008.
- , “Europe Cement Inv. & Trade S.A. c. República de Turquía”, Caso

- N° ARB (AF)/07/02, 13/08/2009.
- CIFUENTES, Santos, "El daño moral y la persona jurídica", en Trigo Represas, Félix A. & Stiglitz, Rubén S. (dirs.), *Derecho de daños, Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, La Rocca, Buenos Aires, 1991, pp. 400-423.
- , Elementos de Derecho Civil: Parte General, Astrea, 2009, Buenos Aires.
- Comisión Mixta Ad-Hoc, "Caso del *SS I'm Alone*", "Canadá c. Estados Unidos", 30/06/1933, laudo sobre el fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Loayza Tamayo c. Perú", 17/09/1997, sentencia de fondo.
- Corte Internacional de Justicia, "Caso de Ahmadou Sadio Diallo", "República de Guinea c. República Democrática del Congo", 19/06/2012, sentencia de fondo.
- , "Caso del Canal de Corfú", "Reino Unido c. Albania", 15/12/1949, sentencia sobre la valuación de la indemnización debida al Reino Unido.
- , "Caso LaGrand", "Alemania c. Estados Unidos", 27/06/2001, sentencia de fondo.
- , "Caso sobre el Canal de Corfú", "Reino Unido c. Albania", 09/04/1949, sentencia de fondo.
- , "Caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio", "Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro", 26/02/2007, sentencia de fondo.
- , "Caso sobre las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay", "Argentina c. Uruguay", 20/04/2010, sentencia de fondo.
- Corte Permanente de Arbitraje, "Caso del Carthage", "Francia c. Italia", 06/05/1913, laudo sobre el fondo.
- , "Opinión sobre los Casos del Lusitania", "Estados Unidos c. Alemania", 01/11/1923, laudo sobre el fondo.
- Corte Permanente de Justicia Internacional, "Caso de la Fábrica de Chorzow", "Alemania c. Polonia", 13/09/1928, sentencia de fondo.
- CRAWFORD, James, *State Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- CROVI, Luis D., "El daño moral y las personas jurídicas", en *Revista de responsabilidad civil y seguros*, 2014-VIII, P. 1.
- DINTILHAC, Jean-Pierre (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, Ministère de la Justice, 2006, Paris.

- DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, 2ª ed., Abeledo Perrot, 2014, Buenos Aires.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Apuntes sobre el Daño a la Persona”, en BORDA, Guillermo A. (dir.), *La Persona Humana*, La Ley, 2001, Buenos Aires, pp. 312-345.
- GARCÍA MENDIETA, Carmen, “La obligación de reparar el daño moral a través del tiempo” en *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano* (1983), 1984, UNAM, México D.F.
- GARNER, Bryan A. (edit.), *Black’s Law Dictionary*, 9ª ed., West, 2009.
- GOBETTI, María E., “Daños y perjuicios en la legislación argentina” en *Ámbito Jurídico*, II, N° 7, 2001, Río Grande.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *La responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos humanos: sus particularidades frente al derecho internacional general*, SGN Editora, 2013, Buenos Aires.
- , “Responsabilidad internacional del Estado por actos ilícitos”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO, SILVINA S. (dir.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Erreius, 2015, Buenos Aires, pp. 296-318.
- HONIG, Frederick, “The Reparations Agreement between Israel and the Federal Republic of Germany”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 48, N° 4, 1954, Washington D.C., pp. 564-578.
- Jewish Virtual Library, “Holocaust Restitution: German Reparations”, URL <https://www.jewishvirtuallibrary.org/german-holocaust-reparations> consultado 20/07/2019.
- JUSTINIANO, César F., *Instituciones de Justiniano: edición bilingüe*, 2ª ed., Heliasta, 2005, Buenos Aires.
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 62, “Partido Obrero c. Feinman Eduardo Guillermo y otro s/ daños y perjuicios”, 28/11/2013.
- La Nación, “Duhalde aceptó las disculpas de Batlle”, OBARRIO, Mariano, 05/06/2002 URL <http://www.lanacion.com.ar/402675-duhalde-acepto-las-disculpas-de-batlle>, consultado 20/07/2019.
- LLAMBIÁS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*, 2ª ed., Ed. Perrot, 1973, Buenos Aires.
- MALAWER, Stuart S., “Moral Damages in Wrongful Death Cases in Foreign Law: A Research Note”, en *The International Lawyer*, Vol. 10, 1976, Chicago, pp. 545-550.
- MARTIN, Elizabeth A. (edit.), *A Dictionary of Law*, 5ª ed., Oxford Univer-

- sity Press, 2003, Oxford.
- MENEGHINI, Maxweel S. D., "Dano moral no tempo, no espaço e sua reparação no Brasil" en *Ámbito Jurídico*, XIII, N° 83, 2010, Río Grande.
- MORELLO, Augusto M. & STIGLITZ, Gabriel A., "La categoría del daño moral colectivo ocasionada globalmente a íntegros grupos humanos, exige la previsión de una apertura legitimatoria para el ejercicio de la pretensión resarcitoria, en favor de los cuerpos intermedios adecuadamente representativos de la comunidad interesada" en *Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, Revista Notarial*, N° 877, 1984, San Juan, pp. 1642 y ss.
- PARISH, Matthew T., Newlson, Annalike K. & Rosenberg, Charles B., "Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration", en *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 29, 2011, California, pp. 225-245.
- PELLET, Alain, "Article 38", en Zimmermann, Andreas, Oellers-Frahm, Karin, Tomuschat, Christian y otros/as, *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2ª ed., Oxford University Press, 2012, Londres, pp. 754-798.
- PÉREZ FUENTES, Gisela M., "Daño moral en las personas jurídicas: una reflexión en el derecho mexicano" en *Derecho Privado*, N° 12, UNAM, 2005, México D.F.
- PIERRE, Phillippe, "L'indemnisation du préjudice moral en Droit français", para *Fondation pour le Droit Continental*, 2014, París.
- PIZARRO, Ramón D., *Daño Moral*, Hammurabi, 1996, Buenos Aires.
- Royal Bahamas Defense Force, "The Flamingo Incident", 08/04/2017, URL <http://rbdf.gov.bs/the-flamingo-incident/> consultado 14/07/2019.
- SASLEY, Brent E., "Theorizing States' emotions", en *International Studies Review*, Vol. 13, Arlington, 2011, pp. 452-476.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, "Daño moral de las personas jurídicas en el derecho chileno", en *La Ley*, 2015-A, Buenos Aires, pp. 630 y ss.
- The Guardian, "German minister says sorry for genocide in Namibia", MELDRUM, Andrew, 16/08/2004, URL <http://www.theguardian.com/world/2004/aug/16/germany.andrewmeldrum> consultado 14/07/2019.
- The Israel State Archives, "The Eichmann Trial: Fifty Years After, A Behind The Scenes View Of The Arrest And Trial Of Adolf Eichmann", 19/04/2013, URL http://www.archives.gov.il/archivegov_eng/publications/electronicpirsum/eichmantrial/eichmantrialintroduction.htm consultado 20/07/2019.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc, “Caso sobre la interpretación y aplicación de dos acuerdos concluidos el 9 de julio de 1986 entre Nueva Zelanda y Francia relativos a los problemas derivados del Asunto del Rainbow Warrior”, “Nueva Zelanda c. Francia”, 30/04/1990, laudo sobre el fondo.

TRIGO REPRESAS, Félix A. & Molina Sandoval, Carlos A., “Daño moral a las personas jurídicas”, en *La Ley*, 2012-C, Buenos Aires, pp. 895 y ss.

TRIGO REPRESAS, Félix A. & Stiglitz, Rubén S. (dirs.), *Derecho de daños, Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, La Rocca, 1991, Buenos Aires.

**ENSAYOS Y VI CONCURSO DE ENSAYOS BREVES
SOBRE EL 25° ANIVERSARIO DE LA REFORMA
CONSTITUCIONAL DE 1994**

LA LEY 24.309 DE NECESIDAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL. ANÁLISIS A LA LUZ DE LOS FALLOS “FAYT” Y “SCHIFFRIN” DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN*

IGNACIO FEDERICO CHICATA CAMPOS**

Resumen: Las interpretaciones que ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en sus distintas composiciones, acerca de la legalidad y los alcances de las modificaciones a determinados artículos de la Constitución Nacional, efectuados por la Asamblea Constituyente durante la reforma del año 1994, aún siguen suscitando controversias en la doctrina jurídica argentina. Con motivo del cumplimiento del 25° aniversario de dicha reforma, se expondrá a continuación una breve explicación acerca de cómo el Máximo Tribunal resolvió dos casos (mediante los fallos “Fayt” y “Schiffrin”) relacionados con la inamovilidad de los magistrados federales en sus funciones, y el modo en que la Ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma, ha permitido —o no, en todo caso— una alteración a los fundamentos mismos del principio de la independencia de los jueces.

Palabras clave: reforma constitucional — inamovilidad de los jueces — asamblea convencional constituyente — legitimidad de la reforma

Abstract: The interpretations that the National Supreme Court of Justice has done in its different compositions about the legality and scopes of the modifications to some articles of the National Constitution, executed by the constituent assembly during the 1994 reform, yet continues raising disputes in the Argentine juridical doctrine. Because of the 25th anniversary of that constitutional reform, I will make a brief explanation about how the Maximum Tribunal resolved two cases (by the judgments “Fayt” and “Schiffrin”), about the irremovability of the

*Recepción del original: 14/01/2020. Aceptación: 14/02/2020. Este trabajo obtuvo el segundo puesto en el VI Concurso de Ensayos Breves sobre el 25° Aniversario de la Reforma Constitucional de 1994 realizado en conjunto con la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella.

** Estudiante de Derecho (UBA).

federal magistrates in their functions, and how the act N° 24.309, that declared the necessity of the reform, has allowed —or not, in any case— an alteration in the fundamentals of judges’ independence principle.

Keywords: constitutional reform — irremovability of judges — conventional constituent assembly — legitimacy of the reform

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 24.309, denominada “de Necesidad de la Reforma Constitucional”, fue sancionada por el Congreso de la Nación hacia finales de 1993 y, entre otras disposiciones, habilitó a la formación de una Convención Constituyente para modificar determinados artículos contenidos en la Carta Magna. El llamado “Pacto de Olivos”, acuerdo netamente político celebrado entre el entonces presidente de la República y principal referente del justicialismo, Carlos Saúl Menem, y el presidente del Comité Nacional de la Unión Cívica Radical, Raúl Ricardo Alfonsín, sirvió como antecedente necesario a la reforma atento a las exigencias de los partidos más importantes de la época. Estableció, a la vez, un “núcleo de coincidencias básicas”, cláusula cerrojo, es decir, una serie de puntos específicos consensuados a actualizar por la Asamblea, compuesta por 305 constituyentes, durante las sesiones de debate llevadas a cabo en las ciudades de Santa Fe y Paraná.

Varios han sido los cambios finalmente efectuados. Unos, evidentemente necesarios; otros, llamativamente controvertidos; y algunos, apenas prescindibles.¹ Entre los que componen el grupo de los primeros —y bajo el subtítulo “Temas que son habilitados por el Congreso de la Nación para su debate por la Convención Constituyente”—² podemos citar la modificación que se efectuó al artículo 86, inciso 5°, el cual refería a las atribuciones inherentes del presidente como titular del Poder Ejecutivo de la Nación para nombrar y remover a los magistrados federales, y que luego de la reforma se incluyó en el artículo 99, inciso 4°, párrafo 3° de la Carta Magna.

1. CARNOTA & MARANIELLO, *Derecho Constitucional*, p. 78: “La reforma operada fue vasta en lo cualitativo y en lo cuantitativo, con fórmulas de textura abierta que requirieron desarrollo legislativo, que en algunos casos se encuentra aún pendiente”.

2. República Argentina, “Ley de Necesidad de Reforma Constitucional”, art. 3, párr. 2, punto “E”.

A partir de un somero análisis de la letra estricta de la ley, notamos claramente la voluntad de los legisladores como integrantes de un poder constituido de la Nación, de incluir solo y exclusivamente una lista taxativa de puntos autorizados para la modificación y otros habilitados discrecionalmente para su debate en las sesiones (artículo 4° de la Ley 24.309). De hecho, según el artículo 6° de la misma ley "serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2° y 3° de la presente ley de declaración". Así, todo apartamiento de dichas disposiciones equivaldría a un atropello a las instituciones mismas de la democracia y significaría una contradicción en el orden procesal de las formas de modificación constitucional establecidas en el artículo 30 de la propia Carta Magna; en suma, un retroceso en el largo camino hacia la construcción de un orden político basado en el esquema de los frenos y contrapesos, que intenta evitar precisamente las nefastas consecuencias de los excesos de la concentración nuclear de todo el poder público en pocas manos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, órgano superior cuya principal tarea es llevar a cabo la última interpretación de las disposiciones de las leyes y demás actos de poder, y juzgar si estos se adecúan a la Constitución, tuvo la oportunidad de desempeñar dicha labor en el marco de dos casos paradigmáticos en nuestra historia institucional, cuyos resultados fueron antagónicos: el caso "Fayt", donde el Tribunal expuso por mayoría una interpretación restrictiva de la Ley de Necesidad de Reforma Constitucional, y el caso "Schiffirin", en el cual se optó por modificar la jurisprudencia anterior, en pro de enaltecer principios de la democracia superiores a toda valoración que la contradiga.

El denominador común de ambos *leading cases* podríamos ubicarlo en la dilucidación por la CSJN, de si efectivamente la Convención Constituyente estaba habilitada o no por la Ley de Necesidad de Reforma a llevar a cabo una modificación al artículo 86 inciso 3° de la Constitución,³ como lo fue el que imponía a los jueces federales que cumplieren la edad de 75 años, la obligación de requerir un nuevo nombramiento al Poder Ejecutivo

3. En su nueva redacción, el artículo 99, inciso 4°, párrafo 3° de la Carta Magna reformada, dice: "Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de 75 años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por 5 años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite".

y a la Cámara de Senadores de la Nación para poder ejercer un nuevo período prorrogado de cinco años más.

Es el objetivo primordial del presente ensayo explicar de manera clara y didáctica el modo en el que ambos precedentes constituyeron caminos enfrentados en la tarea de asignarle sentido al contenido de la Ley 24.309, en particular al alcance de los artículos que permiten modificar las cláusulas referidas a las potestades de los poderes Ejecutivo y Legislativo de nombrar y remover a los magistrados federales de sus funciones. Una vez analizados ambos fallos, estimo pertinente hacer un breve comentario acerca de cómo funcionó el control de constitucionalidad aplicado en el derecho federal argentino, y se concluirá con una consideración final.

II. FALLO “FAYT”

II.A. Introducción

La especial relevancia que reviste el fallo “Fayt” se da por el hecho de que su dictado significó la primera oportunidad en la que un Tribunal Superior argentino dictó la inconstitucionalidad de una cláusula reformada por una Convención Constituyente,⁴ alejándose de ese modo de su propia jurisprudencia plasmada en el antecedente “Soria de Guerrero”, el cual catalogaba a la labor reformadora de dicha Convención como una “cuestión no justiciable”, sin perjuicio de que el voto mayoritario reconoce, acto seguido, que “tal principio solo cedería en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley [de necesidad de reforma]”.⁵

Autorizada doctrina se expidió a este respecto, optando Linares Quintana por una posición a favor de la declaración de inconstitucionalidad de una reforma de la Carta Magna y la competencia judicial para declararla.⁶ Bidart Campos acompaña tal tesis, aunque reconoce que, de fundarse la inconstitucionalidad en defecto formal de la declaración de necesidad de la reforma, el criterio judicial a seguir sería el de su propia incompetencia.⁷

4. CARNOTA & MARANIELLO, *Derecho Constitucional*, p. 54.

5. CSJN, “Soria de Guerrero”, considerando 3.

6. LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, p. 446.

7. BIDART CAMPOS, *Derecho Constitucional*, p. 196.

Y es que:

“Si no era una cuestión justiciable el modo en el que el Poder Legislativo cumplía con las prescripciones constitucionales relacionadas al procedimiento de sanción de leyes, menos aún podía establecerse dicho control sobre el poder constituyente y el procedimiento de reforma”.⁸

II.B. El fallo

El 19 de agosto de 1999, la Corte Suprema resolvió una acción declarativa de certeza planteada por vía de amparo por uno de sus propios jueces, el Dr. Carlos S. Fayt, tendiente a declarar la nulidad del art. 99 inc. 4 de la Constitución Nacional, incorporado por la reforma y la disposición transitoria XI del art. 110.

Luego de establecer la “justiciabilidad” del caso por encontrarse una pugna de derechos en juego en la cual el actor ve alterada su potestad de ejercer la labor judicial,⁹ la Corte Suprema se refiere a si debe o no entender en autos. Y si bien reconoce de la antigua jurisprudencia en “Soria de Guerrero”, la limitación del Poder Judicial a la hora de valorar el mérito o la conveniencia de la reforma, esa regla general solo cedería en contados casos.¹⁰

En el considerando 7° del fallo, la Corte analiza lo que supone el “fondo del asunto” al manifestar que “la facultad de reformar la Constitución no puede exceder el marco de la regulación —constitucional— en que descansa”. Restricción que resulta del mismo art. 30 de la Constitución, que, tras declarar la posibilidad de que aquella sea reformada “en todo o en parte” y conferir al Congreso la función de declarar la necesidad de la reforma, atribuye su realización a “una Convención convocada al efecto”. Precisamente, la expresión que se subraya, situada al final del artículo citado, pone de manifiesto que la convención se reúne para modificar:

“[...] solo aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró que podían ser reformadas y sobre las que el pueblo de la Nación tuvo oportunidad de

8. SONEIRA, *Control del poder constituyente...*, p. 33.

9. CSJN, “Fayt”, considerandos 1-4.

10. CSJN, “Soria de Guerrero”, considerando 4.

pronunciarse al elegir a los Convencionales y no otras, sobre las que no concurren dichos requisitos”.

El Alto Tribunal sostiene, en el considerando 11º, que el art. 96 —en la numeración anterior a la reforma— consagró dicho principio, y que:

“[...] dicha norma no fue incluida entre las cláusulas que la convención estaba habilitada para revisar —según los arts. 2º y 3º de la Ley 24.309— y que se mantuvo intacta en su redacción en el texto sancionado en 1994 como art. 110”.¹¹

Entendió la Corte que en el “Núcleo de Coincidencias Básicas” tampoco aparece la mención a la garantía de inamovilidad con el contenido con el cual había sido establecida para los jueces federales por el citado art. 96 de la Constitución. Dice el Alto Tribunal que en ningún párrafo de los puntos I y J del citado Núcleo, relativos a la designación y remoción de los magistrados federales, aparece

“[...] algún contenido que pudiera interpretarse racionalmente como relativo a la posibilidad de fijar un término a la garantía de inamovilidad de los jueces federales con motivo del cumplimiento de una edad determinada”.

En el considerando 13º, la Corte continúa con el mismo análisis y expresa que, si bien se autorizó por el art. 2º de la Ley 24.309 la modificación del art. 99 de la Constitución —según la numeración anterior de la reforma—, y la incorporación de un nuevo artículo, ello estuvo vinculado al apartado H del Núcleo y respondió a la voluntad de crear el Consejo de la Magistratura.¹²

Bajo ningún concepto se puede concluir que el Congreso habilitó a la modificación de tan importante prerrogativa judicial, como lo es su inamovilidad, al fijar la obligación de requerir aprobación de los otros poderes para continuar en sus cargos, tanto por la posibilidad de modificar las atribuciones del Ejecutivo, como por el mero ejercicio de sus “facultades implícitas”, ya que eso significaría un atropello por parte del “Legislativo” por sobre el “Judicial”.¹³

11. HERNÁNDEZ (h.), “El caso Fayt y sus implicancias...”, p. 5.

12. HERNÁNDEZ (h.), “El caso Fayt y sus implicancias...”, p. 6.

13. CSJN, “Fayt”, considerando 15.

El fallo “Fayt”, “de extraordinaria importancia institucional y sin precedentes en la jurisprudencia de la Corte, ha considerado revisable judicialmente la actuación del poder constituyente derivado —en contraposición con ‘Soria de Guerrero’— y declarado la nulidad de la propia Constitución reformada, dando origen a un debate profundo en nuestro derecho”.¹⁴

Así, “según la interpretación de la propia Corte, la reforma constitucional de 1994 introdujo una limitación a la inamovilidad vitalicia, excediendo el marco de las reformas autorizadas por la ley declarativa”.¹⁵

III. FALLO “SCHIFFRIN”

III. A. El fallo

“No por su decisión final, sino por su bajo nivel argumental, la sentencia dictada por la Corte Suprema en la causa ‘Schiffrin’, resulta ciertamente preocupante”, sostiene Félix Lonigro.¹⁶

Lo cierto es que el fallo “Schiffrin” ha significado para gran parte de la doctrina un retroceso en la búsqueda de seguridad jurídica. El precedente “Fayt”, que permitió que el Dr. Carlos Santiago Fayt permaneciera en su cargo de juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta diciembre de 2015, había generado una fuerte polémica desde su dictado, ya que como mencionamos en su momento, fue la primera y única vez que el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de una disposición de la Carta Magna reformada y que dicha sentencia redunde en un beneficio para uno de sus miembros.

En el fallo, la Corte Suprema declaró por una mayoría de votos compuesta por los Dres. Lorenzetti, Maqueda y Rosatti —con disidencia del Dr. Rosenkrantz—, la plena validez y vigencia de la norma señalada y, con ello, la totalidad de las cláusulas de la Constitución Nacional con las reformas incorporadas por la Convención Constituyente de 1994.¹⁷

Leopoldo Schiffrin, camarista de 80 años de edad a la época de dictado el fallo que lleva su nombre, interpuso una acción meramente declarativa, al modo en el que lo había hecho el juez Fayt previamente, con el fin de

14. HERNÁNDEZ (h.), “El caso Fayt y sus implicancias...”, p. 1.

15. SABSAY, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 628.

16. LONIGRO, “Un fallo inconsistente”, párr. 1.

17. CIJ, “La CSJN, por mayoría, reconoció las...” párr. 1.

que se declare en su caso concreto la inaplicabilidad de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 4, párrafo 3 de la Constitución reformada, en otras palabras, que se le aplique a él la jurisprudencia de la Corte con respecto al principio de inamovilidad que pregonaba “Fayt”.

Tanto en primera como en segunda instancia la acción prosperó y las sentencias le fueron favorables al actor, por lo que el Estado nacional interpuso, a su vez, recurso extraordinario, el cual fue concedido por tratarse de una cuestión federal¹⁸ en la cual se ve implicada la correcta inteligencia de uno o varios artículos de la Constitución Nacional, un Tratado Internacional o una ley del Congreso.

Entre los principales argumentos esgrimidos por el Estado nacional en su recurso extraordinario federal, podemos citar los siguientes:

1. Al declarar la nulidad de una reforma hecha por la Convención Reformadora, la cámara viola el principio de la división de los poderes establecida en la propia Carta Magna;

2. La Ley 24.309 *sí* autorizó a la Convención a modificar el artículo 86, inciso 5° de la Constitución, en el punto I del “Núcleo de Coincidencias Básicas”, titulado “Designación de los magistrados federales”, que habilitó para su debate y resolución la actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional, previstas en los artículos 67 y 86, respectivamente;

3. La reforma en nada alteró la garantía de inamovilidad de los jueces, ubicada en el artículo 110 de la Constitución, sino que alteró la vigencia del plazo de duración del mandato —el cual, se entiende, no debe de ser vitalicio— para adecuarlo a las exigencias que el cargo de juez impone;

4. La limitación por razones de edad no equivale a la remoción; se trata de una restricción objetiva e impersonal impuesta a todos los jueces por igual.¹⁹

Acto seguido, podríamos decir que la Corte adelanta el resultado final de su sentencia, al decir que siempre que se desee modificar un precedente del alto tribunal, las razones expuestas como fundamento deben responder a

18. República Argentina, “Ley de jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales”, art. 14, inc. 3.

19. CSJN, “Schiffrin”, considerando 4.

cánones de la más alta estrictez²⁰ por cuestiones de seguridad jurídica.²¹ Félix Lonigro critica fuertemente este argumento, ya que las razones que ofrece la Corte son para él realmente inconsistentes, como la que postula que el límite de edad es la única reforma que aún no había sido aplicada hasta ese momento, o que el Poder Judicial tiene vedada la valoración del mérito o conveniencia de una reforma.²² Y es que tan excepcional es la circunstancia bajo examen en la que encontramos la declaración de inconstitucionalidad de una reforma efectuada por una Convención Constituyente, que la Corte no duda en remarcar que en “Fayt” aquella se llevó a cabo (a riesgo de ser reiterativo) por única y aislada oportunidad en toda nuestra historia institucional, por lo cual dicha decisión es definitivamente de *última ratio*.

Si bien “Schiffirin” comparte el postulado en “Fayt” acerca de la justificabilidad de una reforma constitucional, el Tribunal remite a lo concluido en “Soria de Guerrero”, en el sentido de que su corroboración se limitaría solo a los requisitos mínimos e indispensables.²³ Por ello, notamos la peculiaridad que le asigna el fallo a la Asamblea Constituyente es que su legitimidad se ve reforzada por dos circunstancias: primero, esta es elegida democráticamente por los ciudadanos, y segundo, su formación es decidida por el Congreso de la Nación, órgano constituido previamente con la misma representatividad popular.²⁴

En el considerando 20 del fallo, la Corte responde categóricamente al *quid* de fondo y decide que en realidad la Convención Reformadora nunca se extralimitó en sus funciones al disponer la inclusión del requisito de una nueva designación a los magistrados que cumplan 75 años de edad, solicitada al presidente y con aprobación de dos tercios de la Cámara de Senadores.

“Es claro que la Ley 24.309 incluyó el artículo referido a la actualización de las atribuciones del Poder Ejecutivo como uno de los temas habilitados para ser

20. De hecho, el Tribunal establece que “es deseable y conveniente que los pronunciamientos de esta Corte sean debidamente considerados y continuamente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos...” (CSJN, “Schiffirin”, considerando 9, último párrafo).

21. CSJN, “Schiffirin”, considerandos 6 y 7, inc. a.

22. LONIGRO, “Un fallo inconsistente”, 2º párr.

23. CSJN, “Schiffirin”, considerando 10, 1º párr.

24. CSJN, “Schiffirin”, considerando 10, 2º párr.

tratado; es igualmente inocultable que, entre esas atribuciones, se encontraba la imprescindible intervención del Poder Ejecutivo en el proceso de designación de jueces federales”.²⁵

III.B. Disidencia del Dr. Carlos Rosenkrantz

El Dr. Rosenkrantz ofrece en su disidencia lo que él considera “una exposición enriquecida y más desarrollada del fundamento central en que se apoyó la Corte para pronunciarse” en el precedente “Fayt”.²⁶ Y es que, en definitiva, su voto se ciñe al antiguo precedente de la Corte, el cual, como ya concluimos, interpreta de modo restrictivo la metodología adoptada por la Constitución Nacional en el artículo 30: el Congreso declara la necesidad de reformar la Carta Magna, fija los puntos a actualizar o modificar y establece aquellos sobre los cuales la Convención puede deliberar. La Asamblea, a su vez, se reúne a dicho efecto. Todo esto, para él, “no constituye obstáculo al poder constituyente derivado. Por el contrario, dichas restricciones son en verdad potenciadoras de la soberanía popular”.²⁷

Y es que no hay razón para establecer una “comparación entre las legitimidades” que detentan tanto el Congreso de la Nación como la Asamblea Reformadora, ya que ambos son dos cuerpos representativos de la voluntad popular con tareas específicamente previstas en la Carta Magna que no son antagónicas en lo absoluto, sino enteramente complementarias.

Apelando a la historia, el juez dice, por otro lado, que la “Convención Reformadora de 1866 haciéndose eco de las convicciones de los legisladores se atuvo estrictamente al temario fijado por el Congreso” y “años más tarde, los legisladores que en 1897 debatieron la Ley 3507, expresaron con igual claridad la convicción normativa de que la Convención se encontraba restringida por la declaración de necesidad de la reforma que estaban aprobando”.²⁸

La Constitución Nacional es y debería ser autosuficiente en lo atinente al proceso de su propia reforma, y así lo subrayó el magistrado, al decir:

25. CSJN, “Schiffrin”, considerando 20, 3° párr.

26. CSJN, “Schiffrin”, considerando 28 de la disidencia del Dr. Rosenkrantz.

27. CSJN, “Schiffrin”, considerando 11 de la disidencia del Dr. Rosenkrantz.

28. CSJN, “Schiffrin”, considerandos 14 y 15 de la disidencia del Dr. Rosenkrantz.

“El texto de nuestra Constitución..., confirma que las convenciones no pueden tomar la Constitución en sus manos atribuyéndose poderes soberanos que no le corresponden, por pocos que ellos fuesen; que no pueden generar su propio mandato y que este último está necesariamente limitado por la declaración de la necesidad de la reforma que debe efectuar el Congreso de la Nación”.²⁹

Finalizando su voto, opina:

“Corresponde señalar que el texto de la Ley 24.309 no habilitó a la Convención para reducir la duración del mandato de los jueces, fijando un plazo diferente al que estaba regulado por el artículo 96 (actual artículo 110) de la Constitución”.³⁰

IV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA ARGENTINA

Desde su dictado, el precedente “Marbury Vs. Madison” tuvo una pronta influencia en nuestro Poder Judicial.³¹ De hecho, el mismo Sarmiento señala la teoría de la “tisana”, diciendo que se debía tomar el ejemplo de la Constitución de los Estados Unidos como una tisana que se compra en una farmacia y que viene envuelta con las instrucciones para su utilización.³² Estas “instrucciones” son los precedentes constitucionales norteamericanos. Sarmiento se pregunta sobre qué arbitrariedad o error puede ocurrir en la ejecución de las mismas disposiciones interpretadas de la misma manera, si se sigue el ejemplo norteamericano.

El control de constitucionalidad tiene por objeto verificar, en cada caso concreto, si una norma jurídica de jerarquía inferior responde a las

29. CSJN, “Schiffirin”, considerando 18 de la disidencia del Dr. Rosenkrantz.

30. CSJN, “Schiffirin”, considerandos 19 y 20 de la disidencia del Dr. Rosenkrantz.

31. “Marbury Vs. Madison” es la decisión más importante del derecho constitucional americano y un fallo que influyó en nuestro derecho local y en todo el sistema de control de constitucionalidad. Establece la autoridad para el Poder Judicial de revisar la constitucionalidad de los actos de los poderes estatales. A pesar de que la Constitución guarda silencio sobre si los Tribunales Federales tienen esta autoridad, esta competencia ha persistido sin disputa desde que el juez Marshall diera su opinión en dicha sentencia. VICENTE SOLÁ, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 32.

32. SARMIENTO, *Comentarios a la Constitución...*, p. 29.

directivas resultantes de una norma superior de la cual depende la validez de la primera. La concordancia de un acto administrativo con el decreto sobre el cual se sustenta, o del decreto dictado en virtud de las prescripciones contenidas en una ley, son materias propias del control de constitucionalidad en virtud del orden jerárquico establecido por la Constitución.³³

Adentrándonos en el análisis de nuestro derecho local, podemos decir que la Argentina, en el plano federal, muestra un sistema jurisdiccional difuso para controlar la constitucionalidad de las normas, de acuerdo con los lineamientos del derecho sentencial norteamericano. De manera muy esquemática, trazaremos sus principales características.

1. En cuanto al sujeto habilitado para incoar el control, se da prioridad a la legitimación activa, *standing to sue*, al perjudicado o afectado directo por una norma presuntivamente inconstitucional. La incorporación de la acción de amparo colectivo por el segundo párrafo del artículo 43 permite ampliar la nómina de legitimados activos en estos supuestos a la Defensoría del Pueblo (art. 86, CN) y a las organizaciones no gubernamentales que propendan a esos fines, amén del Ministerio Público consagrado por el artículo 120 de la Ley Fundamental.

2. El control se verifica en el marco de un caso o contienda concreta, donde la parte debe pedir al juez la inconstitucionalidad del precepto que dice perjudicarlo. Se escatima al juez poder ejercer el control de oficio, salvo cuando está en tela de juicio la competencia del propio tribunal, o establezca puntualmente la ley (como hace la Ley 23.098 de *habeas corpus*).

3. Desde la óptica del art. 116 CN, el objeto de la inspección debería ser amplio, pues la norma refiere el conocimiento y decisión de todas las causas bajo la Constitución. Empero, nuestra Corte —siguiendo a otros Tribunales en el mundo— se plegó a la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables. Esta tesitura sostiene que ciertos temas que muestran conflictos entre los poderes del Estado deben ser resueltos por el proceso político (por ejemplo, el presidente, el Congreso), y no por el Poder Judicial. Se ha elaborado así por vía pretoriana una larga lista de asuntos en los que la judicatura se autoinhibe de entender (por ejemplo, determinación de la necesidad de la intervención federal a una provincia en los términos del art. 60 CN, o la declaración de guerra a un estado extranjero).

33. BADENI, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 172.

4. Suele decirse que el camino procesal a recorrer es por excepción, puesto que en el contexto de un pleito una parte agraviada esgrime la incompatibilidad de una norma inferior con la Constitución. Pero si bien nuestro sistema no prevé en especial las acciones puras de inconstitucionalidad, algunos remedios procesales —como el amparo, la acción declarativa de certeza— suscitan verdaderos procesos constitucionales, con lo cual también, dentro de un marco limitado, podría aseverarse que hay control de constitucionalidad por acción.

5. Finalmente, en que respecta a los efectos del control, debe quedar bien en claro que la declaración de inconstitucionalidad no deroga la norma en cuestión, sino tan solo no aplica para el caso concreto. El efecto, pues, en nuestro sistema, no es derogatorio o *erga omnes sino inter partes* (para quienes han participado del proceso). Sin perjuicio de ello, el impacto de las más recientes decisiones de la Corte (como las adoptadas en materia de pesificación y de jubilaciones) puede conmover esta regla y llevar a pensar que la ejemplaridad excede al caso.³⁴

V. CONCLUSIÓN

A la luz de los ya analizados fallos de la Corte Suprema, la Ley 24.309 de Necesidad de la Reforma Constitucional significó una importante división de las opiniones doctrinarias de los autores argentinos en lo tocante a los alcances que puede tener dicha ley, específicamente los que imponen límites temporales en razón de su edad a la actuación de los jueces federales. Y es que, según en qué vereda nos paremos, es decir, cuál sea la sentencia que defendamos, adoptaremos una visión más restringida de los parámetros que sienta la ley para la actuación del poder constituyente, o de lo contrario, enfocaremos nuestra atención, como hizo la Corte en “Schiffirin”, en la situación de legitimidad que detenta una Convención para reformar la Carta Magna. Las aguas aún siguen caldeadas y la opinión de los autores todavía se mantiene en estado de división.

34. CARNOTA & MARANIELLO, *Derecho Constitucional*, p. 52.

BIBLIOGRAFÍA

- BADENI, Gregorio, *Manual de Derecho Constitucional*, La Ley, 2011, Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho Constitucional*, Ediar, 1966, Buenos Aires, Tomo I.
- CARNOTA, Walter F. & MARANIELLO, Patricio A., *Derecho Constitucional*, La Ley, 2008, Buenos Aires.
- Centro de Información Judicial (CIJ), “La Corte Suprema, por mayoría, reconoció las facultades de la Convención Constituyente de 1994 y restableció el límite constitucional de 75 años de edad para la función judicial”, URL <https://www.cij.gov.ar/nota-25386-La-Corte-Suprema-por-mayor-a--reconoci--las-facultades-de-la-Convenci-n-Constitu-yente-de-1994-y-restableci--el-l-mite-constitucional-de-75-a-os-de-edad-para-la-funci-n-judicial.html> consultado 28/03/2017.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Fayt”, “Fayt, Carlos Santiago, c/ Estado Nacional, s/ proceso de conocimiento”, 19/08/1999, *Fallos* 322:1616.
- , “Schiffrin”, “Schiffrin, Leopoldo Héctor, c/ Poder Ejecutivo Nacional, s/ acción meramente declarativa”, 28/03/2017, *Fallos* 340:257.
- , “Soria de Guerrero”, “Soria de Guerrero, Juana Ana, c/ SA Bodegas y Viñedos Pulentia Hnos.”, 20/09/1963, *Fallos* 256:556.
- HERNÁNDEZ, Antonio M. (h), “El caso ‘Fayt’ y sus implicancias constitucionales”, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2001, Córdoba.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, 3ª ed., Plus Ultra, 1981, Buenos Aires, Tomo II.
- LONIGRO, Félix, “Un fallo inconsistente”, en *El Cronista*, 31/03/2017.
- República Argentina, “Ley de Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales”, Ley 48, 25/08/1863.
- , “Ley de Reforma”, Ley 24.309 de Necesidad de Reforma Constitucional, 29/12/1993.
- SABSAY, Daniel A., *Manual de Derecho Constitucional*, La Ley, 2011, Buenos Aires.
- SARMIENTO, Domingo F., *Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina*, Luz del Día, 1853, Santiago de Chile.
- SOLÁ, Juan V., *Manual de Derecho Constitucional*, La Ley, 2010, Buenos Aires.

SONEIRA, Ramiro, *Control del Poder Constituyente derivado en la Argentina, un análisis desde la jurisprudencia, la doctrina y el derecho comparado*, Universidad Siglo XXI, 2018, Buenos Aires.

CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD: UNA CRÍTICA DE J. WALDRON Y UNA DEFENSA DE C. NINO*

SANTIAGO POZNANSKY**

Resumen: Defenderé la siguiente tesis: si el liberalismo mayoritarista de Jeremy Waldron (detractor del control judicial de constitucionalidad) desea seguir fiel a sus convicciones y supuestos liberales de lo que es una democracia, debe admitir al menos una excepción respecto a cuando el control de constitucionalidad sí debe judicializarse. Esa excepción es respecto a la autonomía personal, y en particular trataré el caso de la autonomía vinculada al libre ejercicio del derecho político al voto. Presentaré un experimento mental para mostrar una consecuencia contraintuitiva de la democracia waldroniana y sus supuestos acerca de derechos individuales fundamentales. Finalizaré exponiendo una de las posiciones más acabadas respecto a la admisión del control judicial de constitucionalidad en democracia, que es la posición del liberal argentino Carlos Nino. La novedad de este artículo se halla en señalar la actualidad y vigencia del pensamiento democrático de Nino a más de veinticinco años de la publicación de "La constitución de la democracia deliberativa". Será el argumento nineano la herramienta que los mayoritaristas deben adoptar para resolver la tensión entre mayoritarismo y los precompromisos morales de la democracia.

Palabras clave: control judicial de constitucionalidad — carlos nino — democracia — filosofía del derecho — jeremy waldron — teoría liberal

Abstract: I will defend the following claim: if Jeremy Waldron's majoritarian liberalism (detractor of judicial review) wishes to remain committed to its liberal assumptions of what a democracy is, he must admit at least one exception respecting to when constitutional control must be judicialized. That exception is regarding personal autonomy, and I will deal with the case of autonomy linked

* Recepción del original: 13/08/2019. Aceptación: 12/10/2019.

** Estudiante avanzado de Filosofía en la Facultad de Filosofía y Letras (FFyL) de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Quiero agradecer a Francisco García Gibson por sus valiosos comentarios al manuscrito.

to the free exercise of the political right to vote. I sketch a mental experiment to show a counterintuitive consequence of Waldronian democracy and its assumptions about fundamental individual rights. I will finish by exposing one of the most finished positions regarding the admission of judicial review in democracy, which is the position of the Argentine liberal Carlos Nino. The novelty of this article is in pointing out the relevance and validity of Nino's democratic thought after more than twenty-five years of the publication of "The constitution of deliberative democracy". I claim that the ninean argument will be the tool that the majoritarians must adopt to resolve the tension between majoritarianism and the moral precommitments of democracy.

Keywords: judicial review — carlos nino — democracy — legal philosophy — jeremy waldron — liberal theory

I.

No hay acuerdo sobre si el control de constitucionalidad de las leyes debe ser popular/mayoritarista (mediante consultas populares) o judicial (o bien concentrado o difuso).^{1 2}

Unos sostienen que no podemos dejar en manos de unos pocos (alegan que se trataría de juristocracia y/o epistocracia) lo que es fuente de desacuerdo de todos los ciudadanos. Así, los jueces además de concentrar un inmenso poder, estarían ocupando el rol del Poder Legislativo. Otros sostienen que no es positivo para la democracia dejar en manos de una tiranía de la mayoría las precondiciones de la democracia. Para estos, el blindaje de ciertos derechos fundamentales hace algún tipo de sentido para la teoría constitucional porque la democracia es un ideal más robusto que una regla procedimental como la regla de la mayoría.

Primero, reconstruiré el argumento waldroniano de defensa al control mayoritarista de constitucionalidad. Mostraré, mediante un experimento mental original, los problemas que afronta respecto a la propia concepción de democracia liberal que Waldron sostiene. Más adelante reconstruiré el

1. De aquí en más, CJC (Control Judicial de Constitucionalidad).

2. El control concentrado consiste en que la decisión sobre la constitucionalidad de una norma recae en un único organismo. En cambio, en el control de constitucionalidad difuso cada juez en el caso concreto resuelve sobre la constitucionalidad de la norma.

argumento de Nino en defensa de la judicialización. Daré cuenta de por qué una postura moderada como la de Nino respecto al CJC es la mejor opción de control constitucional para una democracia y resuelve los problemas que padece el mayoritarismo waldroniano según el escenario planteado en el experimento mental.

II.

El mayoritarismo waldroniano se diferencia de otras concepciones de la democracia que llamaré "moralistas".

A ojos del moralismo, la regla de la mayoría es fundamental en una democracia. Mas lo que define a una democracia no es una regla procedimental, sino sus precompromisos morales a los que se suma la regla de la mayoría como procedimiento colectivo de toma de decisiones tras una deliberación. Dichos precompromisos morales hacen que el sistema democrático tenga un estatus moral robusto. Garantiza ciertos principios morales rectores que hacen que el sistema democrático no sea reducible a un mero procedimiento (como es la regla de la mayoría). John Rawls y Ronald Dworkin son dos de los exponentes de la concepción moralista.^{3 4 5}

3. La regla de la mayoría en este moralismo democrático no arroja el resultado contingente de un regateo o negociación, sino que arroja un principio de justicia correcto. Rawls establece la diferencia del control o elaboración de una ley en este proceso ideal imparcial y un proceso ideal de mercado: "Una peculiaridad del proceso de mercado ideal, distinto al proceso político ideal conducido por legisladores racionales e imparciales es que el mercado logra un resultado eficiente incluso si cada uno busca sacar ventaja". RAWLS, *A Theory of Justice*, p. 359, la traducción es de mi autoría.

4. En última instancia, para el moralismo democrático, el *outcome* que arroje la regla de la mayoría en una situación de desacuerdo razonable deberá ser semejante al principio de justicia que un legislador imparcial que "únicamente le interesa tomar la decisión correcta". Dicha corrección es una corrección moral. Es presumible que respecto al control de constitucionalidad Rawls supedita la regla de la mayoría al arribo de lo moralmente correcto. RAWLS, *A Theory of Justice*, p. 359, la traducción y las itálicas son de mi autoría.

5. Ver DWORKIN, "Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el...", pp.324-346. Allí Dworkin defiende una concepción moralista de democracia la cual denomina "democracia comunitaria" en oposición a otras teorías de la democracia incluida la colectiva-estadística de John Hart Ely. Dworkin articula mediante su teoría de la democracia una sustantiva defensa al control judicial de constitucionalidad.

Otra teoría de la democracia liberal se apartará de alguna medida de estas "democracias moralistas"; esa es la teoría mayoritarista. Su tesis central es la siguiente: dado un umbral de legitimidad democrática, todo desacuerdo profundo respecto a derechos debe ser resuelto por todos los afectados mediante regla de la mayoría.

Jeremy Waldron es el mayor exponente del mayoritarismo y su postura respecto al control judicial de constitucionalidad es tajante: jamás será admisible en una democracia legítima que el control no sea ejercido por el pueblo.⁶

Los mayoritaristas, como Waldron, señalan cuestiones de hecho que hacen que no sea intuitivamente aceptable la judicialización del control. Por ejemplo, en la gran mayoría de las democracias, los jueces no son electos democráticamente, sus cargos son de por vida, no están sometidos a una instancia de escrutinio público. A menos que sostengamos un elitismo epistémico o que son "Hércules del derecho",⁷ pueden los jueces equivocarse tanto como un deliberante en un foro de discusión pública. Otros ejemplos son que, igualmente, los jueces acaban sometiéndose a regla de la mayoría entre los integrantes de una Corte Suprema y que los jueces conforman una aristocracia que tiene la última palabra en cuestiones fundamentales para la democracia. La intuición mayoritarista que rechaza la judicialización del control puede formularse de la siguiente manera: si no hay ninguna garantía de resultado correcto acerca de que los jueces resguarden los derechos fundamentales de la democracia ¿por qué una democracia optaría por dejar en pocas manos lo que puede quedar en manos de todos?

El mayoritarismo proporciona algunas consideraciones y estipulaciones más al respecto:

i. Los defensores del CJC nombran casos tales como "Brown vs. Board of education" por ser hitos de las victorias de la judicialización del control.

6. Los problemas normativos relativos al blindaje de derechos en democracia suelen clasificarse en una taxonomía doble, cuyos dos niveles no son equivalentes. El primer nivel es relativo a la existencia de una constitución en una democracia. Waldron también se pronuncia sobre este problema filosófico, pero no es mi tarea aquí analizar sus argumentos al respecto. El segundo nivel es, suponiendo una constitución, quién o cuál debe ser el agente que ejerza el control de constitucionalidad cuando este es petitionado. Es de este problema filosófico del cual me ocupo aquí.

7. Expresión acuñada por Ronald Dworkin, quien la utiliza para referirse a un juez imaginario que toma siempre la decisión correcta.

Para que el CJC esté más comprometido con victorias que con posibles derrotas, deberíamos comparar el contrafáctico de cómo en Estados Unidos se desarrollaron los derechos sin la judicialización de dicho control. Al ser imposible evaluar empíricamente enunciados contrafácticos, podemos mirar la historia de otras naciones donde no hay judicialización. Al examinar la historia política de dichas naciones notamos que son naciones tan o más libres que los Estados Unidos.⁸

ii. Si tanto el control popular como el control judicial pueden obtener tanto victorias como derrotas, por cuestiones de legitimidad democrática en el procedimiento deberíamos quedarnos con la regla de la mayoría.⁹

iii. Los pasajes más contundentes y ricos de las cartas de derechos no suelen resolver los problemas de desacuerdo. Más bien sucede que son esos pasajes los que son fuente de desacuerdo en la sociedad. Es una razón más para que el control de constitucionalidad de una ley polémica sea popular, dado que los pasajes más contundentes no proporcionan ninguna ayuda al juez que ejerce el control en el CJC y sí proporcionan razones para agigantar los desacuerdos.¹⁰

Waldron sostiene, tras haberse comprometido con una democracia liberal con ciertos derechos básicos para que esta sea legítima, que ver al CJC como un Ulises que se ata a sí mismo al mástil para no sucumbir ante el canto de las sirenas solo es un precompromiso útil para evitar aberraciones a ojos de una democracia liberal. Las cuestiones relativas a derechos son más bien fuente de desacuerdo, no necesariamente desacuerdos aberrantes. Dichos desacuerdos deben resolverse mediante regla de la mayoría. En el caso del control de constitucionalidad, cuando se promulga una ley y se peticiona para que se ejerza dicho control, ese control peticionado (ya que hay derechos que son objeto de desacuerdo de muchos) no debe estar en manos de unos pocos. Por lo tanto, no debe judicializarse.

8. WALDRON, *Derecho y desacuerdo*, pp. 392-393.

9. Su concepción del procedimentalismo lleva a Waldron a postular que es falsa la idea, atribuida a Ely, de que la democracia sufre una afrenta cuando "[...] las cuestiones sustantivas son alejadas del pueblo [...]" y "[...] no se produce ninguna cuando las alejadas son las cuestiones procedimentales", WALDRON, *Derecho y desacuerdo*, p. 401.

10. Este hecho que utilizan los mayoritaristas como premisa es intuitivamente comprobable al sopesar la doctrina jurídica sobre tal o cual artículo, e incluso la opinión popular sobre una ley. Vemos que no hay una convergencia total o una búsqueda de respuesta unánime ante el hecho del desacuerdo. Las diferentes posturas y las argumentaciones intentan demostrar que las demás están equivocadas.

Expresa Waldron que, cuando todos admitimos que un derecho es necesario, pero no acordamos en lo que este conlleva, ya no es evidente por qué las ataduras deben continuar, dado que no somos vulnerables a aberraciones. Más bien, deberíamos deliberar entre todos y votar bajo regla de la mayoría sobre qué *outcome* sería correcto al tratar de conocer qué conlleva un derecho.

A mi juicio, si Waldron no define las aberraciones de una democracia para distinguirlas de los desacuerdos no aberrantes entre lo que un derecho conlleva, está en problemas. Pienso que bien puede haber una parte de los que desacuerdan que sostengan que un derecho es importante, pero su interpretación sobre el mismo sea aberrante para la democracia.

Este ensayo parte de la hipótesis de que bien se podrían plantear desacuerdos entre mayorías respecto a lo que un derecho conlleva, que podría ser calificado de aberración para una democracia liberal. Si dicha hipótesis es correcta, el mayoritarismo waldroniano encuentra serias dificultades respecto a los derechos blindados que son precompromisos de una democracia liberal.

Expondré a continuación la concepción waldroniana de democracia liberal y un experimento mental para demostrar mi hipótesis en base a un escenario que el propio Waldron retrata.

III.

Waldron asume que los ciudadanos de democracias liberales contemporáneas van a estar profundamente comprometidos con derechos individuales, pero van a tener desacuerdos sobre ellos y lo que conllevan.¹¹ Su argumento es el siguiente: hay dos tipos de derechos asociados a la democracia que la hacen legítima. Sin estas limitaciones a la democracia, dice Waldron, ella "casi no merecería su nombre".¹²

1.1. Derechos constitutivos del proceso democrático. Estos se basan en el respeto por la agencia moral individual para actuar en democracia y en derechos de participación de los ciudadanos en términos de igualdad en procesos de toma de decisiones.

11. "Los miembros de una comunidad están comprometidos con ciertos derechos, pero desacuerda respecto a dichos derechos". WALDRON, *Derecho y desacuerdo*. Respecto al desacuerdo respecto a derechos, WALDRON, "The core of the case against judicial review", p. 1369.

12. WALDRON, *Derecho y desacuerdo*, p. 387.

1.2. Derechos que son condiciones de legitimidad democrática más allá de su procedimiento formal. Por ejemplo: libertad de expresión, de asociación, autorrespeto e independencia de los ciudadanos.

Los derechos de 1.1. presuponen los derechos de 1.2.

Corolario: Las decisiones democráticas solo tienen sentido de legitimidad bajo estas condiciones.¹³

Estas condiciones que sostiene Waldron para la democracia son típicamente liberales y parecen, particularmente los derechos de 1.2., que dan una idea bastante robusta de una democracia como un sistema que no es solamente equiparable con un procedimiento democrático, como es el proceso democrático por excelencia que es la regla de la mayoría. Se deben garantizar siempre ciertos derechos fundamentales para llegar a tener un procedimiento legítimo. La posición de Waldron expresa que una vez que sabemos qué hace legítimo al procedimiento estamos a salvo de que sucedan aberraciones a la legitimidad de la democracia.

Antes de pasar al experimento mental, presentaré un escenario que Waldron mismo admite como legítimo.

Imaginemos que todos los individuos de una comunidad política disfrutan del derecho X. Pero, tras surgir desacuerdos sociales respecto a si es condición para la democracia o más bien no lo es, se vota por regla de la mayoría una ley que reduce o abroga el derecho X. Tras someternos a regla de la mayoría gana la posición de que ese derecho no es central para la democracia, sino incidental. Waldron sostiene que si el desacuerdo fue genuino esa decisión no es ilegítima.¹⁴

Creo que Waldron tiene dos problemas que serían fatales para su concepción liberal de la democracia. El primero es que no define qué es una aberración para la democracia (a fin de distinguir las de concepciones polémicas sobre derechos, pero no aberrantes) y el segundo es que en el escenario que acabo de presentar puede suceder (y seguramente suceda) que la minoría perdedora en la votación tenga muy buenas razones para creer que la interpretación del principio X ganadora que lo reduce sea una aberración para la democracia.

Sobre la base del escenario de desacuerdo sobre el derecho X lo plantearé respecto a la autonomía personal de los ciudadanos al ejercer su derecho a voto.

13. WALDRON, *Derecho y desacuerdo*, pp. 387-389.

14. WALDRON, *Derecho y desacuerdo*, p. 407.

Tomo la definición de Carlos Nino de autonomía como:

“[...] la libre adopción de ideales de excelencia personal y de planes de vida basados en ellos [...] el valor de la autonomía personal no protege acciones particulares, sino que simplemente previene que esas acciones sean interferidas sobre la base de ciertas razones”.¹⁵

Somos autónomos para ejercer nuestros derechos políticos si se cumple la simple condición de que podemos votar sin coerción ni intromisión de terceros. Si en pos de lo que es ser un “buen votante”, supongamos, se sanciona una ley perfeccionista respecto a la emisión de voto, la autonomía (que sería el derecho X en el escenario de Waldron) se vería cercenada en esa democracia.

Podríamos, a modo de experimento mental, imaginar un escenario donde por fundamentos perfeccionistas en las intuiciones morales y políticas de gran parte de la sociedad, la autonomía de los votantes pueda ser sujeto de profundo desacuerdo como los que Waldron imagina. Estos hipotéticos perfeccionistas (comprometidos con utilizar la coerción estatal para promover un estilo de vida determinado) creen que lo que verdaderamente conlleva el derecho de la autonomía del ciudadano respecto a la emisión de su voto es que actúe en tanto “buen votante”. Por tanto, en pos de imponer ese ideal de vida buena, estos hipotéticos perfeccionistas impulsan una ley donde esté justificado algún tipo de intromisión estatal en la emisión del voto de los ciudadanos.

Este ideal de “buen votante” juzga que no podemos interpretar la autonomía para elegir entre candidatos si no restringimos que primero una persona con derechos políticos debe ejercitar estos derechos bajo un marco de ciertas decisiones valiosas.

Un ejemplo de alguien que no tiene una participación política valiosa es quien, en democracia, a ojos de estos hipotéticos perfeccionistas, opta por malgastar sus votos en candidatos que a ojos de todos los ciudadanos (se sientan atraídos por ellos o no) son valorados como incompetentes o se presume se postulan a elecciones no para gobernar seriamente, sino por motivos absolutamente ajenos a la práctica de la gestión política.¹⁶

15. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, pp. 278-279.

16. Entre dichos motivos ajenos a la gestión política se pueden postular por ejemplo ganar fama, hacer *lobby* con empresarios para negocios personales, el hecho de tejer una red de contactos para beneficio personal, etcétera.

Estamos suponiendo, también, que es evidente identificar a esos candidatos y que el total de la población tiene conocimiento de quiénes son y los distingue de otros candidatos que más allá de su partido o ideología son calificados como "políticos competentes". Votando a uno de los incompetentes no se viola el principio de daño, pero los perfeccionistas sostienen que la autonomía no conlleva el mero autogobierno del ciudadano en sus ideales políticos, sino que conlleva votar a quien desee pero desde ciertos estándares morales de un "buen ciudadano" que vive valiosamente su participación en democracia.¹⁷

Supongamos por mor de este experimento mental que ciertos partidos políticos perfeccionistas deciden proponer una ley que —para desalentar la práctica de malgastar nuestra vida como electores en votar incompetentes o candidatos a políticos sin el más mínimo interés en la política—, estipule que el voto será público y no secreto, para poder reprochar moralmente a quienes malgastan su voto, lograr que reflexionen y así promover un ideal de vida de "buen votante".

Que el voto sea secreto es parte de ejercer la autonomía en nuestro derecho político al voto, ya que al no saber el resto a quien dirijo mi voto, no puedo ser objeto de amenaza previa a mi votación ni puedo temer por mi integridad al momento de votar. El voto secreto es una protección contra la coerción estatal para que yo pueda autogobernarme en cuestiones de decisiones políticas e introduzca en la urna la boleta electoral que desee. Es una protección a la autonomía del ciudadano al momento de ejercer su voto. Si sucede que tengo certeza de que mi voto será público, no votaré libre de coerción ya que puedo temer al reproche moral ejercido por el Estado que busca promover la concepción de "buen votante" en democracia.¹⁸

Si soy autónomo, entonces soy juez de mí mismo y de cómo gestiono mi derecho político de votar. Una ley de ese estilo estaría poniendo en jaque la autonomía personal en general, y la autonomía al ejercer el derecho político de voto en particular. Dado que la autonomía suele estar

17. En última instancia (para evitar entrar en temas filosóficos de extrema complejidad como teorías de la responsabilidad o teorías metafísica de la causalidad) quien viola el principio de daño es este hipotético político incompetente que daña adrede desde su cargo público.

18. También puede suceder que mafias políticas con poder amenacen a ciertos grupos sociales vulnerables a fin de que no voten al candidato X y gracias al voto no secreto tengan absoluto control de la acción individual. Así, dichos ciudadanos no tendrán autonomía al ejercer su voto, ya que será el arbitrio de otro el que los coaccione. En este caso la amenaza de los mafiosos no es perfeccionista, es simplemente criminal.

protegida en las cartas de derechos de los Estados liberales, semejante ley será sometida a control de constitucionalidad. Ese control para Waldron deberá ser por regla de la mayoría en el parlamento (es decir, el mismo Poder Legislativo que ya aprobó la ley) o mediante plebiscito.

Un escenario donde no podamos emitir nuestros votos libremente porque una mayoría votó que no podemos hablar de autonomía si no es preconcibiendo un estatus moral de "buen votante", es una aberración y una catástrofe para la democracia liberal. Este escenario estaría atentando contra los derechos del punto 1.2. de Waldron sobre su concepción de democracia liberal. Si el control de constitucionalidad es popular mediante deliberación pública, podría suceder que, tras debatir y votar, esa ley resulte constitucional como no. El resultado no es el punto. Considero sumamente contraintuitivo el solo hecho de que como democracia consideremos, aunque sea por un segundo, que la plena autonomía en el ejercicio de derechos políticos es negociable y quedará supeditada a la regla de la mayoría o que es un "derecho incidental" y no constitutivo para la democracia, que puede ser subrogado en aras de cierto perfeccionismo antiliberal.

Waldron podría objetar que el experimento mental nunca llegaría a cabo, puesto que nadie iría en contra de la autonomía; diría que ir en contra de la autonomía o libertad para ejercer un derecho político jamás sería legítimo.

Creo que sí podría ser un caso que suceda en su teoría, puesto que los partidos perfeccionistas podrían alegar que de lo que ellos hablan es una interpretación más robusta de autonomía, que involucre un compromiso con ciertas decisiones valiosas. Por ejemplo, una interpretación donde los individuos, además de poder decidir sobre qué lista electoral introducirán en la urna, deben poder dar buenas razones de por qué actúan de tal manera. Un sistema de voto no secreto con reproche moral haría que los ciudadanos al tener moralmente el ideal de "buen votante" reflexionen (a costas de la coerción en su deliberación que ejerce el miedo a escraches públicos, por ejemplo) mejor sobre qué decisiones tomar acerca de candidatos que son reconocidamente incompetentes y, según los perfeccionistas, tomen su decisión más conscientemente.

Tras el experimento mental se podría interpelar a Waldron: suponen, ¿por qué someter si ya hay un escenario inaceptable para la democracia liberal, como la victoria de los perfeccionistas que alegan que la autonomía puede interpretarse como ellos suponen, por qué someter a regla de la mayoría la decisión? Waldron, en pos de sus compromisos con la democracia liberal, debería verse obligado a admitir la judicialización del control de constitucionalidad.

IV.

Carlos Nino ha dado un interesante argumento a favor de la admisión de CJC en casos que involucran la autonomía personal. Dos aspectos hasta aquí señalados hacen susceptible a Waldron de verse obligado a tomar el argumento de Nino a favor del CJC. El primero es que desea mantener el compromiso liberal irrenunciable con ciertos derechos individuales fundamentales para la democracia liberal y no convertirse en un mayoritarista radical. El segundo aspecto es que las mayorías, como mostré en el experimento mental, en su intento de controlar la constitucionalidad y avalados por la premisa waldroniana de que los ciudadanos están comprometidos con ciertos derechos pero desacuerdan con lo que conllevan, sí pueden tomar una decisión inaceptable en una democracia liberal. El desacuerdo en tanto lo que conlleva ser autónomo (que para algunos tiene un prerrequisito perfeccionista de "buenos ciudadanos" y para otros no) no es un desacuerdo sobre el derecho a la autonomía en nuestra participación política, sino sobre lo que, como dice Waldron, "conlleva" ese derecho. Pero, aun así, las consecuencias pueden ser sumamente perjudiciales para la democracia liberal.

El argumento de Nino sobre por qué las cuestiones de autonomía no deben estar a merced de control mayoritarista de constitucionalidad es el siguiente:

1. Hay moral subjetiva y moral intersubjetiva. Una no es equivalente a la otra.¹⁹
2. En cuestiones de moral subjetiva nadie será mejor juez que uno mismo y es condición para un Estado liberal ser neutral y no imponer ningún tipo de ideal de vida buena sobre cada uno.
3. En cuestiones de moral intersubjetiva donde las decisiones del agente repercuten en otros agentes, el Estado sí puede tomar medidas para prevenir daño a terceros. La justificación del Estado contra las conductas del agente no puede encontrarse, sin embargo, en juicios sobre sus ideales morales. La justificación debe ser sobre la inaceptabilidad de su moral subjetiva y la discusión sobre

19. "Esto supone distinguir dos dimensiones de la moral: aquella compuesta por las pautas intersubjetivas que regula las acciones de unos respecto de otros, y aquella compuesta por pautas autorreferentes, usando este término no en sentido lógico sino en tanto refiere a un comportamiento cuyos efectos inciden solo en el carácter moral del agente". NINO, *Ocho lecciones sobre ética y derecho*, p. 133.

las conductas a prohibir en pos de preservar el principio de daño, debe ser entre mayorías.

4. Dado que en cuestiones de moral subjetiva nadie será mejor juez que uno mismo, no hay razón para someter a voto de las mayorías por más desacuerdo que haya acerca de formas de vida buena.
5. Son los jueces quienes tienen la misión de controlar cuáles son los prerequisites para ser un ciudadano pleno en una democracia liberal (que debe gozar de autonomía), quienes revisen la constitucionalidad de leyes que parecen atentar contra la autonomía.²⁰

El argumento acerca de por qué no es un atentado a la legitimidad democrática aceptar un juez como controlador de constitucionalidad en casos de las precondiciones de derecho político lo reconstruyo de la siguiente manera:

1. El poder del juez es el que tendría cualquier ciudadano en su posición de determinar si una ley satisface las condiciones de legitimidad democrática o la debilita.
 - 1.1 Supuesto del argumento: es claro cuándo una ley amplía el proceso democrático o bien restringe la libertad de las partes y/o la justificación que las partes hacen de sus acciones. No hay desacuerdo en las precondiciones de la participación libre en un proceso democrático.
2. En los procesos democráticos hay derechos que son condición de la validez de esos procesos que todos deseamos en una democracia.
3. Es misión de los jueces (por su posición, formación y entrenamiento) velar por dichos derechos cuya condición de validez no se encuentra determinada por el proceso democrático, sino que está presupuesto por este.²¹

A fin de cargar contra el mayoritarismo es muy poderosa la idea de Nino de que el juez, por otra parte, diría lo que cualquiera con intuiciones democráticas diría que merece ser respetado como derecho en una democracia liberal. En el control popular de constitucionalidad el supuesto es distinto. El pueblo se subdivide en contrincantes y habrá un resultado ganador (gracias a la regla de la mayoría) entre las partes que desacuerdan.

20. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 277.

21. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 276.

El juez que muestra Nino es más bien un árbitro del desacuerdo a quien le peticionan contraste con la Constitución, no es el juez una parte entre contrincantes que desacuerdan como sí sucede en el control popular de constitucionalidad. El juez habla por todos sin necesidad de una regla de la mayoría que puede traer consecuencias aberrantes.²² Así se evita que un derecho fundamental quede sujeto a negociación entre mayorías y como un juez no estaría diciendo nada que otro ciudadano no diría, no es la judicialización del control un procedimiento radicalmente ilegítimo.

En el experimento mental se ha visto cómo las mayorías al diferir en lo que conlleva un derecho, lo disminuyeron de tal forma que ya no es evidente que la libertad de votar a cualquier lista electoral sin intromisión previa o posterior al voto sea un derecho *a priori* en una democracia. Si Waldron desea continuar admitiendo que hay derechos que son condiciones necesarias para una democracia, debe admitir el argumento de Nino a favor del CJC en ciertos casos.

Una democracia que no respete las condiciones 1.1. ni 1.2. que postula Waldron, no merece ser llamada así. A la luz de estas dos convicciones liberales de Waldron y teniendo en cuenta el experimento mental montado sobre un caso que el propio Waldron admite como legítimo en una democracia, hay buenas razones para considerar que la autonomía es un pilar tan fundamental que privarnos de ella para ejercer nuestro derecho a voto es una aberración para la teoría liberal. El solo hecho de someterla a negociación entre mayorías que disputan en la arena política es peligroso para las precondiciones de la democracia.

Si aceptamos el argumento de Nino a favor de la judicialización en el caso de la autonomía, la teoría liberal debe aceptar que es preferible pagar el costo de sacrificar un procedimiento democrático en pos de garantizar la autonomía de cada ciudadano en el momento de ejercer sus derechos políticos. La garantía será ejercida por el control constitucional de un órgano que presenta las cuestiones que más arriba hemos traído a colación que lo hace un órgano en parte antimayoritario como una Corte Suprema de Justicia. Es también un costo a pagar.

22. Nino de todas maneras admite que la posibilidad de que el juez tenga éxito en su control no se puede saber mediante un "cálculo algebraico". Nino no está suponiendo un "Hércules del derecho".

La teoría deliberativista de la democracia de Carlos Nino articula cabalmente la dimensión epistémica y la dimensión moral de una teoría ideal de la democracia. Se ha visto que en su propuesta dicha articulación es también una zona de tensión. Dicha tensión radica en que para preservar la moralidad de la democracia se deben eximir de la deliberación mayoritaria determinadas cuestiones, como la autonomía personal.

Nino admite que en una teoría de la democracia deben convivir ambas caras de la moneda: es conciliacionista entre las condiciones morales y las epistémicas de la democracia. Nino admite excepciones donde el control de constitucionalidad sí debe ser judicial. El mayoritarismo waldroniano no sigue la línea argumentativa nineana y debe afrontar, por ejemplo, la consecuencia contraintuitiva que demostré en el experimento mental. Dicha consecuencia es inocua en la teoría de Nino, ya que admite la judicialización en el caso de la autonomía personal.

V.

La concepción deliberativista de Nino comparte con el mayoritarismo de Waldron una reivindicación del procedimiento democrático. En el caso de Nino, como he señalado, el deliberativismo tiene un componente epistémico que hace que la deliberación democrática nos ayude a llegar a la decisión moralmente correcta.

He expuesto que aun siendo un deliberativista, Nino no admite que cuestiones como la autonomía personal pueda ser sometida a regla de la mayoría. El control de constitucionalidad (si bien, como el propio Nino expresa, nadie es mejor juez que uno mismo para pensar su propia autonomía) será ejercido por el Poder Judicial en ese caso. Interpretando la Constitución intentarán los jueces resguardar los derechos allí blindados. En una democracia deliberativa todo control no popular será aceptado como una excepción, como es el caso de la autonomía personal.

Se ha visto que una posición como la de Nino no cae en la tensión que sí cae la teoría democrática de Waldron. Aun así, queda por demostrar, para reivindicar la concepción de Nino, la legitimidad de restringir a las mayorías el campo de acción sobre cosa tan fundamental como es la autonomía personal.

Podría objetársele a la postura nineana que no da razones suficientes para la judicialización de control constitucional en casos de derechos fundamentales. O, más en específico, que Nino estaría

aceptando injustificadamente al depositar la interpretación y resguardo de derechos fundamentales en los jueces, lo que Julio Montero llama "elitismo epistemológico".²³

En el caso del control judicial de constitucionalidad lo que interesa es probar que puede establecerse que es legítimo otorgar al juez que ejerce el CJC el status de un árbitro ideal imparcial.

Para Nino la existencia de derechos fundamentales blindados en cartas de derechos o constituciones tienen un carácter y no dependen de la experiencia de la deliberación colectiva, es decir, son *a priori*. En una reconstrucción del argumento nineano que realiza Julio Montero hay por un lado i) derechos que son precondiciones para la democracia y ii) derechos resultantes de la deliberación en democracia:

"i) Aquellos derechos que son una condición necesaria para la existencia misma del procedimiento democrático. ii) Todos los derechos restantes, que son simplemente una consecuencia de la deliberación pública [...], respecto de los derechos contenidos en i), afirma que, por tratarse de derechos derivados de los presupuestos mismos del discurso moral, los individuos pueden conocerlos monológicamente, sin necesidad de recurrir a la deliberación pública, sobre todo si disponen de un entrenamiento especial para 'explorar las estructuras del pensamiento individual y las prácticas sociales', como ocurre con los filósofos morales o los jueces".²⁴

Ante una posible crítica mayoritarista sustentada en que no es legítima una decisión sobre derechos donde no se aplica la regla de la mayoría, la concepción nineana respondería que no es necesaria que la deliberación sea pública para que exista efectivamente algún tipo de deliberación.

El juez que ejerce el control de constitucionalidad aplica la reflexión individual, la cual es un tipo de deliberación. Lo que sería absolutamente ilegítimo en una democracia es que se le escape a un proceso de deliberación o que sea realizado por un agente sin la más mínima autoridad dentro de la arquitectura legal del Estado. Dado que la reflexión moral individual es un tipo de deliberación, no podemos hablar de falta absoluta de legitimidad. En todo caso, será una cuestión de grado la legitimidad (se hablará de

23. MONTERO, "La concepción de la democracia deliberativa...".

24. MONTERO, "La concepción de la democracia deliberativa...", p. 324.

mayor grado de legitimidad o menor grado), pero no de naturaleza. La reflexión monológica del juez es una deliberación válida en democracia, de no ser así no existiría el cargo de juez como tal.

El juez justifica su decisión en materia de derechos al controlar la constitucionalidad, combinando su conocimiento jurídico y un razonamiento moral para justificar el alcance o el dominio de un derecho que es preconditione de la democracia liberal (como lo es el de autonomía personal). Si bien el juez razona monológicamente, apela a principios públicos que todos los agentes en su propio razonamiento monológico podrían identificar, adhieran a ellos o no.²⁵ Es fundamental notar que el juez debe apelar a principios públicos, es decir, principios que sean aceptables por todos los ciudadanos. Sin esta característica el razonamiento monológico del juez sí sería ilegítimo. El razonamiento del juez que ejerce el control es el mismo tipo de razonamiento mediante el cual todos conocemos las precondiciones que permiten justificar la democracia liberal.

Ahora bien, para demostrar cabalmente que Waldron debería verse obligado a aceptar una posición como la de Nino, es necesario mostrar que las precondiciones de la democracia pueden estar sustentadas, a la luz de la filosofía del propio Waldron, en un razonamiento moral monológico, lo cual parece razonable dado que la teoría waldroniana no es un deliberativismo extremo sin precondiciones.²⁶

Respecto a los derechos de 1.2. de mi reconstrucción de Waldron, él menciona como ejemplos de esas precondiciones la libertad de expresión y la libertad de asociación. Es con esa clase de precondiciones que la democracia tiene algún tipo de sentido de ser llamada como tal. Para establecer la conexión entre dichas precondiciones y el sentido de la democracia no fue necesaria ningún tipo de deliberación mayoritaria ni pública, más bien hubo un razonamiento moral.

Waldron aquí está admitiendo dos cosas. De una es plenamente consciente y explícito, y es que el procedimiento de regla de la mayoría no se aplicará directamente a las precondiciones que hacen posible ese mismo procedimiento, sino como ya he señalado, a lo que ellos conllevan o implican que sí es fuente legítima de desacuerdo. También está admitiendo,

25. Sobre el razonamiento monológico y el concepto de "discurso moral", ver NINO, *Ocho lecciones sobre ética y derecho*, pp. 63-65.

26. Un ejemplo de una teoría democrática donde las propias precondiciones están sujetas a deliberación y regla de la mayoría es la de Jürgen Habermas.

quizá no tan conscientemente, algo que Nino ya establece previamente: el hecho de que el razonamiento monológico está legitimado a identificar precompromisos morales y derechos que hacen a la democracia y son los que están en disputa cuando se peticiona controlar la constitucionalidad de una norma. En efecto, el propio Waldron sostiene: "Nadie piensa que un puñado de personas esté autorizado para imponer una decisión a los demás, simplemente porque haya más individuos a favor de la decisión que en contra".²⁷ Una afirmación como tal pareciera que capta la mayor intuición moral que tenemos sobre la democracia: sin un procedimiento epistémico/deliberativo entre los afectados, y sin precompromisos que hagan legítimo a ese procedimiento, no es razonable someterse a regla de la mayoría. Curiosamente, no hubo que deliberar colectivamente para llegar a tal afirmación ni tampoco someternos a regla de la mayoría para llegar a ella.

Dichas libertades que justifican la democracia no solo no están sujetas ellas mismas a deliberación o desacuerdo, sino que para justificarlas alcanza con el razonamiento moral de tipo monológico. No niega Waldron, a juzgar por la cita anterior, la posibilidad de que sea mediante el razonamiento moral individual que la conozcamos y aceptemos su validez. Por tanto, dado que está legitimada la deliberación individual para validar la justificación de la democracia (como la que ejerce un juez que razona al controlar la constitucionalidad), es válido inferir que una teoría como la waldroniana no tendría mayores problemas en admitir que el razonamiento moral (en este caso de un juez) es un tipo de deliberación, una deliberación individual, que tiene algún grado de legitimidad.

No solo es conveniente para Waldron una posición que admita excepciones al control popular de constitucionalidad, sino que al ser el razonamiento moral individual un mecanismo legítimo (como el propio Waldron parece admitirlo en el pasaje citado inmediatamente arriba) para inferir la validez de derechos, no es descabellado pensar que para evitar aberraciones se utilice ese mismo mecanismo que ya justificó la esencia de la democracia. Más aún, si la posición de Nino no presenta una consecuencia indeseable para la democracia, como sí la presenta la posición de Waldron, y si la teoría de Nino es compatible con la de Waldron en tanto la fundamentación de las precondiciones de la democracia no depende de un procedimiento de deliberación colectivo ni regla de la mayoría, se

27. WALDRON, *Derecho y desacuerdo*, p. 387.

obtienen dos razones por las cuales Waldron debería adoptar una teoría como la de Nino.

Sobre que la aceptación del control judicial de constitucionalidad es necesariamente un elitismo epistemológico no me ocuparé aquí. Lo cierto es que dados los problemas que presenta la tiranía de la mayoría en cuestiones de derechos fundamentales no es insensato sostener que el control debe ejercerlo la institución más preparada para ese fin con los funcionarios más preparados como son los jueces y juezas.

Las excepciones al control popular de constitucionalidad son *malgré lui* para un deliberativista como Nino, aunque a su juicio necesarias para mantener los prerequisites morales que hacen que sea conceptualmente posible una teoría de la democracia. El problema planteado como hipótesis del artículo encuentra una solución en una postura como la de Nino: el mayoritarismo waldroniano debe aceptar, al menos *malgré lui*, la excepción relativa a la autonomía personal.

BIBLIOGRAFÍA

DWORKIN, Ronald, "Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los estrados", en *Alberta Law Review*, Vol. XXVIII, N° 2, 1990, pp. 324-346, traducción de STOLARZ, Alfredo.

MONTERO, Julio, "La concepción de la democracia deliberativa de C. Nino: ¿Populismo moral o elitismo epistemológico?", en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29, 2006, pp. 319-331.

NINO, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, 1997, Barcelona.

———, *Ocho lecciones sobre ética y derecho*, Siglo XXI, 2013, Buenos Aires.

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, Cambridge, Massachusetts.

WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdo*, Marcial Pons, 2005, Barcelona.

———, "The core of the case against judicial review", en *Yale Law Journal*, Vol. 115, N° 6, Artículo N° 3, 2006, pp. 1346-1406.

¿ATENUANDO EL PRESIDENCIALISMO? ALGUNOS APUNTES SOBRE PRESIDENTES, CONSTITUCIONES Y REFORMAS*

JUAN MARTÍN SCARRAMBERG**

Resumen: Bien sabido es que la motivación de la Reforma Constitucional de 1994 respondió a un propósito reeleccionista. Como contrapeso, en el marco de la negociación se introdujeron determinadas instituciones y cláusulas constitucionales tendientes a atenuar los caracteres del presidencialismo argentino. Tomando en cuenta ello, en el presente trabajo se procurará analizar los principales rasgos del sistema presidencial, desde sus orígenes hasta el producto resultante luego de la reforma. En tal sentido, el artículo tratará de exponer ciertas disfuncionalidades existentes que, lejos de mitigar el poder presidencial, han coadyuvado a su consolidación. Los ejemplos del jefe de Gabinete de Ministros y los poderes presidenciales de decreto son claros y perfectos exponentes de ello.

Palabras clave: reforma constitucional — presidencialismo — poder ejecutivo de la nación — pacto de olivos — jefe de gabinete — poder de decreto

Abstract: It is well known that the main purpose of the 1994 Constitutional Reform was to allow the re-election of the president. As a counterweight, during the bargaining many institutions and constitutional clauses were introduced in order to attenuate the characteristics of Argentine presidentialism. Taking this into account, the following article tries to analyze the principal features of the presidential system, from its origin to the outcome of the reform. In that way, the essay pretends to expose some dysfuncionalities that have helped to consolidate presidential power, rather than mitigate it. The cases of the Chief

* Recepción del original: 13/01/2020. Aceptación: 14/02/2020. Este trabajo obtuvo el primer puesto en el VI Concurso de Ensayos Breves sobre el 25° Aniversario de la Reforma Constitucional de 1994 realizado en conjunto con la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella.

** Abogado (UBA) y licenciado en Ciencia Política (UBA).

of the Ministerial Cabinet and presidential decree power are clear and perfect examples of this issue.

Keywords: constitutional reform — presidentialism — executive power — the olivos pact — chief of the ministerial cabinet — decree power

“Este es un sistema presidencial, no parlamentario.”¹

I. INTRODUCCIÓN

En noviembre de 1993, reunidos en la Quinta Presidencial de Olivos, el presidente Carlos Saúl Menem y su antecesor Raúl Ricardo Alfonsín sellaron un acuerdo político de inusitada trascendencia, dando comienzo al proceso de reforma constitucional más importante desde el acontecido en 1949. En un complejo *quid pro quo*, el líder radical comprometía el apoyo de su partido en el proceso de reforma —y en la habilitación de la reelección presidencial— y, a cambio, se garantizaba la palabra del mandatario de que se introducirían arreglos institucionales con el propósito de atenuar el presidencialismo.

En este marco, la intención del presente trabajo es analizar los caracteres más salientes del presidencialismo argentino —antes y después de la reforma— y dejar en claro que las prescripciones constitucionales introducidas en 1994 no han minado, de modo alguno, la figura del presidente de la Nación. Esta, veinticinco años después, sigue siendo preponderante en la escena política nacional, escena que se encuentra interpelada por las mismas lógicas de poder existentes con anterioridad a la reforma constitucional.

II. EL DEBATE PRESIDENCIALISMO VERSUS PARLAMENTARISMO

Gran parte de los debates de la ciencia política y del derecho constitucional de fines del siglo XX giraron en torno a las quiebras, la restauración y la consolidación de los regímenes democráticos

1. Carlos Saúl Menem. NEGRETTO, *La política del cambio constitucional*, p. 210.

latinoamericanos. Luego de la larga noche autoritaria, muchos académicos se preguntaron si estas nóveles democracias debían transitar nuevamente por los caminos del presidencialismo o si, por el contrario, debían adoptar sistemas semipresidenciales o parlamentarios.

Sectores de la literatura especializada no eran muy benévulos con los sistemas presidenciales, poniendo especial énfasis en ciertas fallas endémicas que conducirían a su descalificación como opción válida. Juan Linz, uno de los máximos detractores, sostenía que los presidencialismos estructuraban juegos electorales de suma-cero, intensificaban los conflictos entre los poderes, carecían de poderes moderadores y de válvulas de escape, generaban gobiernos divididos y eran rígidos.² Como consecuencia, tendían al inmovilismo, la parálisis y el bloqueo gubernamental de las políticas y, consecuentemente, a una mayor propensión al quiebre.

Por otra parte, autores como Shugart y Carey reivindicaban ciertas ventajas del presidencialismo y destacaban que las rupturas en los regímenes se producían incluso en sistemas parlamentarios. La separación de poderes propia de los primeros establecía “un sistema de controles mutuos y de equilibrios institucionales que atraviesa y moldea los enlaces de partido, generando condiciones de balance en el sistema de gobierno”.³ Lo que era visto como un problema para Linz resultaba un beneficio para estos autores; se apostaba a un juego de frenos y contrapesos, con una autoridad expresamente limitada y una autorización política repartida.

En una tercera posición, Giovanni Sartori postulaba que los sistemas semipresidenciales resultaban mejores que los presidenciales, puesto que podían enfrentar mejor a las mayorías divididas. Recomendaba, asimismo, que aquellos países que pretendían abandonar el presidencialismo optasen, prudentemente, por aquel “en vista de que [...] el salto al parlamentarismo es un salto hacia lo diverso y desconocido, mientras que un cambio al semipresidencialismo le permite [...] seguir funcionando en un ámbito que conoce”.⁴ De todas formas, también reconocía que, en definitiva, la “mejor forma política es la que funciona mejor al aplicarse”.⁵

No hay una solución al debate ni una posición que, concluyentemente, pueda dar por acabado el problema. El diagnóstico debe hacerse en forma

2. LINZ, *La quiebra de las democracias*, p. 129.

3. MAYER, *Argentina en crisis*, p. 339.

4. SARTORI, *Ingeniería Constitucional Comparada*, p. 170.

5. SARTORI, *Ingeniería Constitucional Comparada*, p. 169.

individual y tomando en cuenta las especificidades de cada país en particular. Como concluye Mayer, “no existe un punto de vista correcto si no se aborda un estudio sistemático de los factores que produjeron las crisis institucionales del país, sean estos de índole institucional o no”.⁶

III. EL PRESIDENCIALISMO ARGENTINO PREVIO A LA REFORMA

Los orígenes del presidencialismo argentino supusieron una ruptura respecto del modelo norteamericano. A diferencia de lo ocurrido en los Estados Unidos, los prolongados años de guerras civiles entre unitarios y federales y la existencia de conflictos “sobreañadidos” —polarizados entre dos grupos enfrentados de intereses—⁷ derivaron en la necesidad de consolidar una autoridad nacional fuerte como requisito elemental dentro del diseño constitucional.

Las razones de ello, dice Etchemendy, “se encuentran en la visión que sobre estas cuestiones tenían algunos de los Padres Fundadores más importantes en ambas constituciones”.⁸ Alberdi, distinguiéndose del Federalista y siguiendo el modelo del constitucionalista chileno Egaña, consideraba que, para hacer frente a las luchas intestinas, los países latinoamericanos requerían de “reyes con el nombre de presidentes”, debiendo darse “al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero [...] por medio de una Constitución”.⁹ En este sentido, Etchemendy expone que el autor “combina, mediante el enorme poder del Presidente, la firmeza y las garantías públicas de orden que ofrece la monarquía, pero en el marco de un gobierno republicano”.¹⁰

Deudor de esa visión, el texto constitucional original preveía que el Poder Ejecutivo Nacional sería desempeñado por un ciudadano con el título de “Presidente de la Nación Argentina”, que duraría en su cargo seis años, sin poder ser reelegido sino con intervalo de un período (arts. 74 y 77). El presidente era el jefe supremo de la Nación y jefe inmediato y local de su capital, y tenía a su cargo la administración general del país (art. 86).

Entre otras facultades, se le otorgó la de expedir reglamentos de ejecución de leyes, la de desechar proyectos, de indultar y de iniciativa

6. MAYER, *Argentina en crisis*, p. 220.

7. SAGUIR, *¿Unión o secesión?*, p. 252.

8. ETCHEMENDY, “Los orígenes de los presidencialismos...”, p. 3.

9. ETCHEMENDY, “Los orígenes de los presidencialismos...”, p. 3.

10. ETCHEMENDY, “Los orígenes de los presidencialismos...”, p. 3.

legislativa (arts. 68, 72 y 86). Además, se lo dotó de la competencia para intervenir las provincias y declarar el estado de sitio, instituciones que resultan extrañas al diseño institucional estadounidense (arts. 6 y 23). Por otra parte, a diferencia del modelo estadounidense, se eliminó el requisito del *advise & consent* para la designación de los ministros, pudiendo nombrarlos y removerlos a su mera voluntad (art. 86). Nino sostenía que aquel rasgo, previsto en el inciso 2° del artículo II de la Constitución americana importaba una suerte de “parlamentarización” del régimen que limitaba la discrecionalidad presidencial.¹¹ La Constitución, como se aprecia, otorgó un diversificado arsenal de poderes para intervenir en el juego político.

Lejos de agotarse aquí, el papel estratégico e indiscutible que fue adquiriendo el Poder Ejecutivo se debió no solo a este esquema político institucional, sino que se nutrió a partir de la “dinámica de un proceso histórico que ha reasignado atribuciones y recursos institucionales, modificando de hecho la distribución de poderes y el sistema de controles originariamente previsto en la Constitución”.¹²

Por ejemplo, con el paso de los años el poder de decreto del presidente se amplió de forma inconmensurable. Vuelta la democracia, los mandatarios argentinos se valieron de decretos de necesidad y urgencia que la Constitución Nacional no preveía. De acuerdo con datos de Ferreira Rubio y Goretti, Alfonsín empleó ese mecanismo en diez ocasiones, mientras que, hasta el 23 de agosto de 1994, Menem lo hizo en 336 oportunidades.¹³ Por otra parte, mediante las Leyes N° 23.696 y 23.697, el Congreso de la Nación delegó en la figura del presidente Menem extensos poderes para emitir decretos en áreas específicas, como la privatización de empresas públicas.

Finalmente, en sintonía con lo expuesto, Mark Jones identifica cinco factores partidarios e institucionales que explican este fenómeno para el período 1983-1994: 1) un contingente partidario legislativo amplio y disciplinado; 2) la posición fuerte del gobierno federal de cara a las provincias; 3) los fuertes poderes de veto y veto parcial; 4) la facultad de emitir decretos; y 5) la cooptación del Poder Judicial (estos últimos dos durante la administración de Menem).¹⁴

11. NINO, *Un país al margen de la ley*, p. 73.

12. SMULOVITZ, “Constitución y poder judicial...”, p. 75.

13. JONES, “Una evaluación de la democracia presidencialista argentina...”, p. 241.

14. JONES, “Una evaluación de la democracia presidencialista argentina...”, p. 245.

En definitiva, las instituciones argentinas siguieron los objetivos de Alberdi. Mediante una combinación de recursos y factores constitucionales e infraconstitucionales, generaron un escenario perfecto para la concentración de poder en el Poder Ejecutivo. Al respecto, Carlos Nino sostenía que la característica central de la estructura del poder en el país era la constitución de un sistema "hiperpresidencialista", en el que el presidente de la Nación "absorbe funciones que deberían corresponder al Congreso de la Nación, a la judicatura, o a los gobiernos provinciales".¹⁵ Y destacaba que "la hinchazón del Poder Ejecutivo en desmedro de los otros poderes del Estado y de las Provincias, ha debilitado las instituciones democráticas en su conjunto y ha abierto enormes espacios que fueron ocupados por poderes corporativos".¹⁶ De allí que, hacia fines de la década de 1980, desde algunos sectores políticos se entendió fundamental mitigar esa preponderancia.

IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

La idea de reformar la Constitución Nacional no nació con Menem. Por el contrario, en los albores de la democracia, el entonces presidente Raúl Alfonsín constituyó el Consejo para la Consolidación de la Democracia en 1985 procurando "contribuir a la elaboración de un proyecto transformador fundado en la ética de la solidaridad y en la democracia participativa" (art. 1º del Decreto 2446/1985).

El Consejo presentó un informe preliminar en 1986 y un segundo informe en 1987. El eje de la propuesta giraba en torno a la adopción de un régimen semipresidencial. Textualmente, se aconsejaba la "adopción de un sistema mixto, que atenúe las debilidades funcionales del régimen presidencialista mediante la inserción en él de características propias de los sistemas parlamentarios".¹⁷ El presidente conservaría el poder de nombrar

15. NINO, *Un país al margen de la ley*, p. 72.

16. NINO, *Un país al margen de la ley*, p. 82. En una posición distinta, autores provenientes del campo de la ciencia política sostienen que lo característico del presidencialismo argentino no es el "hiperpresidencialismo", sino el péndulo que oscila entre la concentración del poder y su licuación, entre la existencia de líderes todopoderosos y de líderes impotentes. Ver BALÁN & TIBERTI, *La república pendiente*, p. 193.

17. Consejo para la Consolidación de la Democracia, Dictamen preliminar, p. 49.

y remover a sus ministros, pero se incorporaría la figura de un primer ministro o jefe de gobierno. Asimismo, se proponían reformas en el sistema electoral, en los poderes legislativos del Poder Ejecutivo y se incluían propuestas para garantizar la independencia judicial y la autonomía política y económica de las provincias.¹⁸

El proyecto radical, dice Smulovitz, “partía de la premisa de que los cambios institucionales producen, con relativa eficacia y rapidez, cambios en las conductas políticas”. Sus prescripciones tendían a “modificar prácticas políticas cuyo origen se atribuía al carácter presidencialista de su Constitución antes que al sistema institucional que se había configurado como producto de la propia dinámica histórica”.¹⁹ Empero, el presidencialismo argentino no se explicaba únicamente por su texto constitucional.

Las propuestas, si bien contaron con el apoyo del presidente de la Nación, recibieron furibundas y fatales críticas por parte de los juristas del Partido Justicialista. El peronismo no estaba de acuerdo con el nombramiento de un “primer ministro”, sino que únicamente aceptaría la posibilidad de crear un ministro coordinador. Por otra parte, proponía la reelección ilimitada de los representantes, incluida la del titular del Poder Ejecutivo,²⁰ lo que redundaría en un resultado opuesto al pretendido por el proyecto oficial.

Empero, debido a los resultados electorales, así como surgió, así feneció el intento radical de reformar la Constitución Nacional. Sin perjuicio de ello, algunas de las propuestas del Consejo para la Consolidación de la Democracia serían luego retomadas.

Carlos Menem, caudillo justicialista riojano, ganó las elecciones presidenciales de 1989 en un escenario sumamente convulsionado. El gobierno radical se despedía seis meses antes, en un contexto hiperinflacionario espectacular. Dejando de lado rápidamente las banderas electorales del “salariazó” y la “revolución productiva”, la solución para hacer frente a esta dramática situación se basó en una fuerte apertura económica y en una profunda reforma estatal.

Alcanzada la estabilidad económica, desde el menemismo se comenzó a impulsar la reforma constitucional, con el propósito de eliminar la restricción a la reelección. La popularidad de Menem iba en ascenso y el

18. NEGRETTO, *La política del cambio constitucional*, p. 194.

19. SMULOVITZ, “Constitución y Poder Judicial...”, p. 75.

20. NEGRETTO, *La política del cambio constitucional*, p. 196.

mandatario planteaba esa necesidad como la única forma de garantizar y continuar con el crecimiento económico. Hecha pública la propuesta en 1992, la Unión Cívica Radical emitió una declaración oficial oponiéndose.

Sin perjuicio de ello, el proyecto oficial comenzó a avanzar y fue aprobado el 21 de octubre de 1993 en el Senado de la Nación, aunque debiendo negociar modificaciones con partidos pequeños. Simultáneamente, el presidente convocó a un plebiscito para el mes de noviembre y, si bien la oposición conservaba poder de veto en el Congreso, el oficialismo impulsó en la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, la interpretación de que bastaban los dos tercios de los presentes para declarar la necesidad de reforma.²¹

Como destaca Mayer, para ese entonces, el radicalismo se encontraba en un momento crítico. Sectores del partido pujaban contra el liderazgo de Alfonsín, dos gobernadores radicales aprobaban el proyecto de Menem y, finalmente —en palabras del expresidente— “se iba a ir a un plebiscito, que nos mataba”.²² La necesidad de negociar con Menem resultaba imperante. El 13 de noviembre de 1993, finalmente, los líderes sellaron el llamado “Pacto de Olivos”.

Carlos Acuña expone que el 22 de agosto de 1994 se aprobó una reforma del texto magno que “por primera vez en su historia se basa en un pacto dentro de un contexto democrático”.²³ La Constitución reformada, señala el autor, no fue precedida por una victoria militar, no fue una imposición del oficialismo mayoritario ni se dio con la exclusión de la mayoría. Por el contrario, se basó en un acuerdo entre los jefes de los dos partidos mayoritarios y el voto unánime de los convencionales constituyentes.

El radicalismo entendió que, si no se incorporaba al juego, el Partido Justicialista iba a jugar solo. Menem, por su parte, comprendió que, si no invitaba a participar a Alfonsín y sus correligionarios, arriesgaba la legitimidad de la reforma. Negretto sostiene que el mandatario entendía que “una reforma aprobada violando los procedimientos constitucionales habría conllevado un alto costo político”.²⁴ Su respuesta era Alfonsín y, a tal fin, debía hacer concesiones para que una reforma negociada fuera mejor que una reforma impuesta. Acotado su margen de maniobra, el líder radical

21. NEGRETTO, *La política del cambio constitucional*, p. 204.

22. Declaraciones radiales de Raúl Alfonsín al periodista José Pepe Eliashev (6/8/2004).

23. ACUÑA, “Algunas notas sobre los juegos, las gallinas...”, p. 115.

24. NEGRETTO, *La política del cambio constitucional*, p. 206.

encontró en esa necesidad, la ventana para introducir modificaciones a fin de mitigar el presidencialismo.

Con la reforma constitucional de 1994 se logró romper con aquello que Botana y Mustapic denominaron como “consenso negativo”, la idea de que la permanencia del texto constitucional de 1853/1860 se debía, más que a sus virtudes, a la incapacidad de los actores de arribar a acuerdos en pos de su modificación.²⁵ Los partidos mayoritarios lograron, en un tenso y delicado juego, quebrar los vetos mutuos y arribar a un consenso que, si bien subóptimo, permitía satisfacer en mayor o menor medida ciertos intereses perseguidos por ambos bandos. El Pacto de Olivos, con su Núcleo de Coincidencias Básicas, fue presentado como una transacción de intereses; uno lograba la posibilidad de la reelección, mientras que el otro obtenía la atenuación de los poderes presidenciales, que aparecía como una conquista democrática.²⁶

V. EL PRESIDENCIALISMO LUEGO DE LA REFORMA

Es indudable que la reforma introdujo modificaciones al sistema presidencial y a los poderes de los que gozaba el Poder Ejecutivo. Sin embargo, estos cambios no alteraron la esencia del sistema presidencialista, sino que, en algunos puntos, la profundizaron.

En lo que aquí importa, la Constitución Reformada satisfizo la principal pretensión de Menem, al permitirle su reelección. Ello vino de la mano con un acortamiento del mandato que, a tenor de Mayer, mejoró las capacidades de sortear situaciones críticas y graves.²⁷ A su vez, en un intento de contrapesar el poder del presidente, se incorporó la figura del jefe de Gabinete de Ministros y se limitaron los poderes de decreto. Sumado a ello, se eliminó el Colegio Electoral, se introdujo una fórmula electoral de mayoría calificada y se incorporó un tercer senador para la minoría.

Por otra parte, se modificó la forma de selección de los jueces federales y nacionales y se introdujeron las figuras del Consejo de la Magistratura y del Jury de Enjuiciamiento. Además, se modificó la mayoría necesaria para designar ministros de la Corte Suprema y se le otorgó autonomía al

25. SMULOVITZ, “Constitución y Poder Judicial...”, p. 78.

26. MAYER, *Argentina en crisis*, p. 97.

27. MAYER, *Argentina en crisis*, p. 101.

Ministerio Público. De este modo, se pretendía remover toda influencia política de las decisiones judiciales y de la selección de magistrados.

Finalmente, en materia de federalismo, se recortó la facultad del Poder Ejecutivo para disponer la intervención federal de las provincias, se introdujo una cláusula constitucional vinculada con la coparticipación federal de impuestos y se reconoció a las provincias el dominio originario de los recursos naturales. Asimismo, se autonomizó a la Ciudad de Buenos Aires y se declaró la autonomía de los municipios.

Si solo se hiciera eje en la mera existencia de estas instituciones, uno creería que los sistemas de pesos y contrapesos funcionan de maravilla. Sin embargo, la realidad nos sitúa en un escenario distinto. Malamud, al respecto, destaca que una visión demasiado institucionalista soslaya que “es la práctica de los actores más que el diseño jurídico lo que determina la calidad de los resultados de la acción de gobierno”.²⁸ Es el modo en que se ejerce el poder el que moldea o erosiona las instituciones. Esperar que la Constitución, por sí sola, arregle nuestro país es colocar excesivas expectativas en su texto.

Como destacan Balán y Tiberti, el Poder Ejecutivo sigue siendo un poder que detenta una enorme concentración de recursos y persiste en actitudes refundacionales que hieren la continuidad de las políticas públicas.²⁹ De cada uno de los hitos antes destacados podría mencionarse una disfuncionalidad y un intento por parte del PEN de obtener un provecho o un beneficio. Las normas de modificación del Consejo de la Magistratura, el traslado o la designación de magistrados por decreto,³⁰ los llamados “superpoderes”, la ausencia de una nueva ley de coparticipación federal o la vacancia de la Defensoría del Pueblo por más de diez años son algunos ejemplos de ello.

Por cuestiones de espacio, únicamente se hará foco en dos de las modificaciones constitucionales que formaban parte del Núcleo de Coincidencias Básicas y estaban destinadas a atenuar el presidencialismo; la introducción del Jefe de Gabinete de Ministros y la constitucionalización y regulación de los poderes de decreto del presidente de la Nación. La práctica demuestra que, lejos de lograr su cometido, estas se han presentado como instituciones ineficaces para mitigar el poder del Ejecutivo.

28. MALAMUD, “Diseño constitucional y tipo de democracia”, p. 120.

29. BALÁN & TIBERTI, *La república pendiente*, p. 226.

30. Hasta qué punto se llegó que, invocando el artículo 99, inciso 19, de la CN, el PEN pretendió nombrar dos jueces de la CSJN en “comisión” como si tratasen de meros “empleos” (ver Decreto N° 83/2015, del 14/12/2015).

V.A. Los poderes de decreto

Con anterioridad a la reforma, los poderes constitucionales del presidente se circunscribían al de iniciativa legislativa, de veto y a la autoridad para emitir decretos reglamentarios. Empero, la lógica político-institucional —junto con la venia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— hipertrofió las facultades del Poder Ejecutivo, facilitando el desarrollo de poderes paraconstitucionales, tales como el de emitir decretos delegados o de necesidad y urgencia.

Sobre estos últimos, el Consejo para la Consolidación de la Democracia había aconsejado su regulación constitucional, limitada y como facultad conjunta del Primer Ministro y del presidente de la Nación, invocando “ciertas circunstancias de extrema gravedad o fuerza mayor, de marcada complejidad [que] justifican la arrogación de competencias legislativas”.³¹ También había propuesto habilitar la delegación legislativa, como una atribución conjunta de esos órganos y fundamentada en los conocimientos técnicos especializados con los que el Poder Ejecutivo cuenta en determinadas materias.

Años después, en el seno de la Convención Nacional Constituyente, el convencional Maqueda exponía que, desde ahora, existirían límites en ambos casos y un verdadero procedimiento para el dictado de decretos y se preguntaba “si esta limitación existía en la Constitución de 1853; y si no existía, ¿cómo se puede decir que estamos acrecentando los poderes del presidente en lugar de manifestar que los estamos disminuyendo?”.³²

Los artículos 76 y 99, inciso 3º, de la Constitución dan forma a los institutos mencionados. Partiendo de un principio de prohibición, facultan, por un lado, la delegación legislativa en materia de administración y emergencia con plazo fijado y dentro de sus bases, y, por otro, el dictado de DNU ante circunstancias excepcionales que impidan el trámite legislativo ordinario y siempre que no se trate de materia electoral, penal, tributaria o de partidos políticos. Obligan, además, a la intervención de la Comisión Bicameral Permanente (CBP), para que proceda a emitir un dictamen y lo eleve a las Cámaras.

Como bien enfatiza Negretto, la reforma —de manera paradójal— fortaleció los poderes legislativos formales del presidente, formalizándolos y volviendo menos controversial su utilización.³³ En igual sentido, siguiendo

31. Consejo para la Consolidación de la Democracia, Segundo dictamen, p. 35.

32. Convención Nacional Constituyente, sesión del 01/08/1994, p. 2618.

33. NEGRETTO, *La política del cambio constitucional*, p. 217. También, MAYER, *Argentina en crisis*, p. 99.

a Jones, una lectura estricta de la Constitución indica que los poderes legislativos del presidente argentino se han incrementado. Los cambios introducidos en estos puntos fueron muy generales y delegaron en el Congreso Nacional la tarea de producir la regulación apropiada.³⁴

Algunos autores señalaban que la ley a dictarse debía limitar la discrecionalidad de los poderes —con, por ejemplo, la introducción de plazos de caducidad de los decretos— y dar lugar a acciones que promuevan la seguridad jurídica.³⁵ Lejos de esto, la Ley N° 26.122, regulatoria de la materia, no hizo más que facilitar el ejercicio del poder de decreto del presidente de la Nación. Ello, fundamentalmente, porque su artículo 24 constituye un obstáculo realmente fatal para el control parlamentario, pues exige el rechazo expreso de ambas Cámaras para derogar el decreto y, con ello, un fuerte esfuerzo de coordinación entre las distintas fuerzas políticas que las componen. Y porque, por otra parte, la norma no incorpora un plazo de caducidad frente a la falta de pronunciamiento.

Asimismo, la intervención de la CBP ha resultado insignificante. Smulovitz sostenía que, en el nuevo marco constitucional, de la comisión “crea un límite institucional inexistente en la Constitución anterior, al que los legisladores pueden llegar a apelar”.³⁶ Sin embargo, sus dictámenes no son vinculantes y la realidad muestra que su ausencia —práctica usual— no tiene consecuencia jurídica alguna.

En este sentido, Castro Videla, Santiago y Veramendi concluyen que la práctica institucional desde la sanción de la ley evidencia que el control efectuado por esos órganos “ha sido más bien laxo, permisivo y poco riguroso”.³⁷ Y que la prueba de ello es que, en los más de doce años de funcionamiento de la CBP, ningún decreto fue dejado sin efecto y, muchos de ellos, siquiera fueron tratados por el cuerpo. Ello, ni cuando la materia regulada rozaba las taxativamente prohibidas por la Constitución Nacional.³⁸

34. JONES, “Una evaluación de la democracia presidencialista...”, p. 248.

35. SPILLER & TOMMASI, *Las fuentes institucionales del desarrollo argentino*, p. 179.

36. SMULOVITZ, “Constitución y Poder Judicial...”, p. 84.

37. CASTRO VIDELA, SANTIAGO & VERAMENDI, *El control del Congreso sobre la...*, p. 46. Gelli sostiene que el control es más aparente que real, en GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Tomo II*, p. 384.

38. Ver Poder Ejecutivo Nacional, DNU N° 257/2019 y DNU N° 62/2019, fuertemente vinculados con la materia penal.

Tampoco el control judicial ha sido suficiente. Por ejemplo, respecto de los DNU, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que su dictado no puede responder a cuestiones de conveniencia, ajenas a circunstancias de extrema necesidad, y requiere la concurrencia de una situación en la que sea imposible reunir al Congreso de la Nación —ya sea, por circunstancias de fuerza mayor, como acciones bélicas o desastres naturales— y una solución de urgencia tal que resulte incompatible con el plazo que demanda el trámite normal de sanción de una ley.³⁹

El estándar, como se observa, es sumamente riguroso. Sin embargo, el Poder Ejecutivo ha dictado numerosos decretos soslayándolo absolutamente. Por ejemplo, al regular el régimen de extinción de dominio ha invocado que el proyecto de ley llevaba dos años de trámite legislativo sin ser tratado por las Cámaras o, por otra parte, ha prorrogado sucesivamente, durante casi diez años, el régimen administrativo para la inscripción de recién nacidos.⁴⁰

En definitiva, como sostienen Posner y Vermeule, la capacidad de monitoreo del Poder Judicial de las actividades del Ejecutivo se halla sumamente limitada. Tanto por exigencias constitucionales —como la existencia de un caso— como también por problemas de información asimétrica, de intereses contrapuestos y de insularidad entre los jueces y sus diversas visiones, que impiden resolver completamente esos conflictos. Parafraseando a esos autores, los casos “Verrocchi” no son la regla, sino la excepción.⁴¹

V.B. El jefe de Gabinete de Ministros

Otra de las instituciones mediante las que se procuraba la morigeración del presidencialismo imperante fue la incorporación de la novedosa figura del jefe de Gabinete de Ministros (JGM). Al respecto, el convencional constituyente por la UCR, Enrique Paixao, miembro informante del dictamen de mayoría, sostenía que su introducción procuraba dar “al órgano ejecutivo del gobierno nacional mayor dinamismo, mayor elasticidad para enfrentar problemas de crisis y la garantía de que el pluralismo ha de ser el modo permanente en el

39. CSJN, “Verrocchi”, considerando 9°.

40. Ver, en el primer caso, Poder Ejecutivo Nacional, DNU N° 62/2019 y en el segundo, Poder Ejecutivo Nacional, DNU N° 90/2009, 278/2011, 339/2013, 406/2015, y 160/2017. En otra muestra de discrecionalidad, en los años pares, estos DNU fueron prorrogados por decretos sustentados en el artículo 99, inc. 1, de la CN (por ejemplo, Decretos N° 92/2010 y N° 222/2018).

41. POSNER & VERMEULE, *The executive unbound*, p. 30.

ejercicio del poder” y añadía que, “dentro del régimen presidencialista, va a significar una atenuación de las facultades del presidente”. Asimismo, colocada en un lugar de contacto permanente con el Poder Legislativo, esta figura otorga al sistema “la imagen central que caracteriza a los sistemas parlamentarios, la imagen del ministro que informa de la marcha de la cosa pública”.⁴²

Una vez sancionada la Constitución, algunos diagnósticos consideraban que se debían reforzar sus recursos técnicos e institucionales⁴³ para que el órgano pudiera cumplir un rol de trascendencia. Otros entendían que esta nueva institución abría un nuevo ámbito para la negociación interpartidaria y que, más allá de que termine restringiendo o no la autonomía del Poder Ejecutivo, “su sola institucionalización crea la oportunidad para que esto ocurra”.⁴⁴

En un extremo contrario, autores como Natalio Botana postulaban que la inclusión del JGM “apenas inyecta en la Constitución reformada una tímida expresión de responsabilidad parlamentaria”.⁴⁵ Sabsay, asimismo, señalaba que esta figura no podría atenuar la centralidad de la figura presidencial ni constituirse como un contrapeso a aquella.⁴⁶ Bidart Campos, por otro lado, entendía que la reforma no le otorgaba un perfil parlamentario al sistema y que, en definitiva, el sistema partidario se intercalaría como árbitro para dar operatividad o bloquear normas constitucionales.⁴⁷

Siguiendo esta línea, lo cierto es que en el marco de la reforma no se logró dotar a la figura de los sistemas de control de tipo parlamentario, habitual en los sistemas semipresidenciales.⁴⁸ Aún más, luego de que el Comité Nacional de la UCR aprobara el acuerdo, Menem manifestó su oposición al posible papel del órgano como jefe de gobierno, colocando en aprietos al líder radical.⁴⁹ El presidente en funciones —quien, recordemos, perseguía la reelección— no se disponía a ceder ni un ápice de poder real.

Lo característico de los sistemas semipresidenciales es la diarquía entre primer ministro y presidente, quienes cuentan con legitimidad electoral

42. Convención Nacional Constituyente, sesión del 27/07/1994, pp. 2201-2202.

43. SPILLER & TOMMASI, *Las fuentes institucionales del desarrollo argentino*, p. 206.

44. SMULOVITZ, “Constitución y Poder Judicial...”, p. 82.

45. BOTANA, “Las transformaciones institucionales...”, p. 16.

46. SMULOVITZ, “Constitución y Poder Judicial...”, p. 83.

47. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada. Tomo III*, p. 293.

48. MAYER, *Argentina en crisis*, p. 101.

49. NEGRETTO, *La política del cambio constitucional*, p. 210.

propia —indirecta y directa, respectivamente—. A diferencia de lo que ocurre en el sistema del “águila de dos cabezas”, la figura del JGM carece de dicha legitimidad, así como de apoyo parlamentario. Es designado por y depende del presidente de la Nación quien, además, puede removerlo a su mera voluntad. Por su parte, el Congreso de la Nación no interviene en su designación, aunque sí puede —en un complejo procedimiento— destituirlo de su cargo con las mayorías absolutas de los miembros de cada Cámara (arts. 100 y 101).

En la práctica, como destaca Gelli, la amplitud del papel político-institucional del funcionario depende, en última instancia, de cuán dispuesto a delegar esté el presidente en ejercicio. La función administrativa del JGM se diluye y perfila como la de un secretario general o de un vocero.⁵⁰ En igual sentido, De Luca destaca que, durante el menemismo, el cargo se convirtió en una herramienta adicional a disposición del mandatario para controlar a su equipo de gobierno, antes que en una pieza de equilibrio. Por otra parte, durante la presidencia de la Rúa, luego de la salida de Terragno, la institución actuó como un recurso presidencial más. Finalmente, en la administración kirchnerista, las varias funciones del JGM “fueron paulatinamente replegándose, como así también el poder de este funcionario dentro del propio gobierno”.⁵¹

Por otra parte, se pensaba en el jefe de Gabinete como una válvula de salida ante la crisis.⁵² Balbín destaca que, en casos de gobiernos divididos, el presidente podría armar “un gobierno de coalición o cohabitación con los partidos de la oposición [...] nombrar a un jefe de Gabinete opositor o consensuado con la oposición, y delegarle facultades”.⁵³ Sin embargo, la crisis de 2001, la peor desde el retorno de la democracia, echó por tierra estas especulaciones. Luego del ofrecimiento efectuado por el presidente De la Rúa, la oposición prefirió rechazar la propuesta de incorporarse al gobierno y la administración radical continuó en el sendero hacia el hundimiento. En un momento en que la institución pudo haber mostrado otro cariz, los beneficios de su introducción no se visualizaron.

Por último, el órgano tampoco ha actuado como un canal de comunicación entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. La Constitución Nacional

50. GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Tomo II*, p. 417.

51. DE LUCA, “Del príncipe y sus secretarios...”, p. 46.

52. MAYER, *Argentina en crisis*, p. 101.

53. BALBÍN, *Curso de derecho administrativo*, p. 614.

prevé que el JGM debe concurrir al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de las Cámaras. Un informe de CIPPEC (Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento) demuestra que solo se realizó el 38% de las sesiones informativas.⁵⁴ Además, como destaca De Luca, esas presentaciones han sido una mera formalidad. Generalmente, el funcionario ha expuesto un informe sin admitir la discusión directa o bloqueando el debate, lo cual ha provocado desinterés entre los legisladores.⁵⁵

VI. CONCLUSIONES

Hacia 1994, Sagüés sostenía que la “Constitución está aún por hacerse”.⁵⁶ Veinticinco años después podemos decir que la actividad desplegada para “hacerla”, discurrió en un sentido contrario al que se pensaba. En este trabajo se procuró, sucintamente, dejar de manifiesto que las leyes sancionadas y las prácticas políticas de estas dos décadas robustecieron el presidencialismo, cuyo poder se pretendía mitigar.

En este marco, cabe señalar que, en tanto los hilos del Poder Ejecutivo de la Nación sean manejados por un “rey con el nombre del presidente”, aquel va a contar con los medios para mantenerse en el centro de la escena. Mientras que —en una suerte de “*L’État, c’est moi*”— la ley le sea dispondible y los mecanismos de *accountability* resulten magros e ineficaces, la situación no va a variar.

La solución a nuestros dilemas ha sido postulada con precisión por el economista Daron Acemoglu, cuando indicó que la Argentina precisa de “un liderazgo débil, que esté limitado por las instituciones, que respete al Parlamento, a la oposición, a los medios [...] Creo que los argentinos deberían rezar por un líder cuyo nombre fuera totalmente olvidable”.⁵⁷ Respetar y hacer cumplir la Constitución es un paso inicial y esencial para quien se preste a constituirse en ese líder.

54. AQUILINO, ARENA & RUBIO, “El jefe de Gabinete de Ministros...”, p. 1.

55. DE LUCA, “Del príncipe y sus secretarios...”, p. 46.

56. SMULOVITZ, “Constitución y Poder Judicial...”, p. 85.

57. VÁZQUEZ, Entrevista a Darío Acemoglu en “Argentina necesita un liderazgo débil, con un líder que escuche a las instituciones”, 23/06/2013. Citado en BALÁN & TIBERTI, *La República Pendiente*, p. 230.

BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA, Carlos H., “Algunas notas sobre los juegos, las gallinas y la lógica política de los pactos constitucionales”, en ACUÑA, Carlos H. (comp.), *La nueva matriz política argentina*, Nueva Visión, 1995, Buenos Aires.
- AQUILINO, Natalia; ARENA, Emiliano; RUBIO, Jimena y otro, “El jefe de Gabinete de Ministros en el Congreso: aportes para planear, medir e informar sobre la gestión de gobierno” en *Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento*, N° 216, 05/2019, URL <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2019/07/El-Jefe-de-Gabinete-de-Ministros-en-el-Congreso.pdf>.
- BALÁN, Pablo E. & TIBERTI, Federico H., *La república pendiente*, El Ateneo, 2014, Buenos Aires.
- BALBÍN, Carlos, *Curso de derecho administrativo*, La Ley, 2007, Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, 6ª ed., Ediar, 2008, Buenos Aires, tomo III.
- BOTANA, Natalio, “Las transformaciones institucionales en los años del menemismo”, en MAYER, Jorge & SIDICARO, Ricardo (comp.), *Política y sociedad en los años del menemismo*, Oficina de Publicaciones del CBC, 1995, Buenos Aires.
- CASTRO VIDELA, Santiago, SANTIAGO, Alfonso & VERAMENDI, Enrique, *El control del Congreso sobre la actividad del Poder Ejecutivo*, La Ley, 2019, Buenos Aires.
- Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Reforma constitucional: dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Eudeba, 1986, Buenos Aires.
- , *Reforma constitucional: segundo dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Eudeba, 1987, Buenos Aires.
- Convención Nacional Constituyente, *Diario de Sesiones*, 1994.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Verrocchi”, “Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción de amparo”, 19/08/1991, *Fallos* 322:1726.
- DE LUCA, Miguel A., “Del príncipe y sus secretarios. Cinco apuntes sobre gabinetes presidenciales en la Argentina reciente”, en DE LUCA, Miguel A. & MALAMUD, Andrés (coord.), *La política en tiempos de los Kirchner*, Eudeba, 2011, Buenos Aires.

- ETCHEMENDY, Sebastián, “Los orígenes de los presidencialismos argentino y norteamericano desde la Teoría Política. Una comparación entre Alberdi y los autores federalistas”, en *Documento de trabajo N° 27*, UTDT, 1995, Buenos Aires.
- GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, 4a ed., La Ley, 2009, Buenos Aires, Tomo II.
- JONES, Mark, “Una evaluación de la democracia presidencialista argentina: 1983-1995”, en MAINWARING, Scott & SHUGART, Matthew (comp.), *Presidencialismo y democracia en América Latina*, Paidós, 2002, Buenos Aires.
- LINZ, Juan, *La quiebra de las democracias*, Alianza Estudio, 1991, Buenos Aires.
- MALAMUD, Andrés “Diseño constitucional y tipo de democracia”, en MAYER, Jorge & SIDICARO, Ricardo (comp.), *Política y sociedad en los años del menemismo*, Oficina de Publicaciones del CBC, 1995, Buenos Aires.
- MAYER, Jorge, *Argentina en crisis. Política e instituciones 1983-2003*, Eudeba, 2012, Buenos Aires.
- NEGRETTO, Gabriel L., *La política del cambio constitucional*, Fondo de Cultura Económica, 2015, Buenos Aires.
- NINO, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, 4ª ed., Ariel, 2014, Buenos Aires.
- Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 90/2009, 05/02/2009, *BORA 05/02/2009*.
- , Decreto 278/2011, 03/03/2011, *BORA 03/03/2011*.
- , Decreto 339/2013, 26/03/2013, *BORA 26/03/2013*.
- , Decreto 406/2015, 12/03/2015, *BORA 12/03/2015*.
- , Decreto 160/2017, 10/03/2017, *BORA 10/03/2017*.
- , Decreto 62/2019, 21/01/2019, *BORA 21/01/2019*.
- , Decreto 257/2019, 10/04/2019, *BORA 10/04/2019*.
- POSNER, Eric A. & VERMEULE, Adrian, *The executive unbound. After the madisonian republic*, Oxford University Press, 2011, Croydon.
- SAGUIR, Julio, *¿Unión o secesión? Los procesos constituyentes en Estados Unidos (1776-1787) y Argentina (1810-1862)*, Prometeo Libros, 2007, Buenos Aires.
- SARTORI, Giovanni, *Ingeniería Constitucional Comparada*, 4ª ed., Fondo de Cultura Económica, 2016, Ciudad de México.
- SMULOVITZ, Catalina, “Constitución y Poder Judicial en la nueva democracia argentina. La experiencia de las instituciones”, en ACUÑA, Carlos

H. (comp.), *La nueva matriz política argentina*, Nueva Visión, 1995, Buenos Aires.

SPILLER, Pablo T., & TOMMASI, Mariano (dir.), *Las fuentes institucionales del desarrollo argentino*, Eudeba, 2000, Buenos Aires.

VÁZQUEZ, Luciana, Entrevista a Darío Acemoglu en “Argentina necesita un liderazgo débil, con un líder que escuche a las instituciones”, *La Nación*, 23/06/13, URL <https://www.lanacion.com.ar/opinion/daron-acemoglu-argentina-necesita-un-liderazgo-debil-con-un-lider-que-es-cuche-a-las-instituc-nid1593841>, consultado 13/05/2020.

TRADUCCIONES

COMENTARIO PRELIMINAR SOBRE EL ARTÍCULO DE F. OLSEN

Lecciones y Ensayos es una revista dirigida por estudiantes desde el año 1956, y luego de más de sesenta años se ha convertido en un espacio académico histórico de nuestra Facultad para profesores/as, investigadores/as, estudiantes y docentes. Asimismo, su Consejo de Redacción ha sido integrado por un gran número de estudiantes y siempre fue un lugar de intercambio y aprendizaje para ellos/as.

Este tipo de espacios plurales son más que la mera maquinaria de (re)producción de artículos o repetición de información. Son oportunidades de formación y reflexión, lugares de discusión e intercambio, de debate crítico y crecimiento.

Quienes hoy integramos *Lecciones y Ensayos* pensamos que es importante rescatar, analizar y difundir obras que estudien, cuestionen, critiquen y defiendan las revistas dirigidas por estudiantes en su calidad de tales. Son trabajos —como el que a continuación podrá leerse— que analizan el funcionamiento y la repercusión que estas publicaciones tienen: a quienes formamos parte nos ayudan a comprender nuestro rol —presente y futuro— dentro de ellas; a quienes no, invita y muestra una zona de tierra fértil donde pensar, debatir, discutir. La contribución de este tipo de obras nos ayuda a reflexionar sobre el papel de las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes en la academia: sus falencias y sus virtudes, con las críticas y defensas que evocan.

Es posible que el contenido de la obra que sigue pueda ayudarnos más a nosotros/as —actuales miembros de la revista— que a quienes leen estas palabras. Pero pensar en el rol de *Lecciones y Ensayos* y de las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes es también una forma de pensar la educación legal, y el lugar que publicaciones como estas ocupan en la formación de futuros/as abogados/as, investigadores/as, funcionarios/as públicos, docentes. Y es importante porque no solo somos nosotros/as quienes hacemos estos espacios: son nuestros colaboradores/as, y la academia que produce y que comparte su trabajo, quienes nos acompañan.

Frances Olsen ha dedicado su vida profesional a trabajar e investigar teoría jurídica feminista, disidencia y derecho, derecho de familia, feminismo, cambio social y teoría jurídica, y ha dictado conferencias en todo el mundo. En esta oportunidad se ha pronunciado sobre las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes en la academia norteamericana. Las distancias físicas no impiden que los paradigmas se extrapolen —con sus diferencias— a distintos puntos del globo, como a nuestro país. Estas palabras, pronunciadas por la profesora Olsen hace ya tiempo, se sienten novedosas y son útiles en nuestro presente. Su trabajo nos invita a pensar las mismas problemáticas ¿Qué lugar ocupan y deberían ocupar las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes? ¿Cómo es posible —si lo es— mejorarlas? Invitarlos/as a leer este texto es invitarlos/as a pensar con nosotros/as los problemas con los que trabajamos y desde donde intentamos crecer cada día, convencidos/as de que ese proceso de pensarnos a nosotros/as mismos/as como *Lecciones y Ensayos* es, en sí mismo, un aprendizaje.

CONSEJO DE REDACCIÓN

EL ROL DE LAS REVISTAS JURÍDICAS DIRIGIDAS POR ESTUDIANTES EN EL CRECIENTE DERECHO NORTEAMERICANO*

FRANCES OLSEN**

Luego de escuchar a algunos de mis colegas presentes aquí hoy, observo que mi presentación apoya en gran medida a las revistas jurídicas conducidas por estudiantes. Incluso, tal vez, debería llamarla "un panegírico a las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes".

Estas revistas son una institución poco conocida fuera de los Estados Unidos. Se podría decir, con algo de razón, que es una institución que comenzó casi por accidente y se mantuvo en gran medida incuestionada. ¿Por qué las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes no han sido cuestionadas de forma seria o significativa?

Muchos profesores de derecho han participado en revistas jurídicas dirigidas por estudiantes y para muchos, si no para la mayoría, ha sido una experiencia positiva y, en muchos casos, formativa. En consecuencia, aunque son las personas que se hallan en la mejor posición para generar algunos cambios, es muy improbable que lo hagan, dado que están emocionalmente comprometidos y no quieren afectar ese espacio.

Sin embargo, algunos de estos profesores, aquellos que apoyan nostálgicamente estos espacios, se molestan cuando las revistas rechazan un artículo escrito por ellos, o lo editan de una manera que no es de su agrado.

* El presente artículo fue publicado originalmente en el volumen 39 (3) de la Revista *Alberta Law Review*, 2001, bajo el título "The Role of Student-Run Journals in Opening North American Law". Su texto original se encuentra disponible en DOI <https://doi.org/10.29173/alr1406>. La traducción fue realizada por miembros del Consejo de Redacción de *Lecciones y Ensayos* y supervisada por la directora del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Mary Beloff. Asimismo, le agradecemos a la Profesora Beloff por recomendarnos la traducción y publicación de este texto.

** Profesora de Derecho, Universidad de California, Los Ángeles.

Algunos profesores rencorosos o rígidos incluso se molestan cuando las revistas aceptan artículos que no les gustan, o artículos escritos por autores percibidos como enemigos u oponentes. Muchos profesores mayores o de mediana edad romantizan sus propias experiencias en estas revistas, y se quejan de que "los estándares han caído".

Así es que la institución de las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes es fuerte y poco cuestionada y, sin embargo, es también frecuentemente criticada, como lo ha sido en el simposio de hoy. En realidad, no estoy en desacuerdo con la mayor parte de las críticas expuestas esta tarde. Al contrario, sostengo que críticas similares a estas —o más significativas— podrían aplicarse a cualquier otra publicación jurídica periódica, y considero, por otro lado, que las ventajas de las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes superan ampliamente las críticas hoy esbozadas.

Muchos críticos resaltan que gran parte de lo que se publica en estas revistas es convencional, irrelevante y con demasiadas notas a pie de página. Los "principiantes" son los responsables de aquello que se publica, generalmente sin que haya revisión por pares de ningún tipo. La aproximación más cercana a una revisión por pares es la práctica aleatoria que tienen los estudiantes de buscar el consejo de sus profesores amigos.¹ La tradición de buscar este tipo de consejos varía de universidad a universidad, y de un grupo de editores a otro. En el mejor de los casos, la práctica es azarosa. En el peor, puede llevar a malos consejos de forma sistemática. Los profesores que dan estos consejos son elegidos más aleatoriamente que a partir de un verdadero proceso de revisión por pares, y no se hacen cargo seriamente de las opiniones que dan. Me preocupa que algunos profesores con mentalidad cerrada pudieran, a través de comentarios aparentemente casuales o despectivos, desalentar la publicación de un artículo meritorio a cuya tesis o autor se opongan. Estos mismos profesores, si fuesen llamados a escribir una revisión entre pares más formal, serían incapaces de justificar sus evaluaciones negativas o estarían más preocupados por poner en riesgo su propia reputación frente a los editores de las revistas jurídicas al emitir críticas infundadas.

Tal como acusan los críticos, la reescritura agresiva de manuscritos efectivamente existe. Recuerdo que, durante mi primer año en una revista

1. En un discurso en el *Indiana Law Journal banquet*, el profesor Ronald D. Rotunda aconsejó a los editores estudiantiles que busquen asesoramiento de sus profesores con relación a qué artículos y qué notas de estudiantes publicar, asegurándoles que tal asesoramiento no pondría en riesgo su valorada independencia. ROTUNDA, "Law reviews. The extreme centrist positions", p. 9.

jurídica, asistí al editor en jefe para —esencialmente— destruir un artículo que era un controversial desafío a miradas conservadoras del proceso penal. La anterior junta de editores aceptó el artículo, algo que mi propio editor en jefe jamás hubiera hecho. Él hizo su mejor esfuerzo para reducir el tono confrontativo del artículo. Me encontré a mí misma en un rol de liberal luchando para mantener en alguna medida el espíritu original del artículo. En los años que siguieron, el campo del proceso penal se ha vuelto aún más conservador, y el artículo, tal como fue finalmente editado, hoy podría parecer agresivo y controversial. Pero en ese tiempo el autor se sintió decepcionado —con razón— por la desradicalización que su texto había sufrido.

Siguiendo lo dicho por los críticos, en algunas oportunidades los editores de las revistas desestiman a profesores que aún no son titulares de cátedra. En otras ocasiones, también publican el trabajo de profesores populares para que logren la titularidad sin tener suficientemente en cuenta la calidad del trabajo que están publicando. Si, además, estos profesores son populares dentro del claustro de docentes o si simplemente son “uno de ellos”, el claustro les puede otorgar la titularidad sobre la base de uno o dos artículos publicados en sus propias revistas jurídicas, aun cuando la publicación en dichas revistas fuera lo único que puede decirse sobre el artículo o sobre el profesor. Las revistas dirigidas por el claustro de docentes son objeto del mismo tipo de sesgo e incluso es más probable que sea la misma gente la que se beneficia por decisiones generosas en relación con la titularidad, quienes también se benefician por generosas decisiones de publicación en una revista dirigida por el claustro.

Finalmente, tal como acusan los críticos, las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes son, hasta cierto punto, reproductoras y defensoras de las jerarquías universitarias. Así como lo hacen los profesores, los estudiantes se esfuerzan mucho para lograr mantener —e incluso elevar— a su escuela dentro de la jerarquía universitaria.² Esto conduce ocasionalmente a aceptar artículos de autores de renombre y a rechazar aquellos de gente desconocida.³ Esto puede llevar a la posibilidad de rechazar artículos controversiales y a

2. Ver globalmente NICHOLS, “A student defense of student...”, pp. 1122-1125 (los editores estudiantiles se orientan hacia logros y “se identifican fuertemente con aquello que escriben”).

3. Comparar BLANK, “The effects of double-blind vs. single-blind reviewing...”, pp. 1063-1064 (sugiere un efecto limitado de la identidad del autor en las decisiones de publicación del *American Economic Review*).

adoptar así las peores formas de conformismo.⁴ Sin embargo, ninguno de los críticos de las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes ha sugerido, o siquiera insinuado, un sistema alternativo convincente que pueda evitar el problema de las revistas que buscan el éxito jerárquico en términos convencionales. La mayoría de las alternativas propuestas por quienes critican las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes podrían, según mi punto de vista, seguir reproduciendo y apoyando —mucho más que menos— la jerarquía dentro de la profesión. De hecho, hay un peligro adicional: que las revistas puedan llegar a depender del apoyo económico de fundaciones comerciales y de derecha, comprometiendo de este modo la independencia académica y la integridad en formas a las que las revistas de estudiantes nunca siquiera se acercaron.

Muchas de las percibidas o aclamadas “debilidades” de las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes también son fortalezas. Los estudiantes eligen los artículos y suelen estar abiertos a nuevas ideas y abordajes. Aunque pueda haber algo de verdad en la afirmación de Allen Hutchinson cuando dice que el trabajo creativo se mantiene en los márgenes, el punto más importante es que esos trabajos, sin embargo, están publicados, y uno puede encontrarlos y leerlos. Aquellos interesados en el trabajo novedoso aprenden a encontrar y a leer los márgenes. Al menos los márgenes están ahí. El hecho de que haya un gran número de publicaciones jurídicas quiere decir que se puede publicar artículos en derecho.

En otras disciplinas académicas, aquellas que no tienen revistas dirigidas por estudiantes, hay toda una serie de áreas y enfoques nuevos que pueden estar rezagados o pueden ser pasados por alto durante años. Puede llevar mucho tiempo que un nuevo enfoque sea aceptado por cualquier revista jurídica. Probablemente, haya un trabajo académico que valga la pena en alguna de estas otras disciplinas académicas que nunca haya visto la luz del día. En esas áreas en que las revistas son profesionales o manejan el sistema de revisión de pares, las personas atrincheradas en posiciones editoriales pueden, efectivamente, bloquear estas nuevas áreas de investigación. Por el contrario, no estoy al tanto de que ningún buen artículo jurídico no haya podido encontrar alguien que lo publique. Más allá de que las revistas dirigidas por estudiantes pueden algunas veces ser reacias a adoptar nuevos enfoques,

4. Contra NICHOLS, “A student defense of student...”, pp. 1625-1626 (“las revistas jurídicas han resultado interesantes e innovadoras, al tomar la iniciativa y no dejar que otros lo hagan”).

estas se ven mucho menos afectadas por el problema de la característica conservadora que suponen los puestos editoriales atrincherados, debido a que existe un recambio anual del personal.

Llegado a este punto, suelo ser acusada de malcriada y de no saber de lo que estoy hablando. Como muchos saben, tuve la suerte de que mi primer artículo haya sido publicado en *Harvard Law Review*.⁵ Este trabajo fue destacado en el último estudio del “Top 100” de artículos de derecho más citados.⁶ Así, algunos afirman que no tengo ningún problema para publicar cualquier cosa que escriba y que estoy desconectada del real y complicado mundo de los autores novatos. Sin embargo, este primer artículo que escribí fue rechazado por otras diez revistas jurídicas, mostrándome por lo menos un poco del mundo real. Además, llevo diciendo hace unos quince o veinte años que cualquier buen artículo jurídico, por poco convencional que sea, puede ser publicado. Siempre que un autor novato se me ha acercado siguiendo esta premisa, he logrado que su artículo fuera publicado. El primer ejemplo que se me viene a la mente es un artículo de Ellen M. Kelman, publicado en la revista jurídica de Saint John.⁷ El ejemplo más reciente es un trabajo hecho por un autor anónimo, aparentemente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas, que interactuó conmigo a través de un intermediario y cuya identidad todavía desconozco.⁸ En estos casos, los autores y las revistas en las que ellos publicaron se han mostrado igual de contentos y agradecidos. El artículo de Kelman es de los más citados en *Saint John’s Law Review*, y el trabajo de anónimo/a complementó un simposio de la *UCLA Women’s Law Journal* publicado en el número siguiente.⁹

Muchas de las nuevas áreas de la academia legal —estudios críticos del derecho, teorías feministas del derecho, teorías críticas de la raza, y teorías *queer*, por mencionar algunas— no hubiesen podido, desde mi punto de vista, desarrollarse de tal forma si no hubiese sido por la institución de las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes. Si los historiadores legales investigasen el tema, podrían llegar a descubrir que esto no es un fenómeno nuevo.¹⁰ También

5. OLSEN, “The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform”.

6. SHAPIRO, “The Most-Cited Law Review Articles Revisited”, pp. 757, 771 y 773.

7. KELMAN, “American Labor Law and Legal Formalism...”.

8. ANONYMOUS, “Barbeque of the Vanities”.

9. OLSEN, “Textbook Sexism: Discrimination Against Women in Academia”, p. 235.

10. Curiosamente, algunos de los críticos de las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes parecen escribir como si la institución no hubiese existido hasta finales de los sesenta o de

podría ser que el realismo jurídico, por ejemplo, fuera capaz de avanzar como lo hizo gracias a la institución de las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes.¹¹

Los estudios críticos del derecho fueron beneficiados especialmente por la jerarquía propia de las Facultades de Derecho. Uno de los primeros estudios críticos del derecho fue *Form and Substance in Private Law Adjudication* de Duncan Kennedy, que fue publicado en la revista jurídica de la Universidad de Harvard, donde Kennedy enseñaba (y todavía lo hace).¹² Como *Harvard Law Review* publicó el artículo de Kennedy, otras revistas se sintieron avaladas para poder publicar artículos sobre estudios críticos del derecho. Ya en 1984, *Stanford Law Review* decidió hacer un simposio sobre el tema.¹³

los setenta. Véase, por ejemplo, POSNER, "The future of the Student-Edited Law Review", pp. 1131-1133 (aclama una "edad dorada" de las revistas dirigidas por estudiantes en el período entre 1970 y 1990).

11. Desconozco estudios que puedan confirmar o contrariar esta aserción. Desearía que algún estudiante de derecho ambicioso o historiador legal investigue la relación entre las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes y la publicación de ensayos vinculados al realismo jurídico.

12. KENNEDY, "Form and Substance in Private Law Adjudication". Este artículo fue sensacionalmente exitoso. Según el último estudio que conozco sobre el tema de las citas, este artículo fue el décimo artículo más citado de todos los tiempos y el único en el "top 15" publicado recientemente (1976) y acumulando citas tan frecuentemente. SHAPIRO, "The Most-Cited Law Review Articles Revisited", pp. 757, 771 y 773.

13. Extrañamente, un estudiante defensor de las revistas jurídicas cita el volumen de la revista que publicó este simposio para apoyar a Ronald D. Rotunda en su reclamo de que las revistas jurídicas pueden ser capturadas por un grupo y volverse ideológicamente partidarias. En NICHOLS, "A student defense of student...", p. 1127, citando a ROTUNDA, "Law reviews. The extreme centrist positions", p. 9. Nichols caracterizó el reclamo diciendo que "si un grupo tal como los Estudios Críticos del Derecho editara la revista, muchos artículos académicos se verían excluidos". Él dice, "el número 46 de *Stanford Law Review* ilustra el punto del Profesor Rotunda claramente. Los primeros dos tercios del volumen contienen únicamente artículos vinculados a los Estudios Críticos del Derecho (CLS)". No obstante, falla al mencionar, o tal vez directamente no lo notó, que los artículos vinculados a los Estudios Críticos del Derecho eran parte de un simposio sobre el tema "Estudios Críticos del Derecho". Más aún, el simposio de Stanford incluyó muchos artículos severamente críticos sobre el tema de los "Estudios Críticos del Derecho". Ver JOHNSON, "Do you Sincerely Want To Be Radical?". El simposio no llegó a ocupar dos tercios del volumen, pero tomó 674 páginas, más de un tercio del volumen de 1533 páginas. El resto del volumen está plagado de artículos que no están vinculados a los Estudios Críticos del Derecho, tales como el de Thomas Jackson sobre la Bancarrota, 36 *Stan. L. Rev.* P. 725 y el de Roberta Romano sobre la Reforma de las leyes Corporativas, 36 *Stan. L. Rev.* p. 923. El punto de Rotunda fue más hostil hacia los Estudios Críticos del Derecho que el luego representado por el editor estudiante. Rotunda afirmó que, si "capturase" una revista jurídica, los Estudios Críticos

De igual modo, más allá de que algunos artículos sobre teoría feminista fueron publicados antes de 1983, la publicación de mi artículo “La familia y el mercado” en Harvard y reforzada por *Yale Law Journal*, en su publicación sobre la crítica feminista de Ann Freedman a las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos,¹⁴ abrió las puertas para que revistas jurídicas deseosas de escalar en la jerarquía publicaran artículos feministas.¹⁵

En otras disciplinas académicas, muchos de estos nuevos campos no serían publicados sin una larga y ardua lucha. En los Estados Unidos y en Canadá, la situación es distinta para la academia jurídica. Montones y montones de artículos son publicados, y la mayoría no son leídos. Depende de los lectores, y de quienes los citan, hacer que sean conocidos los artículos publicados en las revistas jurídicas.¹⁶

Quizás razones como estas están detrás de algunas de las críticas a las revistas dirigidas por estudiantes que han sido enunciadas por la derecha estadounidense.¹⁷ Si bien uno podría pensar que alguien como Richard

del Derecho “impondrían sus miradas hacia lo que ellos creen que constituye una correcta academia jurídica”: ROTUNDA, “Law reviews. The extreme centrist positions”, p. 9. Dada la falta de diversidad racial del simposio y la negativa por parte de los editores de incluir cualquier trabajo hecho por mujeres, difícilmente sería vista como “correcta” de la forma que Rotunda utiliza el término.

14. FREEDMAN, “Sex Equality, Sex Differences, and the Supreme Court”. Para ver uno de los primeros reclamos de que las revistas jurídicas “fueron chupadas hacia un educado jugueto de seguir-al-líder con *Harvard Law Review* marcando el ritmo”, consultar RODELL, “Goodbye to Law Reviews”, pp. 38-44.

15. Durante varios años Mary Joe Frug y yo mantuvimos una “bibliografía de teoría jurídica feminista”. En los últimos años de 1980 empezó a tornarse muy difícil mantenerla ya que el número de artículos publicados se había ido por los cielos.

16. Internet, y la oportunidad que esta ofrece para publicaciones electrónicas, puede hacer que sea más fácil publicar en espacios de disciplinas distintas al Derecho. En cierto sentido, Internet es como una exageración extrema de las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes. Cualquiera puede publicar cualquier cosa, y puede que nadie lo lea. Pero también puede pasar que un artículo despegue y se convierta en un éxito.

17. Algunos pueden considerar que la propuesta que realiza Posner en “The future of the Student-Edited Law Review” es reveladora en este sentido. Él insta a las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes a que se focalicen en la doctrina y a dejar la decisión de publicar o no artículos no doctrinarios —en los cuales se incluye a los estudios feministas, la teoría crítica de la raza, y “estudios legales de gays y lesbianas” (POSNER, “The future of the Student-Edited Law Review”, p. 1133)— a las revistas editadas por miembros de la academia (POSNER, “The future of the Student-Edited Law Review”, p. 1136).

Posner apreciaría el enfoque mercantilista del sistema de estas revistas,¹⁸ la mayoría de la derecha parece tomar el otro lado del debate.

Existen desventajas en el enfoque norteamericano de permitir "que florezcan mil flores"¹⁹ y que se publiquen mil artículos al mes.²⁰ Hay muchas cosas publicadas que la mayoría de la gente simplemente no lee. Algunos autores bromean diciendo que más editores de revistas jurídicas leen su artículo en el proceso de edición, que quienes lo leen después de su publicación.²¹ Hay un número importante de artículos que nunca han sido citados.²²

Una desventaja adicional es que el buen material que se ha publicado está disperso entre muchas revistas, y puede ser bastante costoso para las bibliotecas de derecho suscribirse a todas las revistas que en un momento u otro publican artículos importantes. Es prácticamente imposible que las facultades con dificultades financieras tengan una vasta colección periódica en su biblioteca legal. La mayoría de las facultades en otros continentes tienen solo una pequeña fracción de las revistas de los Estados Unidos y Canadá. La única solución que conozco para este problema es una solución parcial. *The Darmouth Press*, una conocida editorial internacional, ha creado una colección diseñada para aumentar la disponibilidad de las revistas jurídicas en inglés.²³ Actualmente hay unos sesenta volúmenes en la colección, que incluye campos que van desde estudios críticos del derecho hasta

18. POSNER, "The future of the Student-Edited Law Review", p. 1135 (afirmando, sin explicación, una "ausencia del estímulo a la competencia" en las revistas jurídicas). Contra, POSNER, "The future of the Student-Edited Law Review", p. 1136 (refiriéndose a la "ventaja competitiva" que les da la rapidez en la publicación a las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes sobre las revistas jurídicas revisadas por pares).

19. TSE-TUNG, "Let a Thousand Flowers Bloom" (discurso en Beijing, China, el 27 de febrero de 1957) citado en AUGARDE, *The Oxford Dictionary of Modern Quotations*, p. 146.

20. El estimado de poco más de 1000 artículos al mes fue derivado por Kevin Gerson de la biblioteca de Derecho de la UCLA a través de un análisis del índice de publicaciones periódicas. Ver el correo electrónico de Kevin Gerson al autor, 7 de agosto de 2001.

21. Comparar RODELL, "Goodbye to Law Reviews", p. 41 (refiriéndose a "los tres lectores" de un artículo hipotético de una revista jurídica y argumentando que "[un] hombre [...] que escribe un artículo en una revista jurídica debería poder atraer a este trabajo una audiencia ligeramente más grande que solo algunos de sus colegas que lo hojean por cortesía y algunos de sus estudiantes que lo leen porque se los asignó").

22. Hay muchos de estos artículos, pero si fuera a citarlos ya no serían artículos no citados, así que no lo haré. El lector escéptico puede chequearlos por sí mismo.

23. La serie fue un esfuerzo colaborativo de la *Darmouth* y *NYU Press*. Ver catálogos de cualquiera de las dos.

defensa de la competencia. Los artículos se reproducen en su totalidad con un sistema de doble paginación, que facilita la cita, pero la colección en sí misma es bastante costosa.²⁴ Compaginé una serie dividida en dos volúmenes sobre teoría legal feminista, que *Dartmouth* publicó en formato rústico y en tapa dura.²⁵ Incluso el juego de tapa blanda, sin embargo, es costoso.²⁶ En Inglaterra, la Biblioteca de Derecho de la Universidad de Cambridge solo tiene la versión rústica de la “Teoría Jurídica Feminista”.

Finalmente, considero que las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes son un excelente espacio para la educación legal. En mi opinión, una de las funciones primordiales de los autores profesores es la discusión e intercambio de ideas con los editores de las revistas jurídicas y educarlos en el proceso de publicación de un artículo. Gran parte de la educación también tiene lugar entre los mismos editores. Una buena revista jurídica proporciona un ambiente académico vibrante y la oportunidad para que se desarrolle una comunidad animada de jóvenes académicos. Esta es una de las razones por la cual haber participado en una revista jurídica se considera una ventaja para aquellos que ingresan a la enseñanza en las facultades de Derecho.

La revista jurídica dirigida por estudiantes es un medio para que los estudiantes acepten la responsabilidad de su propia educación. En lugar de presentarse a la Facultad de Derecho —aquí estoy, edúquenme— el alumno ve a la Facultad de Derecho como un recurso para la mejora de su educación. En mi opinión, todos los estudiantes deberían tener alguna participación fuera de las clases de la Facultad de Derecho para tomar el control y la responsabilidad de su propia educación. Hay muchas opciones posibles, tales como estudios de abogados de interés público, oficinas de asistencia legal, tribunales simulados y algunas organizaciones estudiantiles. Las revistas jurídicas son una de muchas opciones. Para muchas personas es una opción particularmente atractiva.

En conclusión, aunque hay algunas críticas razonables a las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes, la mayoría de ellas son injustificadas o irrelevantes. Además, el sistema actual de revistas editadas por estudiantes tiene muchas ventajas. De hecho, bien pueden ser las ventajas de estas revistas jurídicas las que están detrás de algunas de las críticas. Observo

24. Al momento presente (2001), el costo es de \$9.540 dólares por todo el set, con los títulos individuales en un rango de \$125 a \$250 cada uno.

25. Hasta donde alcanza mi conocimiento, el único otro volumen en esta serie hecho en rústica y en tapa dura fue el volumen de *Critical Legal Studies*, editado por James Boyle.

26. El precio regular por los dos volúmenes es de \$59 dólares.

que Richard Posner está dispuesto a que las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes publiquen artículos doctrinales convencionales, si tan solo se abstuviesen de publicar exactamente los tipos de artículos que, en mi opinión, es muy importante que se publiquen.²⁷ Aunque probablemente "Derecho y Economía" también quedaría fuera de la categoría "doctrinal" y, por lo tanto, estaría sujeto a la misma presunción contra la publicación en revistas editadas por estudiantes, el *Journal of Legal Studies* publicará cualquier artículo de derecho y economía que Posner desee publicar. Más revistas de este tipo podrían fácilmente ser establecidas y financiadas por intereses de la derecha si el *Journal of Legal Studies* se encontrara incapaz de acomodar todos los artículos que desea ver publicados.

La crítica más famosa a las revistas jurídicas, la del artículo *Goodbye to Law Reviews* de Fred Rodell,²⁸ se malinterpreta cuando se utiliza como una crítica a la tradición de los estudiantes que editan revistas jurídicas. A Rodell le preocupaba que los abogados estuvieran demasiado preocupados por servirse a sí mismos e insuficientemente preocupados por servir a la sociedad.²⁹ Él esperaba que los escritores de la academia jurídica cambiaran esto,³⁰ pero en cambio parecían estar "tocando la lira mientras Roma ardía".³¹ Escrito en 1936, Rodell veía el Derecho como "la única alternativa a la fuerza" para "resolver la miríada de problemas del mundo" y quería que los escritores de la academia jurídica fueran "más conscientes de esos problemas" y "reconocieran que el uso del Derecho para avanzar hacia su solución es la única excusa para la existencia de la ley, en lugar de continuar creando grandes controversias basadas en simples tecnicismos de forma despreocupada".³² Gran parte de la crítica moderna a las revistas jurídicas editadas por estudiantes es exactamente la contraria a la que realizaba Rodell. Rodell esperaba que "quizás uno de estos días las revistas, o algunas de ellas, tuvieran el descaro de ir por apuestas más altas".³³ Creo

27. Ver nota 17 sobre POSNER, "The future of the Student-Edited Law Review".

28. RODELL, "Goodbye to Law Reviews", pp. 38-44.

29. RODELL, "Goodbye to Law Reviews", p. 42.

30. RODELL, "Goodbye to Law Reviews", p. 42 ("Si de algunos de los abogados pudiera esperarse razonablemente el cargar una antorcha o disparar una linterna en la dirección correcta, serían los abogados que escriben sobre el derecho").

31. RODELL, "Goodbye to Law Reviews", p. 43.

32. RODELL, "Goodbye to Law Reviews", p. 43.

33. RODELL, "Goodbye to Law Reviews", p. 43.

que algunas de ellas, al menos en cierta medida, lo han hecho y que esto alienta a todas las revistas jurídicas a considerarlo.

BIBLIOGRAFÍA

- ANONYMOUS, "Barbeque of the Vanities", en *UCLA Women's Law Journal*, 1999, Vol. 10, N° 1, URL https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2231177.
- BLANK, Rebecca M., "The Effects of double-blind vs. single-blind reviewing: experimental evidence from The American Economic Review", en *The American Economic Review*, 1991, Vol. 81, N° 5, pp. 1041-1067, URL <https://ideas.repec.org/a/aea/aecrev/v81y1991i5p1041-67.html>.
- BOYLE, James (ed.), *Critical Legal Studies*, New York University Press, 1992, New York.
- FREEDMAN, Ann E., "Sex Equality, Sex Differences, and the Supreme Court", en *Yale Law Journal*, 1983, Vol. 92, N° 6, pp. 913-968, URL <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6800&context=yjlj>.
- JOHNSON, Phillip E., "Do you Sincerely Want To Be Radical?", en *Stanford Law Review*, 1984, Vol. 36, pp. 247-291.
- KELMAN, Ellen M., "American Labor Law and Legal Formalism: How 'Legal Logic' Shaped and Vitiating the Rights of American Workers", en *St. John's Law Review*, 1983, Vol. 58, N° 1, artículo 1, URL <https://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol58/iss1/1>.
- KENNEDY, Duncan, "Form and Substance in Private Law Adjudication", en *Harvard Law Review*, 1976, Vol. 89, N° 8, pp. 1685-1778.
- NICHOLS, Philip M., "A student defense of student edited journals: in response to Professor Roger Cramton", en *Duke Law Journal*, 1987, Vol. 36, N° 6, pp. 1122-1137, URL https://repository.upenn.edu/lgst_papers/7/.
- OLSEN, Frances, "The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform", en *Harvard Law Review*, 1983, Vol. 96, N° 7, pp. 1497-1578.
- , "Textbook Sexism: Discrimination Against Women in Academia", en *UCLA Women's Law Journal*, 2000, Vol. 10, N° 2, pp. 235-239, URL <https://escholarship.org/uc/item/1fm40208>.
- POSNER, Richard A., "The future of the Student-Edited Law Review", en *Stanford Law Review*, 1995, Vol. 47, pp. 1131-1138.

- RODELL, Fred, "Goodbye to Law Reviews", en *Virginia Law Review*, 1936, Vol. 23, Faculty Scholarship Series, 2762, pp. 38-45, URL https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2762/.
- ROTUNDA, Ronald D., "Law reviews. The extreme centrist positions", en *Indiana Law Journal*, 1986, Vol. 62, N° 1, artículo 2.
- SHAPIRO, Fred R., "The Most-Cited Law Review Articles Revisited", en *Chicago-Kent Law Review*, 1996, Vol. 71, N° 3, pp. 751-779, URL <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol71/iss3/3>.
- TSE-TUNG, Mao, "Let a Thousand Flowers Bloom" (discurso en Beijing, China el 27 de febrero de 1957) en AUGARDE, Tony (ed.), *The Oxford Dictionary of Modern Quotations*, Oxford University Press, 1991, Oxford.

ENTREVISTAS

ENTREVISTA AL PROFESOR JAIME MALAMUD GOTI*

Lecciones y Ensayos: —*¿Cuál es la relevancia de enseñar filosofía desde una perspectiva del Derecho Penal, considerando que el programa de la Universidad de Buenos Aires está más orientado hacia la dogmática penal?*

Jaime Malamud Goti: —Yo creo que el tema es este (como yo lo veo hoy en día después de haber estudiado en Alemania haciendo dogmática penal): la dogmática penal te sirve para encontrar un sistema coherente, que nunca vas a encontrar en la dogmática, porque o es coherente y no abarcativa, o es abarcativa y en algún punto se escapa la coherencia. Pero, de cualquier manera, te ordena mucho la cabeza. Sin embargo, a veces el dogma se transforma en una especie de dogma religioso. Yo me río mucho de una frase de un profesor alemán de mi época que había descubierto toda una nueva teoría del delito, que se llamaba Hans Welzel. Hans Welzel en una parte de su libro dice “con el descubrimiento de lo subjetivo de los elementos subjetivos del tipo penal”. Obviamente, el descubrimiento de lo subjetivo es lo mismo que decir que yo he escrito algo y he descubierto que hay cuatro burros en lo que yo escribí, ¡lo escribí yo! Y si aparecen cuatro burros en la página treinta y tres, eso no es un descubrimiento. Es decir, ellos lo toman en un nivel distinto, como si la dogmática fuera un nivel de la realidad. La dogmática alemana enseña esa coherencia, pero después eso se transforma en un objeto externo, pero no es un objeto de la realidad, como puede ser un gato o una empanada. Yo recibí esta formación alemana, y viví en Estados Unidos desde los 23 —me salvé de la guerra de Vietnam por un pelo— hasta los 27; y después fui a Alemania, volví a Argentina unos años, luego fui a Estados

* Entrevista realizada el 18 de octubre de 2019 por miembros del Consejo de Redacción de *Lecciones y Ensayos*. Jaime Malamud Goti es Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires, Miembro del Consejo Académico de Estudios Legales de la Universidad de San Andrés, Profesor de posgrado y doctorado de la Universidad de Palermo. Fue Procurador Fiscal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1987-1988), Asesor presidencial con rango de Subsecretario (1983-1985) y Secretario de Estado (1985-1987). Le agradecemos especialmente por su tiempo y predisposición para responder a nuestras preguntas. Asimismo, le agradecemos al Profesor Gustavo Beade por ayudarnos a concretar la entrevista.

Unidos, luego volví a Argentina y defendí a unos presos políticos, y estuve como asesor de Alfonsín. Allí [señala un mueble de su casa] estaba una foto de quien yo considero como mi mentor, y él mezclaba mucho las ideas del Derecho con la literatura, y con él leíamos un libro que se llamaba *Guilt and Shame*, y se discutía mucho. Yo en ese entonces me irritaba, porque cuando discutíamos era como negar que estaba el burro delante, y me sentía en la obligación de indignarme. Luego, descubrí que era un estúpido y que lo bueno de todo esto era el cambio de ideas y la posibilidad de enriquecerse en ese cambio de ideas. En definitiva, lo que el Derecho es —considerando lo bueno y lo malo de legislar de determinada manera, o de juzgar de determinada manera— depende de nuestros valores o nuestras emociones. Lo bueno es ver hasta qué punto las emociones entran en juego. Eso exige un debate libre y muy abierto donde la gente se sienta más o menos cómoda. Si yo tengo que dar clases, lo mejor para hacer en una clase es no darla, sino proponer un tema, ordenar el debate y discutir, porque esa es la manera de darse cuenta cómo se van formando las ideas, y uno va señalando las contradicciones: vos decís esto, vos aquello, la falta de consistencia, las falacias y todo aquello.

Lecciones y Ensayos: —¿*Cuáles son las principales diferencias entre los distintos casos de justicia transicional en los que le tocó trabajar?*

Jaime Malamud Goti: —Lo que pasa con el tema de justicia transicional es que el concepto “justicia transicional” (que lo inventó Ruti Teitel, que es una chica que enseñaba en NYU)¹ es un término equívoco, ya que para ser transicional debe haber una transición de un lugar a otro lugar. Cuando hablamos de justicia transicional estamos mezclando a Zimbabue, donde la justicia transicional es previsiblemente qué vamos a hacer cuando Mugabe muera: no sabemos a dónde estamos apuntando o hasta dónde va a dar. Lo mismo pasa en Colombia, ahí también se habla de justicia transicional, y lo que significa es la desaparición o la negociación con la guerrilla, con las FARC. En Haití era crear un orden donde no había ninguno. Entonces yo creo que de lo que nosotros estamos hablando es implícitamente de la formación de un Estado democrático, un Estado de Derecho, donde se reconozcan los derechos individuales. Como es el caso de Colombia, en que no ha habido una

1. Universidad de Nueva York.

dictadura; pero también de los casos, obviamente, de paso de una dictadura a una democracia como Argentina, Chile y Uruguay. En realidad, yo te diría que es la transformación de un Estado que no reconoce los derechos individuales, o que no reconoce ciertos derechos. De vuelta, lo digo desde mi perspectiva basada en derechos individuales y cierta igualdad básica.

Lecciones y Ensayos: —*En estos casos donde parecería que lo que se discute son las reglas más fundamentales que hacen a una sociedad ¿Cómo cree que hacen los jueces o el Estado para afianzar su legitimidad?*

Jaime Malamud Goti: —Esa es una pregunta complicada de contestar, y es una buena pregunta. Por ejemplo, en Estados Unidos, mi hija dice “yo hago tal cosa porque es la ley, y la ley la decidió la Corte en el caso tal y tal”. En Estados Unidos hay mucho respeto por la ley, y mucho respeto por la Justicia federal. La Justicia estadual es más dudosa en algunos casos (más o menos corrupta, más o menos eficiente) pero la Justicia federal mantiene una especie de majestad. Entonces vos creés que las cosas son como los jueces dicen. En el caso de O. J. Simpson te das cuenta si mató a la mujer o no la mató, pero como se trata de un caso de hombre/mujer y también de negro/blanco, de golpe esta creencia, ya casi automática, de que la Justicia actuó correctamente, divide a la sociedad. La justicia también depende de qué representa cada persona que es sometida a juicio.

Nino y yo fuimos los que armamos los juicios a las juntas militares en Argentina. Yo fui el que más se ocupó de tratar con los militares y con la Corte. Yo era partidario de juzgar poca gente, porque creía que detrás de los militares había un sector importante de la derecha, un segmento importante del catolicismo, etcétera. Cuando las cosas se debaten en esos términos, la legitimidad de los jueces es muy relativa, sobre todo en un país donde los jueces no tienen el prestigio que tienen en Estados Unidos. Insisto, en Estados Unidos o en Alemania, donde la gente cree en los jueces, cuando se trata de minorías o de segmentos importantes de la población, yo los llamo en general “juicios políticos”, en el sentido de que los jueces también deciden un poco. En definitiva, interviene mucho lo que uno siente políticamente que pasó, y a quién representa este tipo. Por ejemplo, un miembro de las Juntas, que era el miembro de la Aeronáutica, que se llamaba Agosti, fue condenado nada más que a seis años por una cantidad de cargos (violación, tortura, una cantidad de cosas). Está bien, no es que los jueces hubieran prevaricado, no es

que hubieran actuado en contra del derecho, pero lo ajustaron mucho, lo diferenciaron mucho de otros que habían estado en el Ejército o en la Marina. Entonces se paró uno de los miembros del tribunal y dijo que en ese caso la fuerza aérea fue la que menos intervino en la represión, ahí tenés el ejemplo. No es que estamos juzgando a Agosti, estamos juzgando a un representante. Es inevitable y también es deseable por otro lado porque en definitiva lo que vos querés saber es la verdad. Por eso, yo era partidario de juzgar poca gente y de terminar con los juicios, porque al mismo tiempo había mucha gente involucrada que tenía que ver con los industriales, los banqueros, gente del sector más rico de la población. Entonces iba a ser complicado juzgar a más gente. Nino quería juzgar como a trescientos, yo quería juzgar a cuarenta. En esa época fui bastante atacado porque fui el autor de la Ley de Punto Final en un momento en que las cosas estaban muy jorobadas entre las mismas Fuerzas Armadas y teníamos miedo de que se fuera de las manos.

Lecciones y Ensayos: —*¿Consideraba eso porque se podía afectar la legitimidad de la Justicia y el Estado de Derecho? ¿Podría pensarse lo mismo respecto de la Ley de Obediencia Debida?*

Jaime Malamud Goti: —Yo estuve en contra de llamarla Obediencia Debida. Yo era partidario de terminarlo. Les cuento un cuento y trato de contarlo lo más corto posible. Yo trabajaba con el Cemida,² que era una organización de militares que estaban a favor de los juicios. Vos hablabas con los militares en general, y todos estaban a favor de algún juicio, porque se habían cometido violaciones. Algunos militares decían “yo he torturado porque sabía que, de no hacerlo, iba a perder a cincuenta o cien hombres porque el lugar estaba minado, y si yo no lo hubiera hecho, habría perdido toda mi autoridad como militar”. O sea que los militares no les podían decir a los soldados “miren, no pude torcerle el brazo o quemarle una mano, ni darle electricidad”. “Yo no tenía más remedio”, decían los militares. En este caso, los militares me decían “hemos torturado por placer, por odios personales, por satisfacción de deseos perversos”, y a mí me pareció muy honesto. Pero entonces le pregunté al presidente del Cemida, que era un general que se llamaba Díaz, por qué estaba tan enfáticamente a favor de los juicios. Porque en realidad los militares estaban a favor de juzgar a algunos grupos, pero

2. Centro de Militares para la Democracia Argentina.

a otros no, y ninguno se incluía a sí mismo —para empezar— ni a su grupo. Entonces Díaz me dijo: “Mire: yo un día me retiré, porque no me gustó nada la idea del golpe. Nadie se hacía responsable. Entonces me retiré del cargo y fui a visitar a un camarada mío en Azul, por la Provincia de Buenos Aires. Como me encontré con mi amigo, mi mujer se quedó sin saber qué hacer, y vinieron a tomar el té el resto de las mujeres de los militares. Entonces cada una sacaba a relucir y a competir entre ellas a ver qué les había traído su marido: uno trajo una heladera, otro un televisor y otra bastante avergonzada mostraba la licuadora de mano. Entonces para mí había una podredumbre”, decía el General. Y yo le dije: “Escúcheme General, usted me está diciendo esto. A usted esto lo indignó, le dio cierta repugnancia y justificó que usted se hubiera ido o hubiera abandonado las fuerzas armadas. Pero usted debe tener amigos, sociólogos, políticos, podólogos... Pero los que salen, los tenientes, los que tienen 21 o 23 años y que son los que hacen estos procedimientos... Muchos han estado en el Liceo Militar y luego pasan días y semanas en el cuartel, y este es su grupo de pertenencia”. A ellos les da vergüenza quedar mal frente a los otros. A mí no me da vergüenza quedar mal ante los ojos de un japonés que me está mirando. Me da vergüenza que alguien a quien yo considero como parte mi comunidad me considere como incapaz. Entonces el General Díaz me dice “era una cuestión que el compañerismo les exigía y yo creo que hubiera hecho lo mismo que ellos”. Me pareció muy valiente.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cuáles son las principales diferencias que tuvo con Carlos Nino a la hora de defender la fundamentación de los juicios?*

Jaime Malamud Goti: —Con Carlos teníamos varias diferencias. Una era que él creía, con cierta razón, que se habían cometido crímenes muy graves y que no podían quedar impunes aquellos que habían torturado, matado, etcétera. Tenía razón. Pero yo, por el otro lado, veía que los juicios tenían que terminar relativamente rápido para no mantener toda una tensión que dividía en alguna medida al país. Yo creo que dividía más a la sociedad en los ochenta que hoy, ya que ustedes son una generación que no ha vivido ese proceso. Si bien Carlos tenía razón por su lado, yo lo veía desde un punto de vista más político, que era que podíamos tratar de averiguar en tal caso o tal otro, o con fulano

y mengano, o en la ESMA,³ qué pasó en cada lugar, cuáles fueron los errores. Esos datos sí debíamos saberlos. También el número de víctimas que hubo, más o menos, quiénes fueron las víctimas (porque muchos fueron víctimas por un libro de Marx en su biblioteca). Pero yo veo que los tribunales van a ir perdiendo prestigio. La gente no va a creer, que es lo que yo creo en este momento, que fulano de tal era realmente culpable, sino que, como era militar en tal época, algo debió haber hecho y que, bueno... vaya preso.

En el fondo también intervino otro factor. Yo escribí un artículo que publicó *La Nación*, que se llamaba “Una forma de resolver la vergüenza”,⁴ que dice que cuando los militares estaban actuando era muy peligroso y muy pocos abogados se animaban a defender presos políticos, como muy pocos médicos atendían a alguien a quien ellos podían considerar de izquierda, y así en general. Del mismo modo, mucha gente aprovechó al gobierno militar para echar gente sin pagar las indemnizaciones, acusándolos de ser simpatizantes del ERP, Montoneros o del Partido Obrero. Es decir que mucha gente se portó muy por debajo de sus propias expectativas y mucha gente quedó avergonzada por gente que sabe qué pasó a su alrededor.

Cuando yo vivía en Estados Unidos estaba escribiendo un librito que se llama *Game Without End* (que después se tradujo una parte al castellano que se llama “Terror y Justicia en la Argentina”). La tesis es un poco que en Estados Unidos te enterás de que se los acusó a fulano y a mengano de tal cosa —y podés estar acuerdo con la acusación o considerar que la prueba es suficiente— pero por lo menos sabes de qué se trata. Pero yo volvía de Estados Unidos a visitar a mis padres o lo que fuera y les preguntaba a los abogados en Argentina qué había pasado con los militares, si fueron condenados y por qué, y no tenían la menor idea. Y por ahí estoy hablando de abogados penalistas. Uno no sabe por qué estaban siendo condenados estos militares. Las sentencias son unas sentencias interminables, donde te cuentan la vida del condenado. Entonces en el fondo todo se diluye. Hay mucho sufrimiento al divino

3. Escuela de Mecánica de la Armada, que fue uno de los principales centros clandestinos de detención durante la dictadura cívico-militar argentina.

4. Entendemos que se refiere a la nota “El recurso jurídico de una sociedad avergonzada”, publicada en *La Nación* el 16 de enero de 2019, URL <https://www.lanacion.com.ar/opinion/el-recurso-juridico-de-una-sociedad-avergonzada-nid2211349> consultado 18/05/2020.

botón, a mi modo de ver, y a mí se me fue ya el resentimiento que podía tener en algún momento.

Lecciones y Ensayos: —*Usted antes mencionó que, en estos procesos, merecemos saber qué fue lo que pasó ¿Cuál es el rol de la verdad en los procesos en Argentina y por qué nos cuesta tanto saber qué fue lo que pasó en causas muy relevantes?*

Jaime Malamud Goti: —Yo creo que el tema este ha sido mantener un enemigo también. Mantener un “cuco”. Yo creo que el tema de la verdad es muy complejo. Si vos lees Borges y lees “Funes el memorioso”, la memoria es una cosa muy confusa, con muchos detalles. Funes en el fondo no conoce nada. Después también está la memoria de Shakespeare, donde cualquiera que adquiera la memoria de Shakespeare se transforma en Shakespeare, porque cada uno de nosotros ve cosas distintas acá. Vos tenés que describir esto y vas a describirlo a través de datos que son diferentes, cada uno privilegia una cosa. Eso no significa que no haya la posibilidad de establecer que fulano le pegó un tiro a mengano, o que la torturó a mengana, pero ya cuando se trata de casos menos importantes, o laterales, como algunos de ahora que son contingentes o menos importantes, la cuestión de la verdad se vuelve una cosa muy complicada.

Lo que pasó ahora me parece vergonzoso, porque cuando dicen que había que interpretar el dos por uno, interpretar el dos por uno es lo mismo que decir “¿me marcás el séptimo piso?”, y yo te digo “¿el séptimo piso en qué sentido?”. No hay nada que interpretar, me pidió que le marcara el séptimo piso. Entonces el día que la Corte decidió que el dos por uno se aplicó a los militares, salió la gente a la calle. Al poco tiempo, el Congreso en menos de 24 horas sacó una ley que interpretaba la ley del dos por uno, lo cual era absurdo. Actualmente estoy tratando de escribir algo de eso con “Alicia en el país de las maravillas”. Estoy dudando, ya escribí sobre eso. Pero no hay ley interpretativa que al mismo tiempo no sea normativa. Hay pocas. Si una ley te dice que el dos por uno no se aplica a los militares por tal y tal cosa, está dictando una sentencia que no es la interpretación simplemente de la anterior. Lo que está diciendo es una cosa nueva sobre cómo se aplica la ley. O te está diciendo: “a estos tipos no se los larga, no se los suelta”.

Lecciones y Ensayos: —*Sobre el tema de la verdad y al mismo tiempo considerando que, hasta donde tenemos entendido, usted ha pensado una justificación del castigo basada en el restablecimiento de la dignidad de las víctimas ¿Cómo juega la noción de verdad con esta*

noción de castigo, en que el perdón es un elemento en esa relación entre el restablecimiento de la víctima y el juicio penal?

Jaime Malamud Goti: —Es cierto lo que decís. Menem lo perdonó a Seineldín, en el sentido de que lo indultó. Y Seineldín no aceptó ese perdón, diciendo que Menem no tenía autoridad moral para poder perdonarlo. Una condición para que el perdón sea pleno es el reconocimiento del perdonado de que haya algo que perdonar. Por el otro lado, el reconocimiento de que la otra persona es alguien para perdonarla. Yo no puedo perdonar a Trump por darle la espalda a los kurdos y dejar que los masacren los turcos. No tengo la autoridad para hacerlo. Sí puede hacerlo el Consejo de las Naciones Unidas o un cuerpo de este estilo. En cambio, el tema de la condena es otro. Yo escribí sobre eso por una experiencia personal. Al principio, da la casualidad de que había gente que yo conocía que desaparecieron o metieron presa y entonces me embarqué en esto. Pensé que era mi obligación defender presos políticos, no porque simpatizara con el ERP o Montoneros.⁵ Aunque simpatizaba más con el ERP ya que tenían una ideología clara, mientras que Montoneros era un lío de gente ultracatólica y una mezcla de todo, nadie sabía bien qué representaba. Entonces yo pensaba eso cuando tenía treinta y pico de años. Tal vez era una actitud adolescente mía. Al principio, mi padre defendía la intervención militar, después no. Pero durante un par de años sí, y entonces yo pensaba “¿hasta qué punto esto no es una actitud adolescente mía?”. Entonces un poco, para contrarrestar eso, decir “vos tenés razón” me parecía una cosa importante. Vos tenés razón de quejarte. Vos tenés razón de decir que fuiste abusado. El hecho de que haya tenido un libro o fotos con el Che Guevara no significa que no tengas razón. Estoy leyendo un libro que escribió Patrick Buckley, un amigo mío inglés, sobre la formación en España de comunidades turísticas en la costa Brava. El padre de él estuvo en la Guerra Civil con Hemingway y eran amigos. Entonces, ahora estaba describiendo cómo lo trataban los guardias civiles en la época franquista y que se lo llevaban por ser un escritor inglés que nadie sabía quién era. Y escribió, en broma, que estaba muy de acuerdo con los guardias civiles porque les parecía sospechoso. Entonces era una cosa mía de conciencia, y yo creo que mucha

5. Montoneros y ERP (Ejército Revolucionario del Pueblo) fueron dos organizaciones guerrilleras argentinas.

gente se vio en el fondo aliviada, pensando: “bueno, yo soy una víctima, no tuve parte en esto, y que haya pintado una pared donde diga ‘ERP’ o ‘Perón vuelve’ no justifica que me torturen una semana u otra cosa”.

Lecciones y Ensayos: —*Usted ha defendido la idea de que el fundamento disuasorio del castigo penal no surtiría efecto para los delitos cometidos en nuestro país durante la última dictadura militar ¿Cree que esto es así como norma general para los delitos de lesa humanidad o su punto de vista se limita a este caso por particulares características?*

Jaime Malamud Goti: —Uno cree que el Derecho Penal cumple una función disuasoria. Yo he partido del castigo de manera ejemplar. Como en Estados Unidos, que las penas son siempre muy altas, entonces hay mucha gente que se va a inhibir de hacerlo. Pero si vos tenés un apoyo lo suficientemente grande de gente que dice: “bueno, tenés que hacerlo”, bueno... Mucha gente lo hace. O, mejor dicho, frente a esta gente, la inhibición original del castigo se compensa con el apoyo que recibe de la gente que tiene al lado. Si vos tenés a tus compañeros que te dicen “robá”, bueno, está prohibido el robo, pero de cualquier manera tenés un incentivo por el otro lado. Hubo un grupo fuerte de la industria, un grupo fuerte del sector financiero, un grupo fuerte de sectores importantes del país, el campo, defendiéndote; y, por el otro lado, tenés al gobierno de Alfonsín imponiendo castigos. Yo te diría que la disuasión no es suficiente. En la época nazi nadie iba a pensar: “bueno, se va a terminar el nazismo y nos van a castigar”. El apoyo que tenés, la seguridad que te da el poder en ese momento, la imaginación o el deseo de que el poder y su estructura se mantengan de esa manera hace que en definitiva la disuasión se compense con la persuasión por parte de la gente que te apoya. Pero igual habría que buscar otra justificación me parece a mí. Si es que la hay.

Lecciones y Ensayos: —*A lo largo de su carrera, usted ha trabajado una gran variedad de temas ¿De dónde surgen las inquietudes para escribir acerca de la relación entre el Derecho y determinadas temáticas que quizás no son las más abordadas en la academia jurídica?*

Jaime Malamud Goti: —Creo que del humor. Por ejemplo, el tema este de escribir sobre el vudú. Siempre te decían que “la tentativa” y “la tentativa inidónea”. No, no, no. Esperen un momentito. Acá en Haití hay gente que muere por vudú, así que no me hablen de la magia porque la magia acá existe. Obviamente, hay otras explicaciones que son un poco

diferentes sobre el orden causal. Pero en el fondo la magia también funciona y puede funcionar muy bien. Entonces me parecía gracioso empezar a escribir sobre el vudú y empecé a leer sobre el vudú. Y leí dos o tres libros sobre el vudú.

Yo estuve en Haití un momento porque me mandaron, y en un momento me persiguieron y tuve que saltar por la ventana, porque yo creo que me venían a liquidar. Era una época que estábamos ayudando a armar los juicios contra los sucesores de Tonton Macoute, que eran los *attaché*. Entonces, a mí me divirtió el tema ese de meterme en Haití.

Después por ejemplo escribí sobre Nino y la eternidad también, porque me parece que la idea religiosa de la eternidad es espantosa. Me parece que la eternidad es una cosa aburridísima donde tocan arpas. Y uno se imagina un mundo donde no te joroba esa música de arpas todo el tiempo y ahí, cuando estés el paraíso, vas a estar rodeado de arpas. Increíblemente espantoso. Entonces se me ocurrió.

Lecciones y Ensayos: —*Usted formó parte de una generación que inauguró de algún modo la nueva “academia jurídica argentina” ¿Qué implicó eso en su vida?*

Jaime Malamud Goti: —Claro, cuando uno inaugura algo no se da cuenta de que está inaugurando algo. Éramos un grupo muy bueno en Sadaf.⁶ Después nunca más fui a Sadaf. Pero en ese momento realmente había gente muy capaz. Estaba Klimovsky, estaba Carrió. Bueno, Carlos Nino iba bastante, Martín Farrell iba también. Entonces hicimos un par de seminarios. Estaba Tomás Moro Simpson, un filósofo de primera que no sé si terminó el colegio. Entonces se nos ocurría armar estas discusiones. La Argentina es un lugar donde están las cátedras, donde funciona eso. Yo había vivido en Alemania, con una Humboldt. Entonces por ahí alguien estaba diciendo algo que no coincidía con el profesor de la cátedra y algún adjunto le hacía llegar un papelito que decía “mejor no toques este tema”, porque a lo mejor había escrito un artículo de eso en no sé dónde. Era muy autoritario el sistema. Entonces lo que tenía Sadaf era que realmente discutíamos y discutíamos con placer. Pero es como los deportes, que salís de la cancha y somos todos amigos. Tenía algo de lúdico y podíamos hablar tranquilos, porque en las cátedras de la Facultad de Derecho y todo lo demás estaba muy limitada tu

6. Sociedad Argentina de Análisis Filosófico.

capacidad de razonar y de discutir. Los debates eran muy interesantes. Los reprodujimos a veces en Palermo en un momento, porque estábamos casi todos en Palermo. Nino había muerto, pero estaba Farrell, yo, Alegre, Rosenkrantz, estaban casi todos.

Se armaban discusiones sobre un artículo que alguien leyó e invitábamos estudiantes. A nosotros nos interesaba discutir entre nosotros porque nos gustaba discutir, pero además para que los estudiantes vieran que discutir no significaba enemistad ni subordinación, ni nada por el estilo. Discutir es una forma de ir aprendiendo. De ver distintos puntos de vista, ángulos, formas. Y entonces salíamos y después íbamos a cenar todos juntos, con estudiantes y con todo. Y era una forma, yo creo, de irlos formando. De darles la sensación de que no éramos ni más ni menos amigos entre nosotros porque suscribiéramos distintas opiniones. Y eso a nosotros también nos hacía bien. Yo, por ejemplo, había dejado de enseñar un tiempo y este año enseñé un curso que teóricamente era de doctorado, pero había algunos estudiantes de maestría y había un grupo muy inteligente de dos o tres que eran muy buenos. Hablamos mucho de Borges, y de lo que significaba *Emma Zunz*. El mentor mío, este que mencioné hace un rato, Herbert Morris, que era profesor en UCLA,⁷ siempre se reía porque decía: “yo escribí ciento y pico de páginas sobre un cuento de dos páginas”. Él exageraba, porque en realidad había escrito cincuenta páginas. Él era filósofo, pero también era psicoanalista y estaba habilitado para ejercer el psicoanálisis en Los Ángeles. Entonces, él hace toda una interpretación psicoanalítica de *Emma Zunz*, ustedes conocen el cuento. Llega a la conclusión de que Emma y Emmanuel, el padre, tenían una relación incestuosa. Es divertidísimo, porque él entiende mucho a Borges y lo ha leído muchísimo, entonces lo compara con otros cuentos. El curso fue muy divertido, porque había muchos que realmente se entusiasmaron.

Lecciones y Ensayos: —¿Cómo es el proceso de escritura a la hora de pensar en textos académicos?

Jaime Malamud Goti: —Bueno, primero pienso que la estética es muy importante para que lo que vos leas formalmente te atrape, te vaya llevando. O que sea un *eye opener*. Genaro Carrió escribía así, a mano alzada directamente. Y era una maravilla. Yo no tengo facilidad, tengo

7. Universidad de California en Los Ángeles.

que escribir muchas veces. Sí sé cuándo está mal, de modo que cuando ya no me suena mal, me quedo tranquilo. Pero no me conformo con pasar de idea. Ahora que estaba tratando este tema de las leyes interpretativas que les contaba hoy, llevaba escritas unas páginas, pero se me ocurrió meter a Montaigne. Montaigne es de 1590 y escribe sobre cómo las modas permitían distinguir a la alta nobleza de la burguesía. Entonces significaba que, si la seda era usada por el rey y por los duques, a los burgueses que no tuvieran un título nobiliario les estaba prohibido usar la misma ropa. Y lo mismo poner la mesa. En la mesa no podías tener los mismos adornos que tenían los nobles, entonces había cosas que no se vendían directamente y no se compraban porque estaban prohibidas. Y se me ocurrió empezar a escribir sobre una ley interpretativa de esto: al principio era la ley de la seda, pero no sé qué rey era, creo que Enrique III. Aparentemente, era un mamarracho y usaba seda todo el tiempo, pero la usaba tan mal que la gente se empezó a animar a usar seda, porque le pareció que era un mamarracho y que realmente no había que seguir tanto la moda. Es muy interesante cómo lo cuenta Montaigne, porque él sí escribe muy bien. Estoy tomando eso, pero también se me ocurrió que tal vez *Alice*⁸ podría, con la reina que manda y que corta cabezas todo el tiempo. En fin, buscar algo que mostrara cómo la interpretación podría ser, en el fondo, una nueva norma o una norma complementaria, pero no sólo una interpretación. Entonces prefiero escribir algo corto que a la gente le guste. Pero de nuevo, el que escribía muy bien era Genaro Carrió, Martín Farrell escribe bastante bien, pero a mí me interesa la estética. Prefiero decir una cosa que sea un poco absurda y decirla bien, que decir algo muy verdadero y mal.

Lecciones y Ensayos: —¿*Siempre fue de este modo?*

Jaime Malamud Goti: —No, en la época alemana mía escribía muy mal, porque estaba lleno de guiones y subguiones. También he dirigido unas cuantas tesis acá y en Estados Unidos y siempre he enfatizado en que la tesis tiene que ser una cosa agradable. No una maravilla literaria, sino simplemente una cosa agradable.

Lecciones y Ensayos: —¿*Qué autores y autoras considera fundamentales?*

Jaime Malamud Goti: —Bueno, Martín Farrell escribe bien, escribe muy bien. Genaro Carrió tiene un libro, *Unas palabras sobre las palabras*

8. Se refiere a *Alicia en el País de las Maravillas*.

de la Ley. Ha escrito poco, pero tiene libros muy buenos. Tomás Moro Simpson tiene un libro, *Dios, el Mamboretá y la Mosca*. Sebastián Soler escribía muy bien. Hay una discusión entre Carrió y Soler sobre interpretación que es muy interesante. Soler escribió *Las palabras de la Ley* y Carrió *Unas palabras sobre las palabras de la Ley*.

Lecciones y Ensayos: —*Más allá del criterio estético ¿Qué libros recomendaría?*

Jaime Malamud Goti: —Yo pienso que la literatura es importante para un abogado. Por ejemplo, Shakespeare, que sobre todo tiene un remate medio legal con el juicio con Shylock para ver si tiene derecho a sacarle un riñón que estaba puesto como garantía y no había sido pagado. Está esa parte en que la heroína de la historia se disfraza de juez; a Shakespeare le encantaba ponerle bigote a una mujer, porque no había actrices. Entonces, ahí decía que se podía sacar el riñón, pero si se caía una gota de sangre eso iba más allá del contrato.

Shakespeare ha escrito varias cosas así: *King Lear* es un tratado de conflictos y de relaciones entre poder y la división del poder, de conflictos entre hermanos, intergeneracional... *Hamlet* ya es más complejo en eso, pero hay varias obras que son muy interesantes.

Yo creo que hay que leer Shakespeare y he dado algunos cursos de Shakespeare. Pero la cuestión es encontrar textos de Shakespeare que estén escritos en inglés moderno. Y Borges. A Borges hay que leerlo porque es extraordinario. Es extraordinaria la adjetivación de Borges. Podés creer que cae en exceso de adjetivación. Bioy Casares, que escribe mucho más simple, pero es un lenguaje muy bueno. Cortázar... algo de realismo mágico.

Lecciones y Ensayos: —*¿Qué profesores o profesoras fueron los que más lo marcaron en su vida académica?*

Jaime Malamud Goti: —A mí me echaron del San Andrés, del colegio. Y fui a parar a un colegio nacional y ahí me enamoré de la física. Tenía un profesor que se llamaba Vulcano, que era increíble cómo explicaba, cómo te involucraba en la discusión. Creo que fue el mejor profesor que he tenido en mi vida. Tuve un profesor de Literatura en San Andrés que se llamaba Bratosevich. Lo que pasa es que la literatura que nosotros leíamos en esa época era un bodrio. Mi profesor de Derecho Penal es un tipo que quise mucho y estuvimos juntos en la comisión de reforma del Código Penal, pero a mí no me interesaba mucho. Escribía muy bien, pero escribía muy poco... yo me saqué un cuatro en Derecho Penal, tenía un promedio muy bajo.

Lecciones y Ensayos: —*¿Tiene algún consejo para estudiantes que aún están en la Facultad o para recién graduados o graduadas que se quieren dedicar a la investigación?*

Jaime Malamud Goti: —Yo te voy a decir mi opinión... Yo creo que tienen que buscar espacios donde puedan debatir. Es muy importante también porque del debate sale qué es lo que tenés que leer para refutar al otro. Y, en definitiva, se trata de ir enriqueciéndose con las ideas de otros. Y cuando escribís, mentí. Hay que mentir un poco para hacerlo más interesante. Mi mujer americana siempre decía “nunca arruines un buen cuento en aras de la verdad”.

Lecciones y Ensayos: —*Muchas gracias Profesor.*

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

COMENTARIO SOBRE *CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA. DE LA TENSION AL FALSO DILEMA DE GUIDO L. CROXATTO**

DANIEL RAFECAS**

Desde Huánuco, noviembre de 2019

Quisiera comentar brevemente este lúcido ensayo escrito por uno de los abogados jóvenes argentinos más lealmente comprometidos en materia de derechos humanos. Guido proviene de la filosofía jurídica, y este dato ayuda a entender el diseño de su trabajo y las críticas por él vertidas al pensamiento antiliberal por autores tradicionalistas como el inglés conservador Michael Oakeshott, amigo de Isaiah Berlin, a quien Guido —que también se posiciona muy sólidamente contra la crítica que lanza Hannah Arendt al ideario de la Revolución francesa en su libro *La condición humana*— dirige contraargumentos agudos en defensa de la igualdad “abstracta” y la idea o ideal liberal, en la estela de Rousseau —y criticando a Raymond Aron, tan admirado por Arendt—, autor a quien remite continuamente en su ensayo, también para cuestionar un ideal confuso de soberanía popular directa que avalaría una institución que Croxatto cuestiona: el juicio por jurados, ideario soberanista replicado en la recordada disidencia del caso Simón, de dignidad universal.

Es, por otro lado, un libro escrito por alguien que no distingue nítidamente ni acepta la separación práctica de la teoría legal, una separación a la que estamos muchas veces penosamente acostumbrados. Esta división autosuficiente (donde la teoría se basta sola) será cuestionada como un problema central en materia de derechos humanos: el abismo entre práctica y teoría es, sobre todo, un desafío impostergable en materia de derechos esenciales, hoy postergados o denegados con distintos argumentos y eufemismos para millones de personas

* Recepción del original: 16/11/2019. Aceptación: 12/12/2019.

** Doctor en Derecho (UBA). Juez federal. Profesor regular de Derecho Penal, grado, posgrado y doctorado (UBA). Profesor en la carrera de Doctorado en Derechos Humanos (UNLa). Su último libro es *El crimen de tortura en el Estado autoritario y en el Estado de derecho*, Didot, 2016, Buenos Aires.

que carecen de lo básico, pero cuya miseria no es percibida por algunos juristas como un problema urgente para la filosofía legal latinoamericana, tan acostumbrada a replicar dogmas extranjeros. Croxatto, como activista, se resiste a formar parte de la academia tradicional del Derecho. Por eso demora sus publicaciones, que son esporádicas, y cuando surgen, rara vez tienen el formato tradicional, al que estamos acostumbrados, o el que se espera en la academia: *papers* o libros jurídicos.

Este libro que aquí comentamos es fiel al estilo literario habitualmente contrapuesto a —y discutido por— la filosofía analítica, tan de moda: es un ensayo filosófico, “desordenado”, en la mejor estela de Molière. No son para el autor meras preguntas de estilo ni cuestiones literarias ajenas al Derecho *práctico*, como la academia tradicional ha solido entender. La reivindicación de la poesía es parte de una reivindicación *desordenada* de la práctica —y de los cuerpos— en el Derecho. Por eso coordina en nuestra Facultad de Derecho de la UBA un valioso ciclo sobre poesía y Derecho: porque busca, junto a otros jóvenes abogados y poetas, hijos de desaparecidos como Julián Axat o Ana Oberlin, una voz diferente a la voz de la academia jurídica. Una voz diferente a la voz del claustro docente. Una voz nueva y sin ataduras. Que haga eje en la justicia social, en la integración latinoamericana: rescata la filosofía situada, el pensamiento indigenista, frente a los pensamientos sin “historia”. Y en la memoria. Y para eso desarrollan herramientas diferentes: un estilo nuevo de exposición, expresión y también de enseñanza del Derecho.

No existe una forma neutral ni un estilo no comprometido de enseñanza jurídica. Todos los estilos y formas nos comprometen de alguna forma, también las que aparentan ser “neutrales”. Sobre todo, acaso, estos últimos. Esta sería una de las trampas posibles de la vida académica y de la filosofía analítica, por él cuestionadas: la pretendida asepsia del Derecho “formal”, la forma “neutral” de enseñar (o juzgar), que no debieran verse nunca “contaminadas” por la subjetividad poética en su razonamiento “puro”, objetivo, ciego. Los cuerpos manchan. El Derecho aséptico no los toca: los deposita lejos. La poesía incorpora cuerpos, opacidad, parcialidad, dolor: incorpora la memoria. No pureza.

Croxatto cuestiona la noción misma de “sistema” jurídico, cuyos presupuestos de asepsia o neutralidad formal se vienen derrumbando hace décadas. Esto se ve, precisamente, no solo en su discusión o posición doctrinaria, sino en su “estilo” literario, en el diseño mismo de su trabajo: un ensayo filosófico en línea con la poesía, con el estilo poético latente de exponer y argumentar, por momentos vertiginoso (y algunos dirían, negativamente, desordenado).

Es lo contrario del estilo analítico, frío, formal, *ordenado*, del "sistema" jurídico articulado y consistente, "serio" y puro: ese sistema solo existe —y a duras penas— en los papeles.

Croxatto hace deliberadamente "desorden", como dice en su trabajo: hace "bardo". Bardo con el Derecho. Bardo significa poesía, en sentido literal. Esto hace ruido o puede llamar la atención en la mentalidad cerrada de la academia. No en la realidad concreta, vertiginosa, difícil, tan alejada de las aulas, donde el Derecho es *concreto*, fragmentario, difícil, nunca completo, claro, puro ni articulado, nunca del todo *sistema*. Es cuerpos que se chocan, se reprimen, se lastiman, duelen. Que no se dejan oír. Que no se dejan ver. Que nos gritan y reclaman algo. Tampoco la filosofía parece haber atendido demasiado esta demanda social. Estas voces "informales". Caídas del "sistema" jurídico o académico. Croxatto rescata estas voces.

El autor pone en cuestión en este libro la razón de ser de la crítica. Por eso Croxatto repite en este trabajo que su marco teórico es el pragmatismo. El pragmatismo es una corriente de filosofía de fuertes vínculos, por paradójico que parezca en un comienzo, con la filosofía del lenguaje y con la teoría literaria: Rorty, James (hermano del célebre escritor inglés), Dewey, Pierce, entre otros.

Puede parecer paradójico que la "ficción" o los autores interesados por el lenguaje y la literatura —como Enrique Marí entre nosotros—, se vuelvan más que los otros hacia la "práctica", desechando la teoría: el pragmatismo es una filosofía de lo concreto, y Croxatto, cuando reivindica la poesía, reivindica la corporalidad concreta.

Nada es más concreto que los cuerpos, históricamente negados por el Derecho y reprimidos por la religión y la pena. El pragmatismo y la literatura se terminan dando la mano en este ensayo. Las "ficciones", por paradójico que parezca, nos acercan más a la verdad que la filosofía analítica o la dogmática. La ficción nos acerca (como la poesía) a la verdad concreta, dura, y a los derechos básicos. A la verdad material. A la corporalidad desaparecida que hoy, en la voz de poetas abogados e hijos, reaparece. Reaparecen los cuerpos negados, perseguidos. Reaparecen los huesos. Y reaparece su palabra, su poesía, que hace "bardo" con el Derecho. Aparecen los cuerpos. Aparecen las palabras negadas, desaparecidas, borradas del Derecho, enterradas, críticas: la palabra poética es esa palabra *borrada*, negada, informal. No "sistemática".

Aquí se ve un hilo conductor en el libro. De un lado el pragmatismo como marco teórico, tan relevante para la filosofía del Derecho, tan acostumbrada a debates académicos en términos impropios, alejados,

formales, "universales". Por el otro, el estilo ensayístico, poético, *intraducible*. Local, concreto, pragmático, que implica latinoamericano. Identidad: lenguaje. Cuerpo. No tratados de filosofía siempre traducidos, sino una voz dura, tensa, con un recorrido donde la memoria, la verdad y la justicia configuran una unidad. El estilo expositivo (ensayo filosófico, reivindicación de la poesía) y el marco teórico (pragmatismo filosófico) son, pues, dos caras de un mismo proceso que deben entenderse juntas. Se explican e imbrican entre sí. No se pueden separar, se dan la mano.

Comprender estos dos presupuestos (estilo expositivo y marco teórico) son decisivos para comprender mejor las posiciones constitucionalistas desplegadas por el autor a lo largo del trabajo, y queríamos remarcar en este breve comentario su importancia: sin ellas no se entiende por qué el constitucionalismo y la democracia han dejado de *contraponerse*.

La vieja tensión o discusión entre constitucionalismo y democracia, acicateada por el constitucionalismo mayoritarista tan de moda, que acusa falsamente de "elitista" a los juristas que defienden —o defendemos— el garantismo penal liberal, se desdibuja una vez que asumimos que en la pobreza extrema o con el 52% de los chicos argentinos debajo de la línea de pobreza no hay democracia posible. Con cárceles degradantes, tampoco, por más que haya derechos formalmente reconocidos, pero impracticables en la realidad efectiva, "práctica".

Salir de la redundancia —defender la autonomía concreta de las personas, dejar de escindir derechos básicos en distintos niveles o generaciones— es dejar de hacer paráfrasis en la filosofía constitucional. Es poner el eje en la práctica de las garantías que, en la medida en que respetan derechos formalmente reconocidos, hacen de nuestra sociedad democrática en la teoría, una sociedad democrática en la práctica, materializando los derechos utópicos que aun hoy muchos califican de "no operativos", no "justiciables".

La tensión entre constitucionalismo y democracia tenía otra cara: el respeto supuesto —cultivado también por teóricos como Schmitt— a la soberanía política, idea ambigua —o al menos tan ambigua como otras desplegadas para defenderla— que no debería —en una democracia material como la aquí defendida, con derechos materializados para todos los actores civiles y sociales— tener por qué contraponerse a la idea de soberanía "política", sin excluidos.

La tensión obedece en el fondo a una falacia. Presupone, aunque no lo diga, que no todos serán integrados. No puede haber, concluye el autor, tensión posible entre democracia y constitucionalismo, entre autonomía

(idea que justifica la participación en democracia) y los derechos sociales y humanos que le otorgan sentido, y sin los cuales las personas pobres, excluidas, apresadas en cárceles inhumanas no pueden ejercer su libertad civil y política, ni plena ni mínima.

La tensión entre constitucionalismo y democracia —falso dilema, califica el autor— obedece, pues, a otro presupuesto que el autor desarma cuando repasa la historia reciente del liberalismo político, cuestionando a sus críticos y detractores conservadores y clasistas: la falsa escisión de derechos humanos fundamentales en distintas generaciones o niveles de derechos, como queriendo "retrasar el reconocimiento del igualitarismo material", nos dice Croxatto, cuando la misma declaración de los derechos universales del hombre reconoce o reconocía que estos son, además de inherentes a la persona, por su solo carácter de tal, *indivisibles*, inalienables e inherentes.

La paradójica e inicial división histórica política, con bloques de países defendiendo concepciones sociales y estatales contrapuestas en distintos niveles, pisos y generaciones es la que, al evolucionar, terminó generando este otro (falso) "debate" entre constitucionalismo y democracia, un debate mal planteado, que el autor desarma paso a paso analíticamente aquí con precisión de cirujano, al desarmar su presupuesto político de posguerra: el recorte de derechos en niveles de prioridad —los civiles como derechos de "primera" generación, cuando sin los económicos y sociales, que son instrumentales, aquellos no pueden ser ejercidos, dejando a las personas sin un margen de autonomía—.

Esta es la tesis central —tan clara, verídica y simple como útil— de este libro "herramienta", como lo define Croxatto en las primeras páginas. El poeta Gabriel Celaya hablaba de "poesía herramienta". Croxatto, que remite y cita a Celaya, pretende que sus trabajos no alimenten más debates que los que ya hay, sino acciones concretas, deliberadas, que aporten argumentos "útiles" para la acción del abogado comprometido, y para la reivindicación concreta y material de derechos sociales, no de teorías.

El pragmatismo termina siendo una forma de materialismo, como querían Adorno y los autores de la Escuela de Frankfurt, a quienes también remite Croxatto en su análisis y en su reivindicación de la escuela penal crítica de esa ciudad. No es un accidente, afirma el autor, que donde se erigió el famoso instituto de investigación social de Adorno y Horkheimer se perpetúe hoy, en la Universidad de Frankfurt, en la Facultad de Derecho en la misma ciudad, facultad dirigida por Klaus Günther, discípulo de Jürgen Habermas, una escuela crítica de Derecho Penal.

Con este libro, Croxatto nos ayuda a pensar continuidades que a veces no vemos. Nos muestra cómo el arco conservador que se opuso entonces al ideario igualitario de la Revolución francesa —diciendo que esta era demasiado “abstracta” por ser enemiga de la “tradicción”, que sería “concreta” como las cadenas que había que romper— hoy repite los mismos argumentos o argucias antiliberales y antiigualitarias: tan poco ha cambiado el “debate” político. Cambian los nombres, pero no el debate sobre derechos y garantías de fondo.

El antigarantismo no es nuevo. Es un discurso conservador, enemigo de toda igualdad “garantista” abstracta. Croxatto cita a Edmund Burke, que denostaba a los abogados resentidos “de provincia” que vienen a la ciudad (París) con su catálogo lleno de “abstracciones”. Croxatto, que retoma la estela de Paine, se siente uno de esos abogados liberales “de provincia”, denostados injustamente por Burke, un miembro de la aristocracia inglesa, como Michael Oakshott, como Berlin, como Aron (a quien cita y remite Arendt).

Escribo esta reseña no casualmente desde la ciudad de Huánuco, donde he viajado a sostener una conferencia sobre justicia y derechos humanos, saliendo de los centros académicos, yendo a los barrios marginales, marginados, alejados del “centro”, “resentidos”. Croxatto, que ha viajado a Huánuco conmigo, reivindica casi articuladamente las ideas de Rousseau, teórico de la soberanía popular y artífice máximo de la idea de voluntad general (incluso en su lúcida crítica al juicio por jurados, crítica que ha llevado a Croxatto a debatir con Julio Maier, que reivindica la participación popular en la administración de justicia).¹

Este trabajo tiene un mérito semejante al que tuvo en su momento para nuestra generación la obra de Luigi Ferrajoli: iluminar un camino para la práctica jurídica que quiere defender los derechos de la parte más débil y abstracta. Croxatto arranca su trabajo remitiendo a Marc Galanter, quien con pesimismo sostiene que hoy en día el “juramento” de construir sociedades más justas no es algo que caracterice especialmente a los abogados, sino a los militantes y ciudadanos comprometidos. El desafío parece ser volver a acercar la Justicia al Derecho.

1. Recomiendo a los lectores las lecturas respectivas en torno del juicio por jurados (juicio al carnicero que fue asaltado en Zárate, persiguiendo y matando a la persona que le había robado), tanto de Croxatto, inicialmente, como de Julio Maier, que impugnó la posición de Croxatto. El juicio por jurados es defendido también por Edmundo Hendler, de cuya cátedra fui profesor adjunto en la UBA muchos años.

Este trabajo nos muestra que nuestras críticas a la forma tradicional de enseñanza jurídica, pienso sobre todo en el campo penal, deben reflejarse ya desde un primer momento en la forma de exposición académica que elegimos para nuestros trabajos.

La dogmática penal y la analítica, que se contraponen a la falta de seriedad supuesta del ensayo y de la poesía, han sido funcionales a realidades prácticas poco "claras" y poco "consistentes" con las promesas legales liberales de humanidad. La poesía parece más seria que la filosofía pretendidamente objetiva, o el normativismo penal de moda, respecto de la realidad atroz que se vive a diario en las cárceles, por citar un ejemplo. La poesía y el ensayo liberal, humanista, moderno, poco "objetivo", poco "sistemático", descartado por poco formal (por no respetar las "formas") parece más afín a la tarea de reconstrucción que debe encarar hoy el Derecho en vastos campos concretos. Y esto no es solo una mera cuestión de "estilo" de exposición. Se juegan causas enteras disimuladas detrás de aparentes cuestiones de "estilo".

Por eso, la ruptura de Croxatto con una forma de exposición académica tradicional, estándar, esperada precisamente o sobre todo en un joven con resultados académicos sobresalientes, es simbólica en sí misma: es una toma de posición honesta, una ruptura o no complicidad frente a la realidad y la forma en que se define el vínculo práctica—teoría. Sacar el Derecho de los libros y llevarlo a donde se dirime su sentido ético: en la acción.

Croxatto, que insiste que no escribe ni habla para la filosofía francesa, ni siquiera de la UBA, sino que escribe con "urgencia", la urgencia del hambre y marginalidad del conurbano —y uno percibe esa "urgencia" en su escritura, en el estilo rápido que es su desorden, aunque no lo calificaría así—; Croxatto, que nos dice que escribe con urgencia "porque da vergüenza hacer filosofía jurídica en el conurbano, donde los pibes pasan hambre, frío, deambulan en los trenes con las zapatillas rotas", nos acerca una mirada penetrante acerca de la dignidad humana en un trabajo editado por la Universidad Nacional de Lanús, en el conurbano.

Advierte con razón que en un comienzo, y no hasta hace tanto tiempo, la dignidad era apenas un título nobiliario, un papel que se compraba y vendía ("¿habremos evolucionado tanto?", se pregunta el autor). Se compraban dignidades como se pagaba para recibir perdón en la iglesia. Los pobres no eran perdonados, y hoy, los pobres que no pueden pagar abogados caros tampoco son "perdonados", yendo a la cárcel. Nos advierte, en la medida en que la dignidad no era un valor, sino un título, que la

dignidad no era inherente como entendemos hoy, pos-Revolución francesa, un Derecho para todos, sino que era un papel aunado a un privilegio y una posición en la jerarquía social reservada para muy pocos. Muchos súbditos no eran vistos como personas; los esclavos no tenían dignidad alguna, los extranjeros tampoco.

En plena modernidad, este principio se invierte. La dignidad se convirtió en una *abstracción* general, es decir, en un valor, no en un título. No hace falta acreditar ningún recibo para ser reconocido en sus "dignidades", basta con mostrar el propio cuerpo, la propia personalidad —Kant, que apoya la Revolución francesa, desarrolla largamente el derecho a la personalidad—. La dignidad pasa a abarcar a todos sin distinción, pasó a ser universal, se convirtió en una cualidad intrínseca y abstracta que abarca por igual a todos los seres humanos, sin distinción. Cualquier distinción, como muchas de las que aún se mantienen en pie, será a partir de ahora catalogada como segregación y discriminación.

Sostiene el autor, con razón, que el cristianismo y el liberalismo —tanto la doctrina origenista de salvación de los demonios, como los liberales que defendían la dignidad innata de cada persona—, con su idea de Derecho natural inherente y previo, tienen mucho que ver con este camino.

Hegel advierte que el cristianismo, que muchas veces equivocadamente contraponemos al liberalismo político con el cual se desarrolla la legalidad como principio penal, es parte esencial de esta evolución. Por eso, el autor recupera y cuestiona las miradas neoliberales o colonizadoras de Milton Friedman y de Hegel, respectivamente. Ambos fueron críticos acérrimos del cristianismo. Ambos entendían que el cristianismo fue el primer responsable de promover esta idea de "igualdad" abstracta, de las almas de todos, sin distinción, ante los ojos de Dios (todos somos iguales).

Croxatto defiende con firmeza esta abstracción primera, cristiana, diríamos ahora en retrospectiva, donde liberalismo político y cristianismo no aparecían tan alejados. Croxatto cita incluso, como dije, la doctrina origenista de la salvación de los demonios, doctrina penal medieval cristiana, que Croxatto califica de "liberal" desde el penalismo: una primera doctrina de "garantías", de "salvación" de los condenados.

El avance de la dignidad como abstracción general, sin dudas no cae del cielo: está precedida de distintos pensamientos y doctrinas que fueron preparando el terreno para una visión mucho más amplia y extendida sobre la idea de dignidad humana, como la del obispo Orígenes, en su momento expulsado de la Iglesia por "garantista".

“Salvar” a los condenados, decir que estos también eran personas, fue revolucionario. Este es apenas un solo ejemplo de cómo el cristianismo está involucrado, como advierte Hegel, en este proceso de derechos naturales “inherentes” y en una filosofía política que tiende, como el liberalismo, a la igualdad de derechos, a la igualdad de las personas en diferentes campos. La igualdad y la dignidad se dan la mano. Crecieron juntas.

No quiero terminar de escribir este comentario somero desde Huánuco, Perú,² sin mencionar que muchos de los temas que Guido aborda en este trabajo no me son nuevos: lo que me resulta críticamente novedoso y valioso es su enfoque.

2. La escritura tiene una raíz material —y una historia material dura— que el Derecho formal a veces pierde de vista: el lugar desde donde se escribe dice mucho —o expresa algo importante— sobre el tipo de Derecho que se quiere construir, bajo qué modelos, bajo qué matrices, bajo qué parámetros, bajo qué ideas pensamos. A esto se refiere Guido Croxatto cuando pide, citando a Kush y a Rodolfo Schwarz, abogados de la academia capaces de “poner el cuerpo” en los sectores marginales y marginados, donde no llegan nunca los papers que se mantienen dentro de los cánones “formales” de la vida académica, generando un diálogo universitario puro pero a la vez vacío (no se entiende otra cosa, a veces, por “académico”, sino diálogo sin mayores consecuencias prácticas) que le termina dando la espalda a sus propias sociedades, a sus propios excluidos: a su propio continente o región. La reivindicación que hace Croxatto de la poesía en el Derecho, junto a jóvenes como Julián Axat, se vincula a este proceso jurídico donde lo importante es poner el cuerpo como forma física de poner la palabra: escribiendo libros o manuales “desordenados” de Derecho para enseñar donde el derecho social más duele, más se pisotea: en el conurbano bonaerense. Croxatto parece decir: si lo “académico” aún conserva algún sentido, tendrá que conservarlo en ese lugar. Demostrarlo en esos lugares alejados de la “academia”, y a menudo disimulados por la academia. Postergados de todo diálogo o debate, de toda escritura “seria” y “formal” de papers académicos o jurídicos, incluyendo los papers “críticos”. Frente a esto, el “desorden” de este trabajo no es accidental, es parte de una presentación deliberada y urgente donde el cuerpo se filtra entre las hojas: donde afloran las heridas y el hambre. El dolor, que es siempre algo urgente para la Justicia y no tiene tiempo —más cuando se habla de derechos humanos— de correcciones de “estilo”. Hay un desorden que parece ser una forma de ruptura o resistencia a la complicidad. Un trabajo que llama la atención. Que no admite una lectura lineal. Guido me contó que las únicas dos veces que pisó Comodoro Py en su vida fueron con Eduardo Luis Duhalde, entonces Secretario Nacional de DD. HH., para verme a mí, por los juicios de lesa humanidad. No son solo anécdotas personales: son historias de vida donde los abogados comprometidos con los derechos humanos, la memoria, la verdad y la justicia, construyen con esfuerzo un camino conjunto. El resultado de ese esfuerzo colectivo, que tiene como principales protagonistas a las organizaciones de DD. HH., son los juicios de derechos humanos, que ya forman parte de la identidad colectiva de los argentinos: de nuestra cultura.

Me he especializado largo tiempo en los estudios sobre violencia estatal, con centro en el fenómeno de la tortura, cuya historia he indagado también en el proceso penal desde tiempos anteriores a la caza de brujas —lúcidamente expuesta por Silvia Federici, y que ha llamado la atención reciente del profesor Zaffaroni, porque habría en la caza de brujas un modelo de ejercicio de poder punitivo que aún no se habría erradicado del todo en muchos procesos donde se suprimen garantías mínimas—. Un problema y una historia de violencia devenida "institucional" que abordé también en mi tesis de doctorado en la UBA, dedicada a mi maestro, Tute Baigún,³ pese a lo cual nunca había advertido con tanta claridad algo que aquí señala con mucha inteligencia Croxatto.

La dignidad humana, esta dignidad que hoy damos por descontado, que era concretamente y sobre todo un "título" material, un papel al que muy pocos accedían a fines del siglo XVIII, se extiende, se divulga gracias a la Revolución francesa y a las abstracciones —cuestionadas desde la tradición dura y "concreta", defendida por de Bonald, de Maistre, Oakeshott y tantos otros conservadores que defendían parapetados los privilegios de la aristocracia—. Se "masifica" de manera "populista", es para "todos" —dice con ironía el autor—, se hace "abstracción", se vuelve "abstracta", esto que para nosotros parece una obviedad. Todos tenemos derechos "humanos", pero en ese momento fue un cambio revolucionario y populista, masivo, para el "vulgo", algo *vulgar*. Se convierte en igualitarismo abstracto, y se reconoce como heredero de la doctrina liberal y católica de los derechos naturales: la dignidad es inherente, no habría que "ganarla" trabajando o negociando en los palacios, se obtiene por el mero hecho y el solo hecho de haber nacido libre.

Es evidente, en la obra de Croxatto, el eco de la obra de Rousseau, cuyas cenizas fueron llevadas al panteón por los revolucionarios franceses junto a las de Voltaire, con quien tanto debatía sobre historia.

Por eso, Croxatto separa muy prolijamente el viejo liberalismo político —al que debemos ideas como la dignidad inherente y los derechos "naturales" de cada persona, previos a su reconocimiento estatal, que hace al ejercicio del poder público un ejercicio legítimo— del "neo" o nuevo liberalismo económico —que se diferencia del primero en muchos campos, por ejemplo, en el reconocimiento de la importancia (o no) de la asistencia

3. RAFECAS, *El crimen de tortura. En el Estado autoritario y en el Estado de derecho*.

social, de los derechos humanos universales que el neoliberalismo (de auge en Chile, donde Milton Friedman, en tiempos de Augusto Pinochet, predicaba) cuestiona como un "costo" o como una mera "carga" de la que habría que librarse.

Son dos liberalismos muy diferentes y no debemos confundirlos. Croxatto defiende al primero, cuestionando duramente al segundo. En Estados Unidos, la distinción es más precisa: los *liberals* son sectores de izquierda, del partido demócrata, como Ted Sorensen, asesor de Kennedy; los *libertarians*, en cambio, son neoliberales fisiócratas, afines a los mercados financieros, fondos de especulación financiera, con peso en el ala más conservadora del partido republicano (lo que llamaríamos la derecha).

En Estados Unidos, estas ideologías diferentes tienen traducción partidaria y política, lo cual es saludable para el debate político. En la Argentina, muchas veces confundimos los términos, asociando equivocadamente liberalismo político (doctrina con la que nacen los conceptos de derechos humanos inherentes, "naturales", subjetivos, anteriores al Estado) con neoliberalismo económico, que se diferencia (por eso "neo") de muchos de los postulados antropológicos y políticos ("viejos") del liberalismo político.

Croxatto plantea esto, más que como un avance, como un retroceso en la estela liberal. Algo semejante sostendrá, junto con Naucke y Zaffaroni, en el plano penal: un error del liberalismo (o penalismo ilustrado) habría sido la legitimación "liberal" de la punición, tema al que Croxatto dedica su tesis de doctorado.⁴

Este libro recorre y defiende, en definitiva, la historia de la legalidad moderna, no desde la doctrina penal, sino desde la teoría general del Derecho, o, como Croxatto prefiere decir, desde la filosofía del Derecho.

El neoconstitucionalismo ha predicado, desde la posguerra, que la dignidad humana, frente a la barbarie vivida y los intentos legales por acotar la posibilidad política "soberana" de un regreso a la atrocidad, pasaba a tener, pese a todas sus ambigüedades y alcances, "eficacia directa". Este es el punto de quiebre con el cual se desarrolla hoy el neoconstitucionalismo "no positivista", como recuerda Comanducci.

4. Croxatto dedica su tesis de doctorado a revisar la historia y la crisis del principio de legalidad penal (la crisis del penalismo moderno "ilustrado"), cuyo cultor fue el pensador alemán Paul Anselm von Feuerbach, redactor del Código de Baviera de 1813, tomado como fuente por Carlos Tejedor. Raúl Zaffaroni es el director de esta investigación de doctorado, radicada en la UBA.

Croxatto se detiene en largas reflexiones —no exentas de alguna perplejidad para él mismo— que, pese a reivindicar la poesía en su cruce oxigenador y comprometido con el Derecho positivo, como garantista que es, reivindica las “formalidades abstractas” del positivismo jurídico, ideología —incluso científica— de la modernidad, la ilustración y la Revolución francesa.

Croxatto no es un crítico del positivismo jurídico: todo lo contrario, es su defensor acérrimo y progresista. Es un defensor del Poder Judicial, de la división clásica de poderes y del sistema de pesos y contrapesos, hoy, según sostiene, desvanecido. Por eso, recurre a Rousseau y a su visión de la soberanía popular, para defender la administración de justicia clásica, en nombre de la voluntad general y no de un mero rejunte aislado de voluntades particulares, como podría ser el —por Croxatto cuestionado— juicio por jurados.

Croxatto no ve en el juicio por jurados, a diferencia de Julio Maier, con quien ha debatido, una representación colectiva legítima en sociedades donde predomina la desinformación o concentración mediática. No ve el espíritu deliberativo o el diálogo, sino la divulgada demagogia punitiva que celebra cada vez que muere un “delincuente”. Aporta los argumentos nada menos que de Rousseau, en su apoyo de la estructura judicial clásica que debe aplicar la ley, expresión de una voluntad general, concepto que Croxatto en repetidas oportunidades recupera.

Por eso, Croxatto discute con visiones mayoritaristas que impugnan el control constitucional o tribunales concentrados en nombre de supuestas mayorías, impugnando el supuesto “elitismo” penal o constitucional de los estrados: pone el ejemplo de Uruguay, donde con tales argumentos, posreferéndum, no se avanzó —como en la Argentina, con su “garantismo elitista” en la estela del tribunal “concentrado” del sistema interamericano de derechos humanos— en materia de juicios de lesa humanidad.

Croxatto entiende que el sistema “elitista concentrado” expresa un esquema constitucional “general” —la Constitución es la expresión más cabal de un acuerdo mayoritario—, donde el piso mínimo de derechos pesa más que las mayorías políticas circunstanciales en un referéndum (no plebiscitar garantías) o la decisión de un jurado.

Precisamente, es en la discusión con el constitucionalismo mayoritarista de Waldron, defendido por Gargarella, donde Croxatto, discípulo de Zaffaroni, mejor desarrolla sus argumentos —no solo, ni ante todo, penales—, donde invierte y muestra las raíces soberanistas (mis-

mo argumento de Fayt en la disidencia del caso Simón⁵ del "mayoritarismo", que supuestamente cuestiona al garantismo por configurar una *élite* intelectual encerrada en los "palacios" o cortes de "minorías" ilustradas y cultas.

Croxatto entiende que el garantismo no es un elitismo: es la expresión acabada de una voluntad colectiva expresada en la ley fundamental. Nada sería más democrático que preservar la Constitución con sus garantías, que expresan la voluntad constitutiva de un pueblo soberano y libre que se dio a sí mismo tal ley.

Croxatto, a diferencia de su maestro Zaffaroni, defiende y con mucho énfasis la Constitución de Alberdi. Del mismo modo, entiende que la "politización" de la Justicia está del lado del antigarantismo y no al revés, como comúnmente se piensa. Defiende el liberalismo político, con el cual nace la legalidad como precepto, y esa defensa lo lleva directamente al constitucionalismo garantista, precisamente porque el garantismo reivindica como metodología propia el positivismo jurídico: el apego estricto a la legalidad jurídica y a las garantías constitucionales,⁶ una obviedad que no haría falta tener que repetir, si el escenario regional en materia de garantías y debido proceso no fuera, como recuerda Mariela Belski (directora de Amnistía Internacional), tan pedregoso y por momentos oscuro.

Croxatto llama a esto, no sin acierto, volver a repetir el *abc* del Derecho. A veces, nos hace falta recordar ese *abc*. Lo básico. Porque muchos discursos predominantes erosionan la legalidad penal. La horadan. Por eso, hace falta reconstruirla, reconstruyendo el positivismo jurídico: las garantías procesales penales de fondo y de "forma". La defensa del positivismo jurídico en este escenario regional crítico (donde se expande el antigarantismo) no es un accidente. Es un límite. Es una defensa, en definitiva, de la legalidad y de la libertad política.

5. CSJN, "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad", 14/06/2005. Este fallo trascendental permitió impulsar los juicios de derechos humanos por delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura, un hito en la historia jurídica argentina y mundial, ya que los procesos son llevados ante tribunales ordinarios, con pleno respeto a la legalidad y el debido proceso. La Argentina tiene en estos procesos alrededor de dos mil imputados.

6. Notable coincidencia (porque a veces es importante advertir o señalar los acuerdos) de Guido Croxatto con la posición de Andrés Rosler, profesor titular de Filosofía del Derecho en la UBA, en su flamante trabajo: ROSLER, *La ley es la ley*.

Estos conceptos tienen una historia que a menudo perdemos de vista, y este libro, con mucho acierto, la recupera. Nos recuerda, como dice Habermas en la cita que encabeza este trabajo, que toda Constitución es el logro de una historia nacional. No un accidente político, sino un acuerdo básico. Un contrato social.

Cuando pienso en la cerrada y verdaderamente lúcida defensa que hace Guido del positivismo jurídico en este trabajo, cuando impugna los argumentos antiliberales, antiigualitarios, antiilustrados, no puedo dejar de pensar que el primer jurista que recibió un telegrama de despido de parte del nacionalsocialismo alemán, al que tantos juristas célebres, incluso penalistas que habían sido liberales como Mezger, se plegaron, fue el jurista vienés Hans Kelsen. No haría falta tener que decir mucho más. Es un dato simbólico. Otros, como Edmund Mezger, quien visitó en 1944 un campo de concentración en Dachau para evaluar “categorías de delincuentes”,⁷ murieron sin haber sido juzgados, conservando incluso sus cátedras en la universidad (en este caso, de München). Por eso, junto a Guido Croxatto, comparto esta defensa. Como jurista. Como juez. Como abogado.

Termino de escribir esta reseña desde la ciudad peruana de Huánuco, en el límite norte con la selva amazónica, viendo cómo en la plaza principal se venden los “negritos”, representaciones de esclavos negros que bailaban en Navidad adorando al Niño Jesús, obteniendo, transitoriamente —solo por pocos días festivos—, su libertad, para retornar luego a la esclavitud.

Se conoce esta celebración como Fiesta de Presentación de Cofradías de los Negritos de Huánuco. En los muñecos que se venden, los negritos (Corrochanos) —cuya danza es un símbolo cultural de esta ciudad, danza de celebración de cada nacimiento— tienen siempre puestas cadenas en los pies. El único que no tiene cadenas es el colonizador blanco, que tiene un látigo.

Termino la reseña de este libro de Guido observando que en cada conferencia que he brindado en la Corte Superior de Justicia de Huánuco y en la Universidad local que lleva el nombre de un autor afín a la criminología positivista,⁸ siempre me obsequian un negrito como recuerdo de esta ciudad, su historia y su cultura. Lo mismo podría decirse sobre las comidas típicas de

7. Dato recuperado de MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho...*

8. Afín a la democracia cristiana, Víctor Andrés Belaúnde fue un destacado jurista y diplomático peruano, célebre por sus diferencias con Mariátegui, autor, entre otros, del libro *La filosofía del Derecho y el método positivo*.

Huánuco, que son las comidas que hacían los esclavos negros con los desechos del colonizador, sazonando y comiendo lo que aquel tiraba a la basura.

Vuelvo a mi país con dos esculturas del negrito Corrochano como recuerdo de la lucha por la justicia y la libertad de las personas de nuestro continente. De la dignidad humana abstracta, como ironiza el autor en su trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad", 14/06/2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo: estudios sobre el Derecho Penal en el nacionalsocialismo*, Tirant lo Blanch, 2002, Valencia.

RAFECAS, Daniel, *El crimen de tortura. En el Estado autoritario y en el Estado de derecho*, Didot, 2016, Buenos Aires.

ROSLER, Andrés, *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, Katz, 2019, Buenos Aires.

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. Estos/as 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. Estos/as 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 los/as dictaminantes a favor de la publicación de la asignación, esta queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si todos los/as dictaminantes se expiden en contra, la obra es desestimada. Si hubiera disidencias en el sentido de sus votos, el escrito es elevado a la consideración del cuerpo editorial en pleno (plenario). En los tres supuestos, el/la autor/a recibe los votos fundamentados de los/as dictaminantes.

El plenario es la instancia donde la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de los/as miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple, recibiendo el/la autor/a una minuta transcribiendo 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, etc.— son directamente sometidas a la evaluación del plenario, sin la instancia previa en la que se elaboran dictámenes individuales.

Todos los escritos que el Consejo de Redacción haya determinado como publicables quedan preseleccionados para su reconsideración al

momento del cierre editorial. Así, en la etapa de conformación definitiva del número, los trabajos preseleccionados son nuevamente clasificados por el pleno para decidir cuáles son incluidos en la publicación física y digital. Todo escrito restante —es decir, no incluidos— es tenido por preseleccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor/a así lo desea.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la Revista *Lecciones y Ensayos*, tanto en su versión en papel como en su versión digital, 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. Pseudónimo escogido por el/la autor/a (no debe permitir identificar al/a la autor/a)
 - c. Resumen del trabajo en español (250-500 palabras)
 - d. Palabras clave en español (al menos 5 palabras clave)
 - e. *Abstract* del trabajo en inglés (de ser posible; 250-500 palabras)
 - f. *Keywords* en inglés (de ser posible; al menos 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 pts., justificado, interlineado 1,5. La hoja 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, debe enviarse 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— en fuente Times New Roman tamaño 12 pts., interlineado de 1,5 líneas. 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 controlar la existencia y el contenido de estas fuentes.
 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.
 7. Las notas al pie procurarán no exceder 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 6 palabras, se incorporará una versión resumida del elemento seguido por puntos suspensivos (...).
 8. 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.
 9. 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 GONZÁLEZ POSADA, Adolfo.

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 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, "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 internacionales

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 Estupefacientes", 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 el 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, Rudiger (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?rskey=Nez%20miV&result=1&prd=OPIL>, consultado 10/09/2018.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)", 15/02/2018, URL <https://www.>

cij.gov.ar/nota-29178-La-Corte-Suprema-llama-a-una-nuevaaudiencia-p-blica-por-la-contaminaci-n-del-Riachuelo.html 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.

¿CÓMO PARTICIPAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*?

Lecciones y Ensayos es una revista jurídica semestral dirigida por estudiantes dependiente del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue fundada en el año 1956 y desde entonces ha cumplido el papel de foro editorial de profesores y alumnos/as, sin más requisito que la excelencia académica.

La revista *Lecciones y Ensayos* se caracteriza por estar gestionada a partir de un diseño institucional basado en procedimientos democráticos de toma de decisiones que involucran a todos/as los/as miembros del Consejo de Redacción de la revista que una vez por semana se reúnen para deliberar en torno a las tareas editoriales. Nuestras principales actividades consisten en:

- Publicar artículos de docentes, investigadores/as y estudiantes de las ciencias jurídicas.
- Fomentar la investigación científica, la crítica, el debate abierto y horizontal.
- Permitir el desarrollo de actividades de extensión, como organización de conferencias, concursos, jornadas, encuentros, entre otros.
- Introducir a los/as estudiantes en el mundo de la investigación.

Si querés participar, podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20. Tienen lugar en nuestra oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho.

También podés comunicarte con nosotros por teléfono (+54 11) 5287-6737 o enviándonos un e-mail a lye@derecho.uba.ar.

El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es ser alumno/a regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

