

# PENSAR EN DERECHO N°5

 *eudeba*



FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN **DERECHO**  
NRO. 5 AÑO 3

**Comité editorial**

Juan Pablo Alonso  
Gabriela Antonelli Michudis  
Lucas E. Barreiros  
Mariano H. Borinsky  
Emiliano J. Buis  
Marisa Herrera  
Luciana Beatriz Scotti

**Comité Académico**

Susana Albanese  
Susana Cayuso  
Raúl Etcheverry  
Fernando García Pullés  
Carlos Gherzi  
Adrián Goldin  
Martín Krause  
Delia Lipszyc  
Luis Niño  
Renato Rabbi Baldi

**Coordinación de la revista**

Bárbara Weinschelbaum



Eudeba  
Universidad de Buenos Aires

1º edición: diciembre de 2014

© 2014 Eudeba  
Editorial Universitaria de Buenos Aires  
Sociedad de Economía Mixta  
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires  
Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202  
www.eudeba.com.ar

Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0194



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.



FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

**Decana:** *Dra. Mónica Pinto*

**Vicedecano:** *Dr. Alberto J. Bueres*

---

**Consejo Directivo de la Facultad de Derecho**

**Claustro de profesores**

*Consejeros titulares*

Prof. Oscar Ameal  
Prof. Beatriz Krom  
Prof. Ernesto Marcer  
Prof. Gonzalo Álvarez  
Prof. Marcelo Gebhardt  
Prof. Adelina Loianno  
Prof. Enrique Zuleta Puceiro  
Prof. Lily Flah

*Consejeros suplentes*

Prof. Alberto J. Bueres  
Prof. Daniel R. Vítolo  
Prof. Luis Mariano Genovesi  
Prof. Martín Böhmer  
Prof. Raúl Gustavo Ferreyra  
Prof. Mary Beloff  
Prof. Marcelo E. Haissiner  
Prof. Mario Ackerman

**Claustro de graduados**

*Consejeros titulares*

Ab. Leandro Ernesto Halperin  
Ab. Mónica Balmaceda  
Ab. Pablo Andrés Yannibelli  
Ab. Sebastián Alejandro Rey

*Consejeros suplentes*

Ab. Gisela Candarle  
Ab. Carlos Aguas  
Ab. Aldo Claudio Gallotti  
Ab. Lisandro Mariano Teszkiewicz

**Claustro de estudiantes**

*Consejeros titulares*

Leandro Mutchinick  
Alejandro Maronna  
Micaela Pisterman Rozenek  
Florencia Levato

*Consejeros suplentes*

Joaquín Santos  
Catalina Cancela EcheGARAY  
Tomás González Vera  
Patricio Méndez Montenegro

**Representante No Docente**

*Miguel Muñoz*

---

**Secretarios**

Secretaría Académica: *Dra. Silvia C. Nonna*

Secretario de Administración: *Ab. Carlos A. Bedini*

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: *Ab. Oscar M. Zoppi*

Secretario de Investigación: *Dr. Marcelo Alegre*

Secretario Técnico: *Mag. Alejandro Gómez*

Secretario de Vinculación Ciudadana: *Nicolás de la Cruz García*

**Subsecretarios**

Subsecretario Académico: *Ab. Lucas Bettendorff*

Subsecretario de Administración: *Ab. Rodrigo Masini*

Subsecretaria de Relaciones Institucionales: *Ab. Isabel Sábató*

Subsecretario de Planificación Educativo: *Ab. Enrique Rodríguez Chiantore*

# Índice

Reforma constitucional de 1994.....	9
<i>Gregorio Badeni</i>	
Un breve balance de la reforma constitucional de 1994, 20 años después .....	17
<i>Roberto Gargarella</i>	
A 20 años de la reforma constitucional, ¿se han cumplido sus objetivos? .....	35
<i>Daniel A. Sabsay</i>	
Los derechos políticos y electorales .....	67
<i>Alberto Ricardo Dalla Via</i>	
Defensor del Pueblo y la reforma constitucional de 1994 .....	79
<i>Alicia Pierini</i>	
El federalismo unitario argentino (1994-2014) .....	91
<i>Andrés Gil Domínguez</i>	
La Corte Suprema y el alcance de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana 1994-2014 .....	105
<i>Susana Albanese</i>	
<i>Artículos recibidos por convocatoria abierta</i>	
¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres? Respondiendo a la famosa pregunta de Susan Moller Okin a partir de un caso argentino.....	137
<i>Guido Leonardo Croxatto</i>	

El delito como espectáculo. Reflexiones criminológicas sobre cómo los medios de comunicación tratan las cuestiones vinculadas con el delito .....	197
<i>Norberto Ricardo Tavosnanska y colaboradores</i>	
Aciertos y desaciertos en la gobernanza medioambiental internacional .....	231
<i>Leila Devia, Agnès Sibileau y María Carolina Ulla</i>	
El contraderecho (el abuso y el fraude en la homologación de acuerdos concursales propuestos por sociedades concursales con quitas) .....	257
<i>Efraín Hugo Richard y Juan Carlos Veiga</i>	
Contrato estimatorio .....	271
<i>Alejandro D. Dabah</i>	
Del legislador al regulador: rasgos de la transformación del derecho comercial .....	335
<i>Rodrigo S. Luchinsky</i>	

# Reforma constitucional de 1994

*Gregorio Badeni\**

## **Resumen**

A veinte años de la reforma constitucional de 1994, este trabajo propone, en primer término, un repaso de sus antecedentes inmediatos, las circunstancias en las que se pactó su alcance y el modo en el que se arribó a la conformación de la Convención Reformadora. Esto permite examinar las complejidades del proceso reformador, así como aquellos elementos que han puesto en tela de juicio su legitimidad. En segundo lugar, se reseña el contenido de la reforma, dando cuenta de sus principales virtudes y deficiencias.

## **Abstract**

Twenty years after the 1994 constitutional reform, this article intends to review its close precedents, the circumstances in which its content was

\* Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Licenciado en Ciencia Política (UNLP). Hizo toda la carrera docente alcanzando el grado de Profesor Titular de Derecho Constitucional y es actualmente Profesor Emérito de la UBA. Ha ejercido cargos docentes en otras universidades públicas y privadas. Es miembro de número de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales, de Ciencias Morales y Políticas, y de Periodismo. Del mismo modo integra las Academias de Ciencias Morales de España y de Chile. Ha recibido premios y distinciones importantes por su desarrollo académico. Ha escrito sobre los temas de su especialidad, sobre los cuales tiene un intenso ejercicio profesional.

agreed upon, as well as the way in which the Reforming Convention was formed. This allows the examination of the complexities of the reforming process and the elements that have cast doubt on its legitimacy. The content of the reform is also reviewed, highlighting its strengths and weaknesses.

Dejando al margen la reforma de 1972 por su manifiesta constitucionalidad,<sup>1</sup> a pesar de haber sido avalada por algunos dirigentes políticos que, en 1994, se esmeraron por incorporar el actual art. 36 de la Ley Fundamental, lo cierto es que a partir del año 1957 permanentemente se expresaron voces propiciando la reforma de la Constitución Nacional. En ciertos casos, respondiendo a transitorias pasiones políticas y, en otros, a concepciones ideológicas transpersonalistas totalmente extrañas a la doctrina humanista o personalista que nutre a la Constitución vigente.

El proceso propiciando la reforma constitucional, adquirió carácter oficial cuando el Presidente Raúl Alfonsín decidió crear el Consejo para la Consolidación de la Democracia, mediante el decreto N°2.446 del 24 de diciembre de 1985.

En 1987 el Consejo presentó un informe destacando la conveniencia de una reforma parcial de la Constitución.

En la reforma proyectada se proponía atenuar el sistema presidencialista. A tal fin, y siguiendo el modelo parlamentario europeo, se establecía un jefe de gabinete que debía rendir cuentas de la gestión gubernamental ante la Cámara de Diputados, la cual podía removerlo mediante un voto de censura. El presidente y vicepresidente serían elegidos en forma directa mediante el sistema de la doble vuelta electoral.

Se le reconocía, al presidente, la potestad de disolver la Cámara de Diputados, debiendo convocar a una nueva elección de sus miembros. También se sugería la introducción de formas de democracia semidirecta.

Con referencia al procedimiento para la remoción de los jueces, se mantenía el sistema previsto en los arts. 53, 59 y 60 de la Constitución respecto de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. En cambio,

1. Fue realizada por el órgano ejecutivo, previa consulta a una comisión integrada por diez personalidades del derecho y la Ciencia Política, así como también a los dirigentes de las agrupaciones políticas.

para los jueces inferiores, su juzgamiento quedaba a cargo de un jurado de enjuiciamiento.

Para afianzar el régimen partidocrático que se estaba gestando, se sugirió introducir en la Constitución el reconocimiento de los partidos políticos como factores fundamentales del sistema democrático.

En materia de derechos humanos, se proponía el reconocimiento constitucional de los tratados internacionales sobre esa materia otorgando a todo tipo de convenio internacional una jerarquía superior a la de las leyes del Congreso.

La obra proyectada por la comisión se frustró cuando, después de los comicios de 1987, el partido político gobernante quedó desprovisto de las mayorías necesarias para impulsarlo. De todas maneras, gran parte de las propuestas de ese Consejo fueron incorporadas por la Convención reformadora de 1994.

Ninguno de esos proyectos llegó a la etapa previa de convocatoria a una convención reformadora. La sanción de la ley N°24.309, el 29 de diciembre de 1993, revirtió dicha situación aunque precedida y seguida por un proceso político cuyas anomalías resintieron seriamente la legitimidad de la reforma que, solamente con el transcurso del tiempo y el acatamiento de la ciudadanía, será posible revertir.

Semejante conclusión es fácilmente verificable a la luz de los hechos. En primer lugar, durante el año 1993 el Senado de la Nación aprobó un proyecto de reforma constitucional cuya sustanciación presentó características muy particulares a raíz de la postura adoptada por un senador de San Juan que, en pocos días, modificó sustancialmente su pensamiento sobre la oportunidad y necesidad de alterar la Ley Fundamental condicionando, con su voto, la obtención de la mayoría necesaria para la aprobación del proyecto. La propuesta, emanada del Partido Justicialista, apuntaba explícitamente a permitir la reelección inmediata de Carlos Menem en el cargo presidencial, criterio que se apartaba del espíritu republicano de la Ley Fundamental y que había sido concretado en varias provincias permitiendo la reelección de sus gobernadores.

Ese proyecto pasó a la Cámara de Diputados y nunca llegó a ser resuelto porque, en el ínterin, dos importantes figuras de la política argentina, Raúl Alfonsín y Carlos Menem, arribaron sorpresivamente a un acuerdo el 14 de noviembre de 1993 sobre el contenido que debía tener la reforma de la Constitución. En el llamado "Pacto de Olivos", concertado sin debate previo,

sin publicidad, sin conocimiento de la ciudadanía y a espaldas de los partidos políticos que aquellos representaban, quedaron especificados los temas para la reforma.

Ese acuerdo, que posteriormente mereció la aprobación impuesta coercitivamente por las estructuras partidarias de aquellas figuras políticas, fue sometido a la Cámara de Diputados que, tras un breve y superficial debate, procedió a su aprobación. Otro tanto hizo el Senado, aunque con una ligera modificación respecto de la duración del mandato de quienes integran ese cuerpo. De todos modos, las sugerencias contenidas en una ley que declara la necesidad de la reforma constitucional no son vinculantes con la Convención Reformadora. Finalmente, fue promulgada la ley N°24.309.

En virtud de esa ley, y tal como constitucionalmente corresponde, la ciudadanía fue convocada a un acto comicial. En ese acto, según las opiniones vertidas por prestigiosos analistas del comportamiento electoral, la votación estuvo más encaminada a premiar o castigar dirigentes y partidos políticos que a emitir un juicio sobre la eventual reforma constitucional y su contenido.

A ello se añadió un total desconocimiento, por parte de la ciudadanía, no solamente sobre el contenido de la reforma propuesta, sino incluso sobre los alcances y valores de la Constitución. Todo parecía circunscribirse al problema de la reelección presidencial con explícita referencia a la persona que ejercía la Presidencia de la Nación y a la necesidad de preservar su protagonismo político por parte de un ex presidente de la República.

Esa situación resintió la legitimidad del proceso reformador con los alcances asignados por la ley N°24.309, porque el concepto de legitimidad es de carácter político y no aritmético. Refleja un consenso manifiesto del pueblo sobre la oportunidad y necesidad de introducir ciertas modificaciones en la Constitución para suprimir los obstáculos que impiden alcanzar los fines perseguidos por una comunidad nacional. Pero mal puede existir ese consenso cuando no se conoce debidamente la Constitución ni el contenido y efectos de la reforma propiciada.

Esto no significa que el proceso estuviera viciado de ilegitimidad sino que carecía de la suficiente legitimidad —sin perjuicio de su validez jurídica— como para concluir en una Ley Fundamental perdurable, eficaz y consentida. Probablemente, si se intensifica la información que en una república

corresponde brindar al pueblo, aquella necesaria legitimidad podría ser verificada.

Es que con lamentable frecuencia, creemos ingenuamente que modificando las leyes será mejorada la realidad social y que la norma, por sí sola y sin mediar un esfuerzo de nuestra parte, resolverá mágicamente los problemas que nos agobian, tanto individuales como sociales. A ello se añade una constante en el pensamiento de los reformistas: su actuación en una burbuja teórica desconectada de la realidad argentina, en la soberbia intelectual que prescinde del enfoque empírico.

La Convención Reformadora comenzó a funcionar el 25 de mayo de 1994, concluyendo su labor con la sanción de las reformas y la redacción del texto constitucional ordenado, que fue publicado en el Boletín Oficial del día 23 de agosto de 1994, entrando en vigencia al día siguiente de su publicación.

Con la reforma de 1994, la Constitución está integrada por 129 artículos, o si se quiere 130 con la inclusión del artículo 14 nuevo, estando complementada por 16 Disposiciones transitorias de vigencia limitada hasta que se opere la reglamentación o, en su caso, la operatividad de los arts. 37, 39, 54, 56, 75 incs. 2 y 30, 76, 90, 99 incs. 4 y 7, 100, 101, 114, 115 y 129. A ellas cabe añadir la primera Disposición Transitoria que ratifica la soberanía del Estado sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, que se declaran parte integrante del territorio nacional.

Es una reforma importante por su extensión, con la salvedad de la de 1860 y la breve vigencia de la Constitución neofascista de 1949. Pero no es una reforma necesariamente importante por su contenido, ni tampoco puede ser presentada como generadora de una nueva Constitución.<sup>2</sup>

Ella no altera la finalidad de la Constitución de 1853/60, de modo que es incorrecto hablar de una nueva Constitución, sino de un texto reformado con el cual el país afrontará la problemática del siglo XXI. Sigue siendo una Constitución personalista, cuyo único objetivo es concretar la libertad y dignidad del ser humano como máximo valor en una escala axiológica a la cual

2. Conf. Germán Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, p. 303, Ediar, Buenos Aires 2001.

se subordinan la grandeza del Estado, la superioridad de una clase social y cualquier otro valor transpersonalista autoritario.

La inclusión de presuntos nuevos derechos y garantías en realidad no es tal. Todos ellos ya estaban previstos con amplia generosidad, explícita o implícitamente, en el texto anterior. Pero la inserción constitucional de algunas modalidades de esos derechos preexistentes obliga a efectuar un intenso y honesto esfuerzo interpretativo para evitar el absurdo de que se otorgue a cierto derecho, en el ámbito individual o social, mayor jerarquía que a los restantes. Todos ellos son, en definitiva, la institucionalización de diversas manifestaciones de una especie única: la libertad y dignidad del ser humano, que impone el deber de armonizarlos mediante leyes reglamentarias.

En la organización del gobierno, la reforma fundamental reside en ampliar los poderes del presidente<sup>3</sup> de la República y permitir su reelección inmediata reduciendo el mandato a cuatro años. Podrá dictar decretos de necesidad y urgencia sobre materias legislativas y, con autorización del Congreso, sancionar leyes como acontece en algunos sistemas parlamentarios europeos. Ese incremento de poderes implica asignar al Congreso una importante responsabilidad de control que, si no claudica de sus atribuciones por lealtades partidarias, permitirá preservar el equilibrio de los poderes como garantía eficaz para evitar la concentración del poder en el Presidente con su secuela inevitable de ejercicio abusivo y autoritario.

Se mantiene la forma federal de Estado, con reformas impositivas y económicas cuyas bondades dependen de una prudente y eficaz legislación reglamentaria. Asimismo, se asigna autonomía a la Ciudad de Buenos Aires que tendrá su propio gobierno político aunque, mientras siga siendo Capital de la República, su poder será limitado por la ley del Congreso que se sancione para garantizar los intereses del Gobierno nacional.

Algunas cláusulas generan el riesgo de una estratificación social de la llamada “clase política” mediante la jerarquía atribuida a los partidos políticos. Ellos virtualmente monopolizan la selección de candidaturas y el proceso electoral, siendo sostenidos económicamente por el Estado con un privilegio que se extiende a sus dirigentes. Es de esperar que esos dirigentes

3. La finalidad expuesta en el “Pacto de Olivos” fue la de reducir o atenuar los poderes presidenciales. Propuesta teórica destrozada por la realidad política, fácilmente previsible a la luz del pragmatismo.

y los gobernantes recuerden que están al servicio del pueblo y no el pueblo al servicio de ellos.<sup>4</sup>

Superados la euforia constituyente y el esnobismo constitucional que inspiraron la reforma, es necesario que se imponga el equilibrio merced a una prudente y correcta interpretación de sus cláusulas, objetivo no concretado hasta el presente. Una vez más, ello será posible a través de la educación del ciudadano y del ejemplo ético de los gobernantes. Porque una Constitución no es solamente una ley fundamental sino, antes que ello, un símbolo nacional que explicita los fines de la sociedad argentina y un instrumento de gobierno que debe ser cumplido fielmente para la plena vigencia de un Estado de Derecho.

Nada mejor, a tales fines, que tener presentes las sabias palabras pronunciadas por Fray Mamerto Esquiú al ser jurada la Constitución en 1853 en la Iglesia Matriz de Catamarca: “Los hombres se dignifican postrándose ante la ley, porque así se libran de arrodillarse ante los tiranos”. Plausible recomendación que apunta a la vigencia del Estado de Derecho, con su escuela de seguridad jurídica, mediante el estricto cumplimiento de las leyes, por el cual deben bregar, sin claudicaciones, tanto los gobernantes como los gobernados.

El mayor de los errores en que incurrieron los precursores y gestores de la reforma de 1994 fue enrolarse en el snobismo constitucional. Su desconocimiento, y en algunos casos, el desprecio por la estructura institucional de 1853/60 los condujo a introducir en la Ley Fundamental principios institucionales propios del neomonarquismo europeo olvidando que nuestra Constitución se basó sobre la estructura republicana y federal de la Constitución de los Estados Unidos y nuestros antecedentes patrios que pocos puntos en común tiene con el parlamentarismo europeo. Por otra parte, el desconocimiento del espíritu de la Constitución Nacional indujo a los constituyentes a enrolarse en el criterio imperante entre los intelectuales de la mayoría de los países latinoamericanos que, habiendo padecido infinidad de textos constitucionales y rupturas del orden jurídico fundamental, decidieron acudir a la protección de las normas internacionales para preservar los derechos

4. No se advirtió que, ya en 1994, los partidos políticos fueron sustituidos por facciones políticas desprovistas de ideas y programas de gobierno. El factor aglutinante es una personalidad carismática y paternal.

humanos. Pero, ninguno de esos países registra tan rica tradición constitucional como la República Argentina, al menos, entre 1862 y 1930. Tradición cuya vigencia requiere tan sólo el estricto cumplimiento de nuestra Constitución histórica, en su letra y espíritu.

Compartimos plenamente la opinión vertida por Segundo V. Linares Quintana ya hace más de tres décadas, que citando a Joaquín V. González, José Nicolás Matienzo y Julio Oyhanarte, nos dice: “La Constitución Argentina es una de las más sabias, humanas, prudentes y perfectas constituciones del mundo y, desde luego, la más generosa... Es que la más avanzada y progresista política del desarrollo, dentro del respeto de los derechos humanos y del principio de la soberanía popular, tiene amplia cabida dentro de la elástica y previsorá estructura de nuestra ley fundamental. Simplemente se requiere que esa política de desarrollo sea concebida, planeada y ejecutada, a través de la actividad de los poderes constituidos y sin que sea necesario poner en movimiento los mecanismos del poder constituyente”.<sup>5</sup> No se trata de preconizar una Constitución pétrea, sino de fomentar su estricto cumplimiento, con inteligencia, humildad y sensibilidad social para instaurar la seguridad jurídica tantas veces vapuleada en el curso de nuestra historia constitucional.

5. Segundo V. Linares Quintana, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, T. II, p. 676.

# Un breve balance de la reforma constitucional de 1994, 20 años después

*Roberto Gargarella\**

## **Resumen**

La reforma de 1994 implicó, definitivamente, una mejora en relación a la anterior Constitución de 1853. Sin embargo, representa un ejemplo de una oportunidad perdida y, tras 20 años de su sanción, resulta relevante señalar sus déficits y defectos. En los años 80 existía un claro consenso académico y político en torno a la importancia de resolver la inestabilidad democrática que afectaba a toda América Latina. Un mal diseño constitucional que acentuaba el hiperpresidencialismo era entendido como en gran medida responsable de la crisis política. La Constitución de 1994 mantuvo una organización de poder centrada en el Ejecutivo. La reforma se caracterizó por su tendencia acumulativa, en vez de sintética, lo que se ve reflejado en la amplia incorporación de “nuevos derechos” en materia de derechos humanos. Las energías estuvieron puestas en la ampliación del listado de derechos existentes cuando, al mismo tiempo, se descuidó otra sección muy importante de la Constitución: la organización del poder. La incorporación de organismos e instituciones como el Consejo de la Magistratura o el Jefe de Gabinete cambiaron el sistema institucional pero no han servido para democratizar el poder. Por otro lado, las soluciones “acumulativas” derivaron en

\* Abogado (UBA), 1984. Sociólogo (UBA), 1985. Profesor titular de Derecho Constitucional (UBA); Master en Ciencias Políticas FLACSO, 1990. Doctor en Derecho (UBA), 1991. LLM, Universidad de Chicago, 1992. Jurisprudence Doctor, University of Chicago, 1993. Posdoctorado Oxford University, 1994. Becario J. S. Guggenheim, 2001. Becario H. F. Guggenheim, 2003-4. Autor de una veintena de libros y un centenar de artículos sobre Derecho, Teoría Constitucional, Filosofía Política; robert@utdt.edu.

problemas en su efectivización, en la medida en que ciertos nuevos derechos e instituciones entran en tensión con otros ya existentes.

## **Abstract**

The constitutional reform of 1994 has definitely been an improvement in relation to the previous Constitution of 1853. However, it represents an example of a lost opportunity and, after 20 years of its passing, it is important to point out its deficits and flaws. In the 80's there was a clear academic and political consensus on the importance of solving the democratic instability that affected Latin America. A bad constitutional design that emphasizes the hyper-presidentialism was seen, to a large extent, as the responsible of the political crisis. The Constitution of 1994 maintained an organization of power centered in the Executive. The reform was characterized by its accumulative tendency, instead of being synthetic, which is reflected in a great incorporation of "new rights" in matters of human rights. The energies were put in the increase of the list of rights when, at the same time, another important part of the Constitution was neglected: the one of the organization of power. The incorporation of organisms and institutions such as the Council of Magistracy or the Chief of Staff had changed the institutional system but were not useful for a democratization of power. Moreover, the "accumulative" solutions implied problems in its effectiveness, as certain new rights entered in tension with old ones.

## **Introducción**

En este breve artículo, procuraré hacer un balance de las novedades incorporadas por la reforma constitucional de 1994. Sintéticamente, diré que la misma mejora de modo relevante la versión anterior –el texto madre de 1853– pero que, a pesar de ello, representa un buen ejemplo de una oportunidad perdida. Aunque anima a mi texto un compromiso con una concepción robusta de la democracia (que en principio lleva a que me acerque muy críticamente a la Constitución), no fundaré tal afirmación ni en la invocación de ideales muy exigentes, ni en el falso supuesto de que la Constitución pudo haberse transformado entonces –como lo hubiera deseado– en algo muy distinto de lo que hoy es. Lo haré bajo la modesta idea conforme a

la cual la Constitución –aun reconociendo los estrechos márgenes políticos que existían entonces para actuar de modo diferente– pudo, fácilmente, haber terminado siendo algo bastante más interesante de la que hoy tenemos. Y, de modo más simple aún, presentaré mis reservas señalando que las críticas que primero me interesa hacer se derivan, directamente, de los mismos compromisos asumidos por los convencionales constituyentes en algunas de las reformas que ellos sí impulsaron.

### **Una reforma de miras cortas**

Las constituciones pueden orientarse a satisfacer objetivos de corto, mediano o largo plazo, y según entiendo la del 94 se dirigió a saldar problemas inmediatos, más que de largo aliento, lo cual en principio no resulta especialmente atractivo. De modo similar, podría decirse que las buenas constituciones son las que tienen la capacidad de reconocer y reaccionar frente a graves problemas colectivos: ellas intentan, a partir de sus siempre limitadas capacidades, contribuir a la resolución de problemas públicos de primera importancia. La Constitución norteamericana de 1787, por caso, buscó ante todo combatir el problema de las facciones –conforme declarara James Madison en el famoso *Federalista* N°10–. Uno podía estar de acuerdo o no con el diagnóstico madisoniano (las facciones como principal problema público, en un país marcado por la esclavitud), pero sin dudas dicha cuestión representaba una dificultad pública grave, frente a la cual una Constitución podía ofrecer alguna respuesta (en este caso, el establecimiento de un sistema de “frenos y contrapesos”). De modo similar, podría decirse, las primeras constituciones latinoamericanas entendieron bien su misión. Al decir de Juan Bautista Alberdi, ellas se dirigieron, ante todo, y razonablemente, a favorecer la causa independentista (i.e., a través de la concentración de los poderes políticos y militares en el Ejecutivo). En sus palabras:

“¿Cuáles son, en qué consisten los obstáculos contenidos en el primer derecho constitucional? Todas las constituciones dadas en Sudamérica durante la guerra de la independencia fueron expresión completa de la necesidad dominante de ese tiempo. Esa necesidad consistía en acabar con el poder político que la Europa había ejercido en este continente, empezando por la conquista y siguiendo por el coloniaje: y como medio de garantizar su completa extinción, se iba hasta arrebatarse cualquier

clase de ascendiente en estos países. La independencia y la libertad exterior eran los vitales intereses que preocupaban a los legisladores de ese tiempo. Tenían razón: comprendían su época y sabían servirla” (Alberdi, 1981, 26).

Alguien podría disentir, en este caso, sobre los medios constitucionales escogidos por nuestros constituyentes originarios, para confrontar tal dificultad, pero es seguro que el problema del caso era uno de máxima relevancia y de tipo estructural, y que la Constitución podía contribuir en su remedio o morigeración. Casos como los señalados, en definitiva, ilustran una tradición de constituciones animadas a atender dificultades públicas profundas y de largo plazo. A la luz de tal tradición –concluiría– una Constitución como la de 1994 falló, al dirigir sus principales energías a dar cuenta de una cuestión en definitiva muy menor, esto es, satisfacer las apetencias reeleccionistas del presidente entonces en ejercicio –esta fue, sin dudas, la gran causa motivacional de la reforma de 1994–. En tal sentido, podría decirse, la Constitución nació con un grave defecto de origen.

### **Una oportunidad perdida**

Según entiendo, la reforma del 94 representa una gran oportunidad perdida. Esto es así, porque en los años 80 –esto es decir, luego de la oleada de dictaduras militares que atravesara la región latinoamericana– se extendió en el país, como en toda América Latina, un inusual consenso académico y político, en torno a un tema entonces decisivo: la sistemática inestabilidad democrática que afectaba a la región, y que culminaba en reiterados golpes militares. Notablemente, se forjó entonces un amplio acuerdo de enorme importancia: no sólo se había identificado en dicha ocasión un problema colectivo de primera relevancia, sino que además se había reconocido –a mi parecer, de modo apropiado– una posible respuesta constitucional destinada a facilitar la resolución (ya que nunca el completo remedio) del mismo. En efecto, en dicho tiempo se llegó a la conclusión de que un mal diseño institucional, que culminaba en un sistema híper-presidencial, era en buena medida responsable del tipo de crisis política que la región sufría de modo recurrente: los híper-presidentes acumulaban poder y expectativas sobre sus espaldas, lo que hacía que –frente a las primeras crisis de popularidad– el régimen entero entrase en crisis. Esto se debe, por un lado, a

la identificación que se producía entre el sistema político y una particular figura pública; y por otro lado, dada la ausencia de “válvulas de escape” que mostraban estos sistemas híper-presidenciales. Este interesante diagnóstico concluía entonces con propuestas de un (más o menos radical) cambio en el sistema político, destinadas en primer lugar a facilitar las salidas políticas a las recurrentes crisis; y, en segundo lugar –y lo que era más importante– a evitar el típico y repetido resultado de los golpes de Estado. A la luz de este extendido e inusual acuerdo que supo existir en la región, es que señalo de modo enfático que la reforma del 94 representó una oportunidad perdida: se desperdició entonces el saber teórico acumulado y las energías políticas coincidentes que alentaban una particular reforma constitucional, de naturaleza muy diferente de la que luego emergiera.<sup>1</sup>

Antes de terminar este apartado, de todos modos, quisiera reconocer el hecho de que, a veces, las malas razones, o las cuestiones de corto plazo, sirven como excusa o causa para “disparar” reformas más interesantes. Es debatible, en este sentido, que la Constitución de 1994 haya aprovechado la excusa que la motivaba –la reelección presidencial– para generar cambios más profundos y de interés. De todos modos –y sobre esto volveremos prontamente– lo dicho no niega que, finalmente, la Constitución reformada incorporara en su texto algunas novedades valiosas, y capaces de mejorar su contenido originario.

## **Una Constitución de transacción**

Las constituciones pueden ser, de distinto modo, constituciones de transacción, esto es, constituciones que resultan de acuerdos y negociaciones entre grupos con pretensiones diferentes, a veces opuestas. No es necesariamente malo que las constituciones emerjan de procesos de transacción políticos –para algunos, este resultado es simplemente inevitable–. Abriría, de todos modos, alguna duda sobre lo afirmado, para señalar que muchos podemos favorecer o preferir las constituciones que resultan del debate público, más que de la negociación entre grupos (Elster, 2000). Ahora bien, hecha esta aclaración, volvería a insistir con la idea de que las transacciones pueden

1. El Consejo para la Consolidación de la Democracia resumió y expresó de algún modo el tipo de acuerdos –en primer lugar teórico– entonces existente.

hacerse de formas muy diferentes –algunas más atractivas que otras– sobre todo si tenemos en cuenta la posibilidad de que los distintos grupos involucrados quieran avanzar, cada uno de ellos, demandas que están o pueden estar en tensión entre sí.

Voy a ilustrar lo señalado con un ejemplo que se origina en el constitucionalismo norteamericano, y que va más allá de los defectos que pueden reconocerse en el mismo. A finales del siglo XVIII, en los Estados Unidos, existía un gravísimo conflicto, que enfrentaba a grupos con posiciones diametralmente opuestas entre sí, en materia religiosa –recordemos que Estados Unidos se constituyó definitivamente como Nación a partir de la llegada de numerosos grupos religiosos, que escapaban de las persecuciones que sufrían en Inglaterra–. A la hora de “negociar” sus diferencias en términos constitucionales, tales grupos acordaron una fórmula de transacción interesante: definieron que ninguna de las facciones impondría sus creencias sobre las de las demás, en caso de llegar al poder –podemos llamar a esta una solución *de síntesis*–. Se consagró entonces la neutralidad estatal en materia religiosa, lo cual representó una manera atractiva de dar cuenta de las pretensiones opuestas, provenientes de grupos enfrentados entre sí. En la Argentina, en cambio, las diferencias entre los grupos liberales y conservadores que participaron en la Convención Constituyente de 1853 se saldaron con un articulado que incorporó directamente, apenas matizadas, las posiciones de ambos grupos: los liberales afirmaron su postura en el art. 14, a través de la declaración de la tolerancia religiosa, mientras que los conservadores hicieron lo propio por medio del art. 2, en donde se concedió a la religión católica un status preferencial. Tenemos aquí un modo diverso –y, en mi opinión, mucho menos atractivo– de saldar las diferencias entre grupos con pretensiones enfrentadas –podemos llamar a esta una solución *de acumulación*.

El ejemplo anterior me ayuda a marcar el punto citado: hay formas distintas de “negociar” diferencias, y no todas ellas resultan igualmente atractivas. Es mi impresión que, lamentablemente, la reforma del 94 insistió con algunas soluciones “acumulativas”, antes que sintéticas. Piénsese, por caso, en un ejemplo sobre el cual voy a volver: la superposición de la defensa del derecho de propiedad, con la defensa de los derechos indígenas-comunitarios, en materia de propiedad. Según entiendo, se trata de una (mala) estrategia demasiado común en el constitucionalismo latinoamericano, que en los años 90 y siguientes se caracterizó por sumar en el mismo texto, por ejemplo, preocupaciones “neoliberales” junto con otras de carácter “social”

o aun “socialista”. Este tipo de respuestas, según creo, tiende a generar, como mínimo, innecesarias confusiones interpretativas, a la vez, en ciudadanos y profesionales del derecho.

Es en esta encrucijada donde se cruzan las observaciones presentadas en el punto anterior (referido a una “reforma de miras cortas”) y las propias de este nuevo punto (referido a las “Constituciones de transacción”). En efecto, en todos sus aspectos, la Constitución de 1994 se muestra como una Constitución de transacción que, por estar hecha con “miras cortas” y apresuradamente, arraiga reformas de compromiso pronto, en algunos casos a partir de improvisaciones que son completadas con derecho “rápidamente importado”. Doy tres ejemplos de lo que pienso, relacionados con las tres grandes ramas de gobierno existentes, y producto de lo que entonces fuera el llamado “Pacto de Olivos” entre las dos principales fuerzas políticas existentes (el Partido Justicialista y la Unión Cívica Radical). En relación con el Poder Ejecutivo, y tal como viéramos, se optó por dejar de lado los proyectos existentes, dirigidos a promover un (más sustantivo) cambio de sistema político (se había pensado en los 80 en la posibilidad de promover un sistema parlamentarista o semi-presidencialista), para preferir en su lugar una muy modesta modificación –hasta hoy, luego de 20 años de vigencia de la Constitución– más bien inocua: la introducción de un Jefe de Gabinete. En relación con el Poder Judicial, se dejaron de lado las posibilidades de “democratizar” su funcionamiento de un modo digno o sensato (señalo esto a la luz de las reformas “democratizadoras” que se promovieran sobre la justicia, durante el mandato de Cristina Kirchner), para optar en cambio por reformas relativamente menores (aunque en este caso, agregaría, no inocuas, y en algunos casos bienvenidas). En particular, la adopción de un Consejo de la Magistratura (una institución “importada” más o menos irreflexivamente desde el constitucionalismo latino-europeo) vino a “cambiar de nivel” pero no a resolver, las indeseadas disputas políticas que se generaban en torno al control político del Poder Judicial. Finalmente, y ya pensando en el Poder Legislativo, la adopción de un “tercer Senador” por provincia vino a satisfacer la demanda de la Unión Cívica Radical (en condiciones de obtener una representación senatorial por la minoría, en varias provincias), sin afectar sustantivamente las del Partido Justicialista, entonces en el gobierno (y que seguiría controlando mayoritariamente al Senado, con la Constitución reformada). De este modo, otra vez, se optó por “acumular” demandas de las fuerzas políticas entonces en disputa, en lugar de pensar en alternativas de “síntesis”, superadoras de las existentes.

## Derechos humanos (sin poder)

Uno de los aspectos más notables e interesantes de la Constitución reformada tiene que ver con lo realizado en materia de derechos humanos. Este tipo de reformas resultan atractivas, a partir del análisis anteriormente avanzado, en la medida en que parecen responder –ahora sí– a una preocupación sin dudas relevante, propia del tiempo en que la Constitución se modificó: la gravísima oleada de violaciones de derechos humanos que distinguiera a la región latinoamericana, durante los años 90. En efecto, y de distintos modos, diferentes países de América Latina modificaron sus constituciones para responder, de maneras también diversas, a un similar tipo de afrenta: el trágico legado de las dictaduras, en términos de derechos humanos. En algunos casos, como los de Chile o Brasil, las nuevas constituciones se dedicaron, ante todo, a tratar de disolver o confrontar algunos de los peores registros dejados a nivel constitucional por las dictaduras. Por ello, la Constitución de Chile de 1980 comenzó a enfrentar el duro legado de los *enclaves autoritarios*, dejados por el gobierno de Pinochet en la misma organización constitucional del país –una tarea en la que la nueva Constitución sería acompañada por sucesivas reformas legislativas–.<sup>2</sup> La Constitución de

2. Las trabas impuestas por el orden pinochetista incluían la institución de senadores vitalicios (que le permitió al general Pinochet pasar a formar parte del Senado, una vez abandonado su cargo); senadores “designados” (que permitió que miembros de las Fuerzas Armadas y los carabineros pasaran a integrar también el Senado democrático); un (cada vez menos influyente) Consejo de Seguridad Nacional; el rol tutelar de la democracia asignado a las Fuerzas Armadas; un sistema electoral fuertemente excluyente (destinado a dificultar al máximo la selección de representantes de agrupaciones políticas minoritarias); el papel meramente subsidiario que se le reservara al Estado; o la exigencia de mayorías calificadas para reformar aspectos cruciales de la vida institucional, referidos a los temas más diversos: desde la educación a la organización del Congreso o las Fuerzas Armadas. Se trataba de limitaciones claramente inspiradas en una declarada actitud de desconfianza democrática. El poder democrático fue desprendiéndose de tales limitaciones muy lentamente, a través de sucesivas reformas constitucionales –la más importante, la realizada durante el gobierno de Ricardo Lagos–. Entre tantas modificaciones, destacan las dirigidas a: modificar el procedimiento de reforma y limitar el peso de los estados de excepción (1989); cambiar aspectos de la organización geográfica interna (1991); reducir el período presidencial de 8 a 6 años (1994); introducir cambios en los modos de selección de jueces (1997); cambiar el funcionamiento del poder judicial y los modos de la elección presidencial para la segunda vuelta (1999); modificar el mecanismo de reforma constitucional (2000); terminar con la

Brasil de 1988 dedicó, asimismo, una enorme energía a recuperar la civilidad democrática que había perdido, a nivel constitucional, en cuestiones tan diversas como la tortura o el voto.<sup>3</sup> En la Argentina, ante todo, la reforma constitucional promovió la incorporación de diez tratados internacionales de derechos humanos, a la vez que reconoció la superioridad jerárquica de los mismos, en relación con las leyes nacionales.

En principio, entiendo que la (masiva) incorporación constitucional de “nuevos derechos” en materia de derechos humanos puede ser respaldada: no está mal que un país reconozca intereses fundamentales que se compromete a proteger de modo enfático. De todos modos, hay varias reservas que pueden adelantarse al respecto, sin ánimo de denegar el valor de lo hecho. Son dos, principalmente, los matices que agregaría en relación con lo realizado.

Ante todo, la reforma vuelve a mostrar, en este aspecto, su tendencia “acumulativa” antes que “sintética”: se acumulan, unos sobre otros, nuevos derechos, con cierta improvisación –con cierto apuro– y con los riesgos que ello puede implicar. En particular, entiendo que las largas listas de nuevos derechos incorporados por la reforma entran en tensión, en más de un caso, con los derechos ya existentes (i.e., derechos individuales vs. colectivos; derechos tradicionales liberales vs. derechos “multiculturales”). La Constitución –es mi opinión– se ha desentendido simplemente de tales dificultades, prefiriendo no incurrir en los costos involucrados en el repensar y modificar la lista de derechos tradicionales, hasta entonces vigente.

---

censura cinematográfica (2001); fijar el deber del Estado de asegurar la educación gratuita (2003); terminar con los senadores designados y vitalicios; reducir el mandato presidencial a sólo 4 años; permitir que el Presidente removiese a los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y al director de Carabineros; modificar el Consejo de Seguridad Nacional (2005); introducir modificaciones en el sistema electoral (2009).

3. Así, la nueva Constitución proscribió la tortura y las medidas tomadas contra el Estado democrático; restableció el voto directo y secreto; reordenó los criterios para el funcionamiento de los partidos políticos; fijó penas severas contra las restricciones a las libertades civiles; dispuso medidas antidiscriminatorias; incluyó mecanismos destinados a alentar la participación política (tales como plebiscitos y referéndums); restableció el compromiso federalista y expandió la autonomía municipal; incorporó medidas de protección de las tierras indígenas; y consagró una larga y muy detallada lista de derechos y garantías sociales (incluyendo los derechos de educación, salud, trabajo, descanso, seguridad, previsión social, maternidad, y creando, por caso, el significativo sistema único de salud); y sindicales.

En segundo lugar –y este es un punto crucial en mi análisis, sobre el que quiero volver más adelante– los reformistas entendieron –en mi opinión, de modo equivocado– que la mejor forma de fortalecer el compromiso constitucional con los derechos humanos consistía en ampliar de modo significativo la lista de derechos existentes. De esta forma, y como una mayoría de constitucionalistas y reformistas latinoamericanos, insistieron sobre un camino cuanto menos problemático: al concentrar de forma tan extraordinaria sus energías en las reformas en materia de derechos, tendieron a descuidar por completo la necesidad de modificar de manera consecuente la otra sección clave de la Constitución, esto es, la organización del poder. De esta forma, según diré, pusieron también en riesgo la misma apuesta por los derechos, que venía a representar su principal o casi única apuesta. Porque, en definitiva, ¿cuál es la mejor manera de –por caso– evitar la tortura? ¿Proscribir a la misma, a través de un artículo, o crear instituciones destinadas a impedir la concentración del poder? Adviértase que es obviamente posible dedicar esfuerzos a conseguir ambos objetivos: no es ello, sin embargo, lo que se hizo. Del mismo modo, ¿cuál es la mejor manera de asegurar renovados compromisos, en materia de derechos sociales?: ¿consagrar nuevos derechos sociales en el texto constitucional, o reforzar el poder de acción y decisión de los grupos más postergados de la sociedad? Tales objetivos no son incompatibles pero, nuevamente, se optó por el primer camino (la consagración de más derechos) dando directamente la espalda al segundo (la modificación de la organización del poder).

## **La autoridad de los tribunales internacionales**

El último de los puntos citados en la sección anterior da cuenta de una relación importante: lo reconozcamos de modo explícito o no, lo cierto es que toda modificación que introducimos sobre una de las secciones de la Constitución (i.e., la referida a los derechos), tiene repercusiones sobre la otra (i.e., en materia de organización del poder). Aquí lo mismo: a través de sus renovados compromisos en materia de derechos humanos –podría concluirse– la Constitución de 1994 transfirió poder a los tribunales internacionales a cargo de la custodia de tales derechos –pienso, en particular, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos–. Al hacerlo, el país recreó, en un nivel más alto, una opción importante pero también cargada de dificultades, que ya conocía en el ámbito local: la influencia o dominio de

organismos no mayoritarios/no democráticos en la política democrática doméstica. El problema en cuestión, conocido con el nombre de la “dificultad contramayoritaria” (Bickel, 1969) –tal vez el problema más clásico dentro del derecho constitucional moderno– no es meramente teórico ni tampoco es menor, y merece una atención particular, dado el peso especial que adquiere (proporcional a las renovadas dificultades que genera), a partir de la intervención de tribunales internacionales.

A nivel local, la intervención decisiva (la “última palabra”) de los tribunales que resuelven cuestiones constitucionales fundamentales (al pronunciarse, por caso, sobre la validez de una ley de divorcio, aborto, eutanasia, estupefacientes, o sobre los poderes especiales del Ejecutivo para decidir en materia económica) genera la obvia pregunta acerca de por qué tales cruciales temas no son en definitiva decididos por la política democrática. Ello, sobre todo, a la luz de una Constitución (la nuestra, como cualquier otra) que no puede, ni razonablemente quiere, saldar todas esas cuestiones en su propio texto, y que, sin embargo, es constantemente interpelada y citada en la búsqueda de una respuesta a temas públicos conflictivos. En efecto, lo que suele ocurrir es que el texto constitucional no cuenta con una respuesta obvia a preguntas fundamentales (como las citadas) y por lo tanto es el intérprete (judicial) el que termina por laudar conflictos interpretativos de primera importancia. En tal situación, el hecho de que los últimos o principales intérpretes judiciales no sean electos ni removibles por el voto popular, genera la pregunta razonable acerca del espacio efectivo de la política democrática para resolver cuestiones fundamentales.

A nivel internacional, dilemas como el citado se reproducen y agravan, con algunas peculiaridades. En primer lugar, nuestro poder de influencia, como ciudadanos, en la elección de los magistrados de la Corte Interamericana es todavía mucho menor que el poder con el que contamos a nivel local. En segundo lugar, nuestro poder de influencia, como ciudadanos, en la disputa interpretativa que todo conflicto relevante dispara, es mucho menor que la (escasa influencia) que podemos ejercer a nivel local, sobre nuestros tribunales. Y sin embargo, el impacto de las decisiones de un tribunal internacional resulta extraordinario, por más que el tribunal del caso carezca de poderes coercitivos efectivos.

Alguien podría decir: “fuimos nosotros, a través del voto democrático, los que delegamos tales poderes” (Abramovich, 2007). Esta común afirmación es tan cierta como frágil: “nuestro” poder de decisión efectivo, como

ciudadanos, en dicha delegación, es (fue) muy relativo; y el mismo se diluye en la medida en que el tiempo pasa. Alguien podría replicar: “pero cuando queramos podemos denunciar al tratado en cuestión y terminar con el pleito” (Filippini, 2012). Pero, otra vez, se trata de una respuesta en problemas, tanto por la enorme energía que requiere una maniobra semejante, destinada a romper el status quo existente en materia de política internacional, como por su “tremendismo”: uno echa en falta, entonces, la existencia de canales democráticos diferentes, más flexibles y accesibles, capaces de ayudarnos a dialogar e influir sobre quienes toman las decisiones que más pueden afectarnos. Tales canales resultarían mucho más interesantes que la alternativa que hoy parece dejarnos la Constitución, que es la del “todo” (pérdida sustantiva de soberanía decisoria) o “nada” (pérdida de nuevas instancias de control sobre el poder democrático).

Lo dicho, finalmente, no niega el enorme valor que han tenido los tribunales y organismos internacionales de derechos humanos, durante períodos dictatoriales como los que asolaron la región. Sin embargo, ello es tan cierto como lo es la pérdida de centralidad de tales instituciones internacionales, en la medida en que se consolidan las democracias locales: nuestros sistemas políticos ya no pueden ser vistos, como entonces, como maquinarias destinadas a arrasar con los derechos humanos de ciertos individuos y grupos. Por supuesto, a la luz de las tremendas fragilidades que siguen afectando a nuestras democracias, el mantenimiento de controles internacionales destinados a supervisar la vigencia de los derechos humanos fundamentales es muy importante. Pero, otra vez, la fragilidad de nuestras democracias no requiere cualquier tipo de remedios ni cualquier tipo de controles: el reconocimiento de las graves falencias presentes clama por mayor –y no menor– poder de control y decisión democrática.<sup>4</sup>

4. Se podrá decir, entonces: “es que necesitamos garantizar siempre los derechos de las minorías”. Nuestra respuesta es: “es cierto, pero nada demuestra que la mejor o más apropiada forma de garantizar tales derechos minoritarios es a través del recurso a organismos o instituciones no democráticos, o por completo independientes de la voluntad democrática, como lo son tribunales compuestos por individuos carentes de responsabilidad democrática, y respecto de los cuales nos encontramos desvinculados radicalmente, en términos institucionales”.

## **Cuando “lo viejo” se enfrenta con “lo nuevo”: tensiones “intra-seccionales”**

En línea con los descuidos y apresuramientos que tendieron a caracterizar la reforma del 94, nos encontramos con una serie de problemas que emergen a partir del poco feliz “ensamble” entre “lo nuevo” y “lo viejo”, dispuesto por la Constitución reformada. En efecto, muchas de las cláusulas y modificaciones que se incorporaron a la misma –muchas veces, razonablemente– no fueron debidamente pensadas en relación con los materiales constitucionales ya existentes: ya sean las cláusulas “viejas”, ya sean las prácticas constitucionales más establecidas. De este modo, reformas que, en principio, podían justificarse, comenzaron a enfrentar problemas en su efectivización debido, al menos en parte, a la falta de cuidado en los modos en que tales modificaciones fueron incorporadas en el texto ya existente. El “viejo” texto –las viejas prácticas, el viejo esquema constitucional existente– comenzó de ese modo a dificultar la posibilidad de que el “nuevo” texto, o las nuevas cláusulas, cobraran vida. El problema, según entiendo, es uno que ha afectado a todo el constitucionalismo regional, y al cual el constitucionalismo argentino no ha sido ajeno.

Una buena ilustración del problema en el que pienso puede encontrarse, por caso, en el ejemplo del llamado “choque de trenes” en Colombia, que enfrentó a la vieja Corte Suprema Colombiana con la Corte Constitucional introducida por la Constitución de 1991. Ambas instituciones mantuvieron durante años una relación de rivalidad y tensión, que comenzó con el mismo nacimiento de la última, y que implica persistentes disputas de poder, y una nociva competencia entre las dos Cortes (Cepeda, 2007; Uprimny *et al.*, 2006). En el caso argentino, tenemos varios ejemplos notables que pueden ilustrar lo expresado, pero uno de los más interesantes es el referido a la mencionada introducción de un Consejo de la Magistratura. La dificultad del caso se advierte fácilmente cuando examinamos las relaciones que han tendido a darse entre la Corte Suprema (presente desde la primera Constitución, de 1853), y el Consejo de la Magistratura introducido por la reforma constitucional de 1994. Otra vez, en este caso, vemos relaciones de fuerte tensión entre los dos organismos (tensiones que podían anticiparse al momento de la creación del Consejo), relacionadas con la dificultad de definir con exactitud el área de la competencia exclusiva de cada una de las instituciones, pero también (y a partir de allí) con un cierto hostigamiento de la

Corte sobre el Consejo, en donde la primera aparece celosa de perder facultades que considera propias (Gargarella, 1996). Más allá de los problemas de diseño propios de cada uno de tales casos (posiblemente, los conflictos desatados habrían sido menores, en ambas situaciones, de haber existido una más perfecta delimitación de competencias), lo cierto es que este tipo de conflictos resultaban esperables desde el momento mismo en que las nuevas instituciones comenzaron a imaginarse –ello, aunque en los hechos, notablemente, tales conflictos no aparezcan como previstos. Esta última situación nos habla, otra vez, de la poca atención recibida por lo que podemos llamar la *influencia interna* de las reformas.

Otro caso de *influencia interna* que podría explorarse tendría que ver con las tensiones que han tendido a desatarse al interior de otra sección fundamental de nuestra Constitución, esto es decir, la sección relacionada con los derechos. Para volver sobre un caso que ya mencionáramos, podríamos hacer referencia a algunas reivindicaciones que la Constitución hace, en materia de derechos indígenas o multiculturales. Tales reivindicaciones, de modo habitual, entran en tensión con la teoría o el articulado mismo que se refiere a los demás derechos individuales. ¿Cómo acomodar, por caso, el respeto pretendido a los derechos colectivos de un determinado grupo aborigen, y el respeto a los derechos individuales de los miembros de tales grupos (una cuestión que Will Kymlicka trata a través de las categorías “restricciones internas”, “protecciones externas”, Kymlicka, 1995)? Del mismo modo, uno podría pensar en tensiones entre los compromisos sociales crecientes asumidos por la Constitución y sus cláusulas más antiguas (o no) instalando fuertes protecciones a los derechos de propiedad.

### **La “sala de máquinas” de la Constitución**

Varios de los problemas que hemos estado revisando hasta aquí nos refieren una misma cuestión, esta es, la falta de atención que los constituyentes han puesto en la reforma de la organización del poder, que se contraponen con los significativos cambios que se introdujeron en la sección de los derechos. Soy consciente, por supuesto, de las limitaciones impuestas por el “Pacto de Olivos” sobre la labor de los constituyentes: el “Pacto”, que precedió a la reforma, limitó los alcances de la misma, de forma cuanto menos muy polémica. Sin embargo, este hecho simplemente explica los límites de lo realizado, pero no sirve para justificarlos. Soy consciente, asimismo,

del hecho de que se incorporaron en el nuevo texto algunos cambios relevantes en materia de la organización del poder, como la elección directa del Presidente (con ballottage incluido); la reelección presidencial; la elección directa del Jefe de la Ciudad de Buenos Aires; el Senador (tercero) por la minoría; el Jefe de Gabinete; el Consejo de la Magistratura; la regulación de los decretos-leyes; etc.

Cambios como los citados no pueden considerarse meramente cosméticos: se trata de reformas en algunos casos atractivas, que han tenido impacto en nuestra organización institucional. Sin embargo, la pregunta es sobre la dirección y significado efectivos de estos cambios, en particular si es que queremos evaluar la reforma a partir de una preocupación frente al débil poder democrático que queda en manos de la ciudadanía. En tales términos, es difícil decir que la reforma vino a reforzar el poder de decisión y control ciudadanos, sobre el modo en que se gestionan los asuntos públicos. Tanto la reelección presidencial como la consagración constitucional de los decretos-leyes vinieron a reforzar, más que a limitar, los poderes establecidos. La creación de nuevos organismos e instituciones, como el Consejo de la Magistratura o el Jefe de Gabinete, han cambiado, en efecto, nuestro sistema institucional, pero resulta claro que –a 20 años de la reforma– no puede decirse que tales cambios hayan servido para democratizar al poder, o para someterlo a controles más férreos. Una vez más: a la luz de algunos de los graves problemas que –por afirmaciones u omisiones del texto de 1853– afectaban a la vieja Constitución, es posible decir que el texto reformado es preferible al previo (i.e., al ayudar a morigerar algunos de los peores vicios que afectaban a la elección de jueces).

Lo que es tal vez más importante, el balance no resulta satisfactorio, aun –o particularmente– si es que tomamos en cuenta (ya no un ideal democrático exigente, sino, simplemente) los cambios que los propios convencionales llevaron a cabo en materia de renovación de derechos. Y es que, si tomamos en serio la cantidad de “nuevos” derechos humanos que aparecen inscriptos en la Constitución reformada; y a la vez tomamos en cuenta otras novedades, como las relacionadas con la incorporación de los derechos ambientales, del consumidor, de información, de indígenas, de género, en materia de golpes de Estado, la acción colectiva, el amparo, los nuevos derechos a la participación popular directa, entre varios otros, vemos que tales esfuerzos no se condicen con correlativos y necesarios cambios en materia de organización del poder. En efecto, dichos cambios en materia de organización

del poder eran imprescindibles, según entiendo, para reconocer que lo que se hacía en el área de los derechos era expresión de un compromiso serio, que abarcaba a toda la Constitución.

Alguien podría decir: “es que dimos el primer paso, luego –cuando cambien las circunstancias políticas– daremos el próximo”. Sin embargo, lo cierto es que dicho “paso” (la incorporación masiva de nuevos derechos), aunque resulta aceptable, se ve, a la vez, en la práctica, negado o bloqueado por los cambios no hechos en materia de organización del poder. Para ilustrar lo dicho con un ejemplo conocido, relacionado con los derechos sociales: ¿qué explica, en toda América Latina, que las largas listas de derechos sociales inauguradas desde la Constitución mexicana de 1917, y extendidas luego a toda la región, hayan quedado, en la práctica, “adormecidas”, para recién comenzar a “despertar”, muy lentamente, hacia el final del siglo XX? Muchas razones, sin dudas, pero también –entre ellas, y ocupando un lugar destacado– se encuentra la presencia de una organización del poder tributaria de los siglos XVIII/XIX, y, por tanto, de una forma de pensar la democracia mucho más elitista, vertical y autoritaria que la que hoy compartimos. En tal sentido, y por ejemplo, resulta un problema particular que el *enforcement* o la puesta en práctica efectiva de tales derechos quede, finalmente, en manos del Poder Judicial, cuando el mismo se encuentra compuesto, habitualmente, por personal proveniente de las clases medias y altas, varones, católicos, más bien conservadores (según los pocos estudios empíricos con que contamos), que a la vez no son electos ni removibles por el poder popular, que además no cuenta con buenas herramientas para dialogar con los jueces, cuando ellos van a decidir sobre casos difíciles. Decir esto no significa suscribir una concepción constitucional “conspirativa”, enemiga del Poder Judicial, sino simplemente ser consciente del tipo de dinámicas de poder que nuestra Constitución –como cualquier otra– pone en marcha.

El hecho es que, en este caso, como en otros, nuestra Constitución ha renovado y actualizado su sección de derechos, para terminar por suscribir un modelo “siglo XXI” en la materia; a la vez que ha mantenido en lo sustantivo intocada la organización del poder, que sigue estando apegada a un modelo “siglo XVIII”. Lamentablemente, y como era de esperar, ambos compromisos no van bien juntos y, lo que es peor –y como era previsible– una más bien retrógrada organización del poder no aparece al servicio de –sino que más bien tiende a obstruir– los deseados avances expresados en las nuevas configuraciones de derechos. Nuestros constituyentes –como la

mayoría de los constituyentes latinoamericanos, en este último siglo y medio— han optado por concentrar sus esfuerzos en la introducción de cambios en la esfera de los derechos, dejando intocada la vieja “sala de máquinas” de la organización del poder.

De tal modo, y por ejemplo, la promesa de mayor participación popular (arts. 39 y 40), y así de mayor democratización de la sociedad, aparece negada en los hechos con el mantenimiento de una organización del poder concentrada en el Ejecutivo. Simplemente: la democratización prometida resulta el antónimo de la concentración del poder afirmada. Los nuevos derechos sociales, económicos y culturales incorporados, del mismo modo, aparecen obstaculizados por estándares de legitimidad para accionar, y requisitos de acceso a la justicia que siguen estando marcados por el formalismo, los costos y las trabas burocráticas, pudiendo haberse hecho lo contrario —como en los ordenamientos constitucionales de Colombia o Costa Rica, para citar a dos casos próximos—. El cuidado de los derechos ambientales, a la vez, se dificulta con poderes políticos con la capacidad para bloquear, vetar o vaciar de contenido a las exigencias propias del Convenio 169 de la OIT, referido a los derechos de las comunidades aborígenes.

En definitiva, la Constitución de 1994 es rica y atractiva, en muchos aspectos; supera por varias razones a la redacción anterior, de 1853 (ayudando, por caso, a dejar de lado al perfil más liberal-individualista-antiestatista de aquella), y merece nuestra bienvenida, por muchas razones. Ninguna de tales razones, sin embargo, debe impedir que señalemos sus déficits y defectos, que no sólo nos señalan —la obiedad de— que la reforma era perfectible, sino que nos dejan ver que parte de las dificultades que la última reforma enfrenta se deben a motivos que anidan, lamentablemente, en su propio seno.

## **Bibliografía**

- Alberdi, J. B. (1981), *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra: Buenos Aires.
- Abramovich, V. (2007), “Editorial”, *Nueva Doctrina Penal*, 2007-B, I-XVIII.
- Bickel, A. (1969), *The Least Dangerous Branch*, Connecticut: Yale University Press.
- Cepeda, M. (2004), “Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court”, 3 *Washington University Global Studies Law Review* 59.

- Elster, J. (2000), "Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies", *U. Pa. J. Const Law* 345.
- Filippini, L. (2012), "Reconocimiento y justicia penal en el caso *Gelman*", *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Gargarella, R. (1996), *La justicia frente al gobierno*, Barcelona: Ariel.
- Hamilton, A.; Madison, J. & Jay, J. (1982), *The Federalist Papers*, London: Bantam Books.
- Kymlicka, W. (1995), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford: Oxford University Press.
- Rodríguez-Garavito, C. (coord.) (2011), *El derecho en América Latina*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Uprimny, R. & Rodríguez, C. & García, M. (2006), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá: Norma.

# A 20 años de la reforma constitucional, ¿se han cumplido sus objetivos?

*Daniel A. Sabsay\**

## **Resumen**

Se analiza la reforma constitucional argentina de 1994 a manera de balance. Para ello, luego de una introducción en la que expone la problemática de las transiciones democráticas, haciendo pie en la de su país, se expone el plan de exposición para luego desarrollarlo. Así comienza con la parte dogmática para luego hacerlo con la orgánica. Esta última es observada desde

\* Abogado (UBA), posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de París II (Francia), Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Profesor Invitado de las Universidades de Estrasburgo (Francia), de Texas, Austin (EE.UU.) e Internacional de Andalucía (España), Profesor de posgrado del Programa de Economía Urbana de la Universidad Torcuato Di Tella, director de la Carrera de Posgrado en Derecho Constitucional (UBA), presidente de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional e integra su Consejo Consultivo (AADC), miembro de número de la Academia de Ciencias del Ambiente, autor de *La Constitución de los Argentinos Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*, *La Constitución de los Porteños* y *Manual de Derecho Constitucional*. Es el Director de la obras *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario La Ley-Derecho Constitucional* y *Constitución de la Nación Argentina y Normas Complementarias*. Ha sido condecorado por el Gobierno de Francia en dos oportunidades con las insignias de “Caballero y de Oficial de la Orden Nacional del Mérito” y con la Medalla al Mérito Académico “por sus aportes trascendentales al desarrollo del Derecho Ambiental”, otorgada por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Premios Buenos Aires - Pen Club, Justicia 2010 Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) y Security 2012 por su contribución al desarrollo de las ciencias jurídicas en Argentina. Personalidad Destacada de las Ciencias Jurídicas de la Ciudad de Buenos Aires. Ley 4743, 2013. “Visitante Ilustre” de la ciudad de Mar del Plata Año 2008. Municipalidad del Partido de General Pueyrredón, Departamento Deliberativo; das@sna.com.ar.

tres institutos que considera fundamentales: las facultades legislativas del Presidente, el Jefe de Gabinete de Ministros y las modificaciones al Poder Judicial. Por último, fija su posición en relación con la enmienda a la ley fundamental argentina.

## **Abstract**

This analysis has the aim of assessing the 1994 constitutional reform. To that end, after the problems of democratic transitions –with focus on the one in the country– are explained in the introduction, the article’s plan is set forth. It begins with the dogmatic part and then continues with the organic one. The latter is examined by concentrating on three institutions considered to be fundamental: the legislative powers of the President, the Ministers’ Chief of Cabinet and the modifications of the Judiciary Branch. Finally, a position is submitted regarding the reform of the fundamental Argentine law.

## **I. Introducción**

La denominada “transición democrática” en tanto proceso distintivo en el campo de la modificación de los sistemas de gobierno, es un término que se acuñó en los 70, con el acceso a la democracia de los últimos tres países con regímenes autoritarios de Europa Occidental: Grecia, Portugal y España. Como producto de esos cambios se consideró que la consolidación del sistema democrático no podía lograrse en un breve lapso. Es decir, con la mera restauración de una Constitución democrática, seguida de la celebración de comicios libres para la elección de autoridades. Tal como habían enseñado experiencias del pasado, la cuestión era mucho más compleja y ardua, ya que se trataba nada menos que de superar una tradición institucional signada por la autocracia, para lo cual no sólo se requería la modificación constitucional, sino y sobre todo la transformación cultural de la sociedad. Ello así, cabía replantearse el diseño de las instituciones con la participación de los actores sociales, poniendo el acento en aquellas cuestiones que habían dificultado en el pasado la construcción del Estado de Derecho.

Así, fueron consagradas en los textos constitucionales todas las generaciones de derechos –individuales, sociales y colectivos– como, asimismo, fueron ratificados los tratados que a nivel internacional y regional consagran

el denominado derecho internacional de los derechos humanos. Además, se trabajó con especial cuidado en el rediseño de la parte orgánica de las constituciones, la integración y la relación entre los poderes, la reorganización de la justicia de modo de lograr su independencia, las modalidades electivas, la descentralización territorial, la problemática electoral y la definición del sistema de partidos políticos, entre otras cuestiones, que merecieron especial atención. La duración de la transición no podía ser determinada *ab initio* ya que el plazo necesario para ello iría variando en función de las circunstancias de cada país. Así las cosas, a cuarenta años del inicio de las primeras transiciones, cabe destacar cuán exitosas ellas han sido. Sin lugar a dudas, por ello han sido tomadas como modelo de las que las han sucedido en América Latina, en la década del 80 y luego, en Europa Oriental, en la década del 90. Retomando el hilo de nuestra exposición, es de observar que el proceso de transición se ha visto iniciado, de manera prácticamente invariable, con la sanción de una nueva Constitución o con una profunda reforma de la existente. Este hecho no debiera sorprendernos si se tiene en cuenta que casi todas las democracias consolidadas tienen en sus leyes fundamentales el gran punto de encuentro que une, en un pacto social solemne, a todos los miembros de sus sociedades. Esto es lo que ocurre en los Estados Unidos de América con la célebre constitución de Filadelfia de 1787, en Italia con la de 1946, en Costa Rica con la de 1949, en Alemania con la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en Francia con la constitución de la Vª República de 1958 y, por supuesto, con las constituciones griega, portuguesa y española de 1974, 1976 y 1978 respectivamente, que han sido resultantes de la primera ola de transiciones. Es lógico que así ocurra, en tanto para el constitucionalismo, la constitución —valga la redundancia— es el elemento clave en la construcción del Estado de Derecho.

Nuestra transición a la democracia resulta muy larga y a ello se agrega una particularidad en lo que hace al contenido de la Constitución. Como hemos visto, casi todas las transiciones democráticas, con las excepciones de Argentina, Chile y Uruguay, se caracterizan por iniciarse con el dictado de una nueva Constitución. Se trata del ejercicio del poder constituyente originario, con el objeto de renovar la institucionalidad como primer paso del tránsito hacia la democracia. No es nuestro caso, la Argentina esperó once años para reformar su Constitución. Es de destacar que esa reforma más que en el mejoramiento institucional, se inspiró en un método curioso de redefinición y de reparto del poder. A pesar de ello la modificación permitió que se “colaran” una cantidad de innovaciones en materia de derechos y garantías,

que han permitido serios avances. Ello, a pesar de que la ley declarativa de la necesidad de la reforma prohibía expresamente toda enmienda a la parte dogmática, no se podían tocar los primeros treinta y cinco artículos.

Sin embargo, así ocurrió, cuando esa misma norma, luego del llamado “núcleo de coincidencias básicas”, que plasmaba el Pacto de Olivos, habilitaba la modificación de nuevos contenidos dogmáticos; entre ellos, derechos colectivos, jerarquía de tratados internacionales, garantías como el amparo, el habeas corpus, etc., derechos de los pueblos aborígenes, derechos políticos, atenuación del artículo 22 con la introducción de formas semidirectas de democracia. Por razones de espacio, no tratamos las características del proceso reformador del 94. Nuestro pensamiento se ve reflejado en la voz de un destacado jurista tucumano, quien al referirse a la ley declarativa de la necesidad de reforma, sostiene que ella “llevó al extremo la lógica del art. 30, es una demostración de la imperfección del mismo para encarar reformas importantes. Sólo mediante este ‘adminículo’ pudo hacerse viable una reforma de tamaño envergadura que sin una ley de este tipo hubiera sido inconcebible”.<sup>1</sup>

Así las cosas, a dos décadas de la reforma, trataremos de hacer una suerte de balance. En primer lugar, observaremos lo acontecido con la parte dogmática, para en segundo lugar analizar la cuestión en relación con la “constitución del poder” –según la terminología de Bidart Campos–. En cuanto a esto último veremos si se cumplieron los objetivos que se trazaron los ex presidentes Alfonsín y Menem, signatarios del mencionado “Pacto de Olivos”. Recordemos que frente a la voluntad de hacerse reelegir de este último, el primero apuntaba de lograr la “atenuación del Presidencialismo”. Nos proponemos observar si se han cumplido las dos metas a través del análisis de las principales enmiendas que se incorporaron en el texto constitucional. Por último, expresaremos nuestras conclusiones.

## **II. Modificaciones a la parte dogmática**

Tal como hemos manifestado en la introducción, la ley declarativa de la necesidad de la reforma contenía una clara contradicción, por un lado,

1. Sergio M. Díaz Ricci, *La reforma de la Constitución*, en Sabsay, Daniel A. (dir.) y Manili, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Tomo 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 1176.

impedía que se enmendaran los primeros 35 artículos de la ley fundamental, mientras habilitaba al mismo tiempo a introducir nuevos contenidos doctrinarios. Pero tal vez gracias a ello, se logró lo mejor de la reforma del 94. Creo que esto fue así pues se introdujeron novedosos institutos que fueron luego “operativizados” gracias a importantes e innovadoras decisiones judiciales. Esta situación por demás curiosa pone de manifiesto que pese al serio problema de credibilidad del que adolece nuestro Poder Judicial, sobre todo por el proceder de muchos de nuestros jueces, sin embargo, pasan inadvertidas muchas sentencias que posibilitan la ampliación de la figura del amparo, en particular de la mano de la Corte Suprema. Flexibilizando lo máximo posible la ley 16.986 y definiendo el perfil del amparo colectivo previsto en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución, para la defensa de los derechos colectivos. Así, se aportan criterios novedosos en materia de legitimación. Ello permite que se puedan revisar cuadros tarifarios,<sup>2</sup> que se detenga la construcción de una planta de tratamiento y de disposición final de residuos peligrosos,<sup>3</sup> que se obligue al Poder Ejecutivo a cumplir con el destino de partidas presupuestarias<sup>4</sup> y de ese modo se consiga una vacuna contra el mal de los rastrojos. Estos tres casos son emblemáticos, pero se podrían mencionar muchísimos más, en el marco de los derechos de consumidores y usuarios, del derecho a un ambiente sano, de la igualdad de género.

Precisamente sobre este último tema es de destacar un fallo que resolvió el caso de una tiradora que por ser mujer, en base a una visión absolutamente machista del Reglamento de la Asociación de Tiradores,<sup>5</sup> no se le quería otorgar el primer premio. Ella, amparada en el segundo párrafo del artículo 43, tomando como base argumental a la discriminación, logra que se obligue a esa Asociación a otorgarle el premio, además, a modificar los Estatutos por ir en contra de lo establecido en varias Convenciones Internacionales que bregan por el trato igualitario de la mujer. En todos estos casos se defienden valores muy importantes que permiten, a su vez, la transición al estado democrático y social de derecho. Cabe poner el acento en los

2. Youssefian, LL, 1997-F, 270, Sala V.

3. Schroeder, Juan c/Estado Nac. (SRN) S/Amparo” CNFed. CA Sala III (1994).

4. Viceconte, Sala IV, LL, 1998-F, 305.

5. Verbrughe, Sala I, ED, 185:995.

avances en materia de Derecho Procesal Constitucional como, por ejemplo, el reconocimiento de la acción de clase en el caso “Halabi”<sup>6</sup> o del hábeas corpus colectivo en “Verbitsky”.<sup>7</sup> Asimismo, son por demás innovadoras las nuevas reglas<sup>8</sup> que por aplicación de la Ley General del Ambiente surgen de “Mendoza”.<sup>9</sup>

El amparo (art. 43), luego de la reforma constitucional del 94 ha obtenido un nuevo perfil institucional que lleva a una importante ampliación de la figura, la que hoy comprende dos tipos distintos: uno de corte individual y otro colectivo. La segunda modalidad constituye *per se* uno de los aspectos más innovadores de la labor del constituyente de reforma. En efecto, las características de los derechos cuya protección se persigue con su interposición, así como también las consecuencias que ello provoca en materia de legitimación para el acceso a la justicia, llevan a modificar las concepciones tradicionales en la materia. De lo contrario, no se podrían obtener los objetivos pretendidos con su institucionalización. De ser ello así, estaríamos aceptando que las normas constitucionales no han sido creadas para ser cumplidas. En “Mendoza”<sup>10</sup> la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido involucrarse de manera directa en la problemática de la cuenca Matanza-Riachuelo. Asimismo, el pronunciamiento ahonda en cuestiones vinculadas directamente con la problemática ambiental desde diferentes puntos de vista y haciendo aplicación de manera amplia de diversos instrumentos jurídicos que se han ido sancionando como consecuencia de la incorporación de la denominada Cláusula Ambiental contenida en el art. 41 de la Constitución Nacional (CN), producto de la reforma de 1994.

6. Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16.986. 24-02-2009. Fallos 332:111.

7. Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus. 03-05-2005. Fallos 328:1146.

8. Ver Daniel A. Sabsay, *Nuevas vías procesales en Materia Ambiental creadas por el Fallo ‘Mendoza’ del la CSJN*, en Pablo L. Manili (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*. Tomo II, La Ley, pp. 211-27, Buenos Aires, 2010.

9. Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo). 20-06-2006. Fallos 329:2316.

10. Fallos: 323:164, La Ley, 2000-C, 236.

Quedan así esbozados los elementos fundamentales de orden institucional que derivados de la cuestión ambiental y del modelo de desarrollo sustentable, permiten avizorar para el futuro la construcción de una democracia en la que los gobernados puedan ejercer verdadera incidencia, dentro de un marco de transparencia, responsabilidad y rendición de cuentas. Creemos que luchar en esta dirección constituye una apuesta mayor comprometida con un futuro alentador para la Argentina.

Dentro de este mismo campo se debe poner de manifiesto lo establecido en el art. 75 inc. 22, en materia de tratados internacionales que modifica su régimen constitucional al dejar de lado el “dualismo” y otorgar jerarquía constitucional a ciertos tratados de derechos humanos. Asimismo, reconoce el marco jurídico más amplio para la integración continental. Estos nuevos contenidos han posibilitado una evolución importante del derecho público, de sus valores y da lugar al avance de la participación ciudadana, que no existía antes. Institucionalmente, la sociedad civil en la Argentina y el colectivo de organizaciones no gubernamentales, que operan en los más diversos campos, muchas veces hasta sustituyendo un Estado ausente, reciben un fuerte impulso gracias al aporte que brindan estas figuras.

Las modificaciones introducidas a la Constitución por la reforma de 1994 consagran la señalada evolución ocurrida en la jurisprudencia. Estas enmiendas se pueden agrupar en dos grandes ámbitos: el orden de prelación de las normas y los espacios de integración regional.

#### *a) Orden de prelación de las normas*

Las nuevas cláusulas contenidas en dos incisos del artículo 75 CN, sobre las atribuciones del Congreso, introducen modificaciones a las disposiciones correlativas (arts. 27 y 31 CN) de la Constitución histórica. En efecto, el inciso 22 establece, en su primer párrafo, el principio general en la materia cuando expresa que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. De resultas de estos nuevos contenidos, la cuestión relativa a la relación jerárquica existente entre leyes y tratados ha quedado zanjada. A tal efecto, la solución surge de considerar que este nuevo precepto contemplado en la primera parte del mencionado inciso completa la redacción del art. 31, de modo que hoy dentro del orden de prelación del bloque de constitucionalidad federal, los tratados deben ser intercalados entre la Constitución y las leyes.

*b) Rango especial reservado para ciertos tratados atinentes a derechos humanos*

El constituyente ha seguido una corriente que se impone en el derecho constitucional comparado tendiente a la internacionalización de los derechos humanos. En tal sentido, el ya citado inc. 22 del art. 75 CN, menciona expresamente dos declaraciones y nueve convenciones internacionales referentes a derechos humanos. Pues bien, todas estas normas tienen jerarquía constitucional, lo que de ninguna manera importa la incorporación de dichos tratados a la Constitución, sino y solamente que tienen una igualdad de rango con ella. Esta característica del tratado puede ser modificada a través del procedimiento que la misma disposición contempla, según el cual puede denunciarse un tratado con jerarquía constitucional o bien incorporarse un tratado de derechos humanos a este nivel. Es decir que a diferencia de los restantes tratados estos sólo pueden ser denunciados a través de un procedimiento particular. Al respecto, ese mismo inciso dispone que “sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”. Es decir que se trata de un acto jurídico complejo que a diferencia de lo que sucede con los restantes tratados, el Presidente no podría denunciarlos por sí solo, sino que necesita para ello del aval previo del Congreso con la mayoría calificada que la cláusula transcripta exige.

Pero no estamos frente a una lista cerrada, ya que es posible lograr que otros tratados de derechos humanos adquieran jerarquía constitucional. A esos efectos, el constituyente estableció que una vez que el tratado ha sido aprobado por el Congreso, deberá ser sometido a una nueva votación en la cual será necesario el “voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. Es así como otros dos instrumentos internacionales han adquirido jerarquía constitucional luego de la reforma; en 1997, el tratado sobre desaparición forzada de personas y, en 2004, el tratado sobre crímenes aberrantes y de lesa humanidad que se sumaron a la lista del inciso 22 del art. 75.

c) *Interpretación conjunta de las nuevas disposiciones de la parte orgánica y de las de la “vieja” parte dogmática*

A esta altura de nuestro desarrollo cabe hacer una interpretación integradora que nos permita encontrar soluciones lo más coherentes posible, sobre un marco jurídico que por la técnica jurídica elegida presenta dificultades a la hora de su aplicación. La cuestión gira en torno de la vigencia del orden internacional en el orden jurídico interno. Es decir, con qué rango han quedado incorporados los tratados internacionales. Consideramos que el nuevo orden de prelación de las normas en el derecho interno argentino ha quedado constituido de conformidad con los niveles de jerarquía que se establecen en el gradiente que a continuación transcribimos:

1º. En el vértice superior de la pirámide jurídica encontramos a la Constitución nacional y los tratados sobre derechos humanos enumerados en el inc. 22 del art. 75 y los que en lo sucesivo se incorporen de conformidad con el procedimiento especial que a esos efectos prevé la mencionada cláusula. Respecto a esta categoría es necesario establecer si se trata de la Constitución misma o si, por el contrario, tienen su misma jerarquía, pero, sin integrar su articulado. De todos modos, cabe destacar que ellos forman parte del derecho interno “en sus condiciones de vigencia”. Manili nos recuerda que poco después de la reforma en el caso “Girolodi, Horacio”, la Corte afirmó que “las condiciones de vigencia” significa “tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”.<sup>11</sup> “Esta interpretación nos permite invocar ante nuestros tribunales y hacer ingresar a nuestro sistema, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya que, [...] el único tribunal internacional en la materia con competencia respecto de nuestro país, es éste”.<sup>12</sup> Asimismo, se deben tener en cuenta las reservas<sup>13</sup> que el país haya planteado

11. CS, Fallos 318:514

12. Manili, Pablo L., *El bloque de constitucionalidad - La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 185.

13. Se trata de manifestaciones unilaterales expresadas por un país al momento de adherir a un tratado internacional, en las cuales les quita o modifica efectos jurídicos dentro de su territorio a determinado o determinados contenidos del instrumento.

al momento de su ratificación, como también la evolución de la citada normativa en el ámbito internacional. De esta manera la CSJN profundiza el control de convencionalidad al reconocer no sólo la prevalencia de las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica sobre el derecho interno, sino también la de la interpretación dada por la Corte, que es su autoridad jurisdiccional, en los casos en los que ella se pronuncia y a través de sus diferentes modalidades.

Además de ello, el constituyente manifiesta que estas convenciones “en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. En este punto compartimos la posición de Bidart Campos, quien a efectos de encontrar un hilo conductor que permita compatibilizar estas disposiciones con las de los arts. 31 y 27 CN, se vale del significado del término “complementario” que importa algo que se suma a lo preexistente y que de ninguna manera constituye algo accesorio que debería subordinarse a los contenidos de la constitución histórica en la materia. Por ende, toda interpretación deberá perseguir como objetivo dar adecuada e integrada recepción a los contenidos procedentes de los poderes constituyentes originarios y derivados. En el mismo sentido se ha afirmado que “la complementariedad de dichos instrumentos tampoco implica su accesoriedad, sino que refleja su carácter de instrumentos que vienen a llenar vacíos e implicitudes de nuestro sistema”.<sup>14</sup>

Sagüés al referirse a esta fórmula sostiene que “la receta argentina adoptada en el art. 75, inc. 22, [...], cuenta con una redacción que haría padecer de envidia al propio Maquiavelo”. Luego agrega que “este sibilino texto ha dado origen a muchas teorías sobre su interpretación (una exégesis literal llevaría a afirmar que si hay oposición entre el Pacto y la primera parte de la Constitución, triunfa esta, pero si el conflicto es con la segunda parte, gana el Pacto)”. Por último, con un criterio que compartimos, señala que “de todos modos, la tesis del control de convencionalidad quiere que siempre prevalezca el Pacto, tanto respecto de la primera como de la segunda parte de la Constitución, y que esta sea interpretada ‘conforme’ y no contra el Pacto. Ello importa la domesticación de la Constitución por el Pacto”.<sup>15</sup>

14. Manili, Pablo L., op. cit., p. 199.

15. Sagüés, Néstor, “Dificultades operativas del “control de convencionalidad” en el Sistema Interamericano”, Diario *La Ley*, Buenos Aires, 11 de agosto de 2010.

2º. Los tratados y concordatos en general del inciso 22, 1ª parte del artículo 75, así como también los convenios de integración y las normas que en su consecuencia se dicten, con el alcance que la jurisprudencia establezca para esta última.

3º. La legislación nacional.

Hasta acá hemos ubicado el orden en que se encuentran las normas federales. En tal sentido, la reforma aclara la situación imperante en la relación tratado internacional-ley. Ahora, queda claro que lo dispuesto en el artículo 75 ordena la interpretación del artículo 31 al decidir un nivel superior de prelación de los tratados por sobre las leyes, estableciendo al mismo tiempo que cierto tipo de tratados se encuentran en el mismo rango de jerarquía junto a la Ley Fundamental.

4º. Las constituciones provinciales, los convenios internacionales celebrados por las provincias y las leyes provinciales. Por estricta aplicación de la segunda parte del art. 31 CN. En lo que hace a los convenios internacionales, el art. 124 CN que los contempla no deja dudas a la hora de establecer su orden de prelación en la pirámide jurídica, ya que expresa como límite de esta potestad de las provincias que “no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación...”.

### **III. Modificaciones a la parte orgánica**

#### *a) Federalismo*

Comenzamos este capítulo con otro de los temas habilitados en el art. 3 de la ley 24.309, el federalismo a cuyo respecto el constituyente de reforma efectúa un rediseño en aras de contribuir a detener el proceso de terrible debilitamiento de nuestra forma de gobierno. Las propuestas son por demás loables,<sup>16</sup> sin embargo, casi nada se ha conseguido en concreto de lo que

16. Sabsay, Daniel A., “El Federalismo Argentino. Reflexiones luego de la Reforma Constitucional”, *Separata de Ciencias Sociales: Presencia y Continuidades*, Juan Carlos Agulla (comp.), Instituto de Derecho Público, Ciencia Política y Sociología, Academia Nacional de Ciencias, marzo 1999, pp. 425-438.

plantea este capítulo tan importante para la integración territorial del país y para su descentralización. Se trata de una propuesta avanzada de federalismo de concertación. Por ejemplo, el carácter autónomo de los municipios ha permitido el dictado de interesantes cartas. Claro que no ha sido consagrado el principio en varias de las provincias más grandes, como la de Buenos Aires; no hemos logrado aún que se reconozca esta autonomía en la provincia más importante tanto en superficie como población del país. Esta lamentable contradicción es la resultante en gran medida del modelo “hiperpresidencialista” que rige en lo que a forma de gobierno se refiere y del que luego nos ocuparemos.

El análisis de las modificaciones de naturaleza federal efectuadas por la última reforma de la Constitución pone de manifiesto en todas ellas un empeño común de parte del redactor tendiente a vigorizar nuestra forma de Estado. Esto es así en lo municipal, en los establecimientos de utilidad nacional, en la autonomía porteña, en la incorporación de las regiones, en la propiedad de los recursos naturales; lo mismo ocurre en un tema fundamental, el nuevo régimen contemplado en el art. 75, inc. 2 en materia impositiva y de coparticipación federal. Destacamos en el balance que estamos haciendo, la revitalización de los municipios, a través del reconocimiento explícito de su autonomía, como límite al poder constituyente local, el que en adelante no podrá utilizar un régimen de mera autarquía para dotarlos de personería jurídica.

Asimismo, otros artículos que hacen a la cuestión federal establecen de manera invariable el fortalecimiento del ámbito local. Así ocurre, en materia de intervención federal (art. 75, inc. 31), de nuevas potestades provinciales (art. 124, 1ª parte), de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129). Todas estas cuestiones juntamente con las consideraciones particulares en materia de desarrollo territorial del inc. 19 del art. 75 (“nueva cláusula del progreso”) nos están señalando un claro rumbo deseado por el constituyente de reforma, el que se sitúa en el camino de la recuperación del federalismo.

La consideración de nuevos ámbitos para la construcción de variadas modalidades encaminadas a asegurar la dialéctica Nación-Provincias-Municipios se ha organizado desde una concepción proclive al protagonismo conjunto de todos los niveles de gobierno sin distinción. De este modo se termina con una dinámica caracterizada por la supresión de los niveles inferiores toda vez que se imponía la búsqueda de herramientas pasibles de asegurar un accionar conjunto.

A nuestro entender estas observaciones que hemos realizado constituyen hoy un denominador común que obliga al intérprete, a que en caso de

dudas, sobre la solución de una situación particular, deba optar por aquel temperamento que se traduzca desde el ángulo jurídico-institucional en una revalorización de las reglas que inspiran a nuestro sistema federal.

Es nuestra opinión que el constituyente ha apostado a favor de un modelo federal de concertación que ubica a la Argentina en el camino hacia el fortalecimiento de la periferia, a fin de reequilibrar el excesivo vigor que han acusado las fuerzas centrípetas en la historia de nuestro federalismo. De este modo será posible compensar la excesiva concentración de poder que puede resultar del proceso de integración continental que hemos inaugurado junto a las naciones limítrofes.

Desafortunadamente, nuestros comentarios se circunscriben a la descripción de las disposiciones constitucionales, nada decimos sobre experiencias en materia de aplicación. Ello es así, pues más allá de las aspiraciones del constituyente, la labor legislativa no las ha acompañado. Tomemos por caso, lo relativo a coparticipación impositiva y podremos comprobar que pese a que se imponía la sanción de un nuevo régimen en la materia *antes de la finalización del año 1996* (Cláusula transitoria 6<sup>a</sup>), nada se hecho al respecto. Como consecuencia de ello, el ejecutivo nacional ha invadido de tal manera las potestades provinciales, que la situación en este punto tan sensible para la existencia de un federalismo real es mucho peor que la que existía antes de la reforma del 94.

#### *b) Forma de gobierno*

De acuerdo a lo señalado en la introducción, la reforma se propuso “atenuar el presidencialismo”. A efectos de lograr que se cumpliera este objetivo el constituyente introdujo varias modificaciones. Nos proponemos analizar las que consideramos más trascendentes, al tiempo que manifestamos nuestro parecer sobre cada una de ellas, en particular la aplicación de las mismas. Se trata del Jefe de Gabinete de Ministros, de las facultades legislativas del Presidente de la Nación y de la creación del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento.

##### *b) 1. El Jefe de Gabinete de Ministros*

Tanto en el parlamentarismo como en el semipresidencialismo, el primer ministro es una institución independiente de la voluntad del jefe de

Estado, cuya permanencia está ligada a la decisión del Parlamento, quien le brinda o retira la confianza en función de su composición política interna. Es por lo tanto, un órgano independiente, con responsabilidad política propia que ocupa un lugar en el andamiaje institucional del poder. La creación por parte del constituyente reformador, de una figura con el nombre de jefe de gabinete o de primer ministro en el interior de un ejecutivo unipersonal, no alcanza *per se* a cambiar los rasgos de nuestra estructura presidencial. Mientras el Presidente pueda remover a este nuevo funcionario –más allá de la denominación que se le otorgue y siempre que se le antoje–, no se producirá ninguna modificación de fondo en el funcionamiento de las instituciones, ya que la voluntad protagónica e indiscutida del primer magistrado subsistirá: “Evidentemente, y esto no necesita mayores explicaciones, nuestro sistema de gobierno sigue siendo presidencialista. El Poder Ejecutivo (unipersonal) sigue siendo el jefe supremo de la Nación, jefe de Gobierno y responsable político de la administración general del país”.<sup>17</sup>

En última instancia, el jefe de gabinete es un ministro más, e independientemente de la magnitud de sus facultades, su dependencia del deseo presidencial es categórica y absoluta, del mismo modo que los restantes ministros; respecto de los cuales el jefe de gabinete no ejerce tampoco ningún tipo de prerrogativa relacionada con su designación o remoción. Por lo tanto, la figura del Jefe de Gabinete no constituye de ningún modo un contrapeso efectivo a las prerrogativas presidenciales. Se trata de una figura muy alejada de la institución del primer ministro o *Premier*, característico de los sistemas parlamentarios y semipresidencialistas. La competencia de este nuevo actor institucional no aparece debidamente definida en el texto propuesto, en la medida que el grueso de sus atribuciones serán lo que el Presidente decida que ellas sean a través de las delegaciones a su favor que efectúe.

El constitucionalismo estadounidense ha evolucionado encontrando el modo de equilibrar las facultades del congreso y las del Presidente. Un importante elemento de contención de este último ha provenido de la ampliación del instituto del acuerdo del Senado, como requisito para dar validez a las designaciones del ejecutivo. Este acto institucional complejo se aplica no

17. Javier I. Barraza y Fabiana H. Schafrik, *El Jefe de Gabinete de ministros*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 04/01/1999, p. 165.

sólo para la designación de jueces, altos oficiales y embajadores, sino que la exigencia se extiende a todos los secretarios de Estado y a los responsables de los principales organismos descentralizados. El mecanismo se ha revelado como una útil herramienta de reequilibrio. El acuerdo del Senado constituye un expediente difícil para muchos presidentes. Tal vez hubiera sido más fácil introducirla en nuestro medio, en lugar de apelar a figuras que dentro de un contexto institucional distinto al de su lugar de origen, corren el riesgo de perder toda razón de ser, en la medida en que hayan sido concebidas para contrarrestar el predominio del Presidente.

*b) 2. Facultades legislativas del Presidente de la Nación*

La constitucionalización de la institución de la delegación legislativa junto a los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial de leyes que fueran presentados por los actores del Pacto de Olivos, como un modo de contener desde la letra de la ley fundamental institutos que ya formaban parte de la constitución material argentina. Pues bien, tomando como punto de partida ese razonamiento, veamos de qué modo se limitan estas facultades legislativas del Presidente. Merece destacarse que la reglamentación constitucional tuvo por finalidad principal y casi exclusiva, la limitación del uso de los mismos. Apuesta por demás riesgosa, pues se basa en la supuesta necesidad de acotar prácticas inconstitucionales y contrarias al Estado de Derecho, a través de mecanismos de dudosa efectividad. Por ello, en las tres disposiciones en que están incorporadas las mencionadas modalidades –artículos 76, 80 y 99, inciso 3º–, el constituyente comienza su desarrollo enunciando el principio general por el cual queda prohibido el ejercicio de la correspondiente facultad.

La solución que trae aparejada el artículo 76 ha sido la resultante de una evolución de la doctrina de los jueces a lo largo de más de 70 años y por lo tanto la interpretación de las mencionadas cláusulas requiere de la consulta permanente de la misma. Ante todo queremos destacar el carácter excepcional que posee la delegación legislativa, ya que la base para su aplicación está dada por un principio general que la prohíbe con carácter general y de manera expresa. En el mismo sentido Balbín<sup>18</sup> sostiene que “el principio

18. Carlos Balbín, *Reglamentos Delegados y de Necesidad y Urgencia*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 287.

general es que los conceptos de administración o de emergencia pública no pueden interpretarse en un sentido amplio ya que configuran una limitación o restricción material a la potestad de delegación, en efecto, las materias que no fueren de administración o de emergencia no pueden ser delegadas por el Congreso en el Presidente. Es decir que, en verdad, el convencional incorporó en el texto constitucional dos limitaciones relevantes respecto de la situación anterior. Así, por un lado, previó el principio de prohibición de la delegación propia y, por el otro, su admisión por vía excepcional pero sólo en materias determinadas o en situaciones especiales. De manera tal que el principio es el de la prohibición y, por lo tanto, su permisión sólo procede por vía excepcional y con carácter relativo en razón de la materia –administración– o de acaecimiento de un estado de cosas –emergencia pública–, toda vez que ante cualquier otro supuesto el principio de prohibición es de carácter absoluto”.

Queda claro que esto debe ser así, en tanto a través de esta innovación consistente en constitucionalizar facultades legislativas excepcionales del titular del Poder Ejecutivo, cobran status constitucional los llamados reglamentos delegados que juntamente con los de necesidad y urgencia tratan sobre materias de naturaleza legislativa en abierta disparidad con los postulados del principio de separación de poderes del constitucionalismo clásico. Es de destacar que antes de la reforma constitucional, la Corte –como ya se ha visto– ya había establecido que estaba prohibida la delegación que implique el traspaso de una esfera íntegra de poder legislativo pero que quedan fuera de la proscripción aquellos actos de delegación parcial, en los que el Legislativo le concede al Ejecutivo la implementación o complementación de un determinado régimen legal. Ello, en base al marco legislativo general que necesariamente debe estar contemplado en la norma delegante que de esa manera fija por un plazo determinado y breve los estándares dentro de los cuales deberán ejercerse estas facultades delegadas.

Como desde la restauración democrática en nuestro país los abusos en el ejercicio de facultades legislativas por parte del Presidente fueron adquiriendo una alarmante recurrencia, quienes reformaron la Constitución en 1994 establecieron una serie de requisitos que el primer mandatario debe cumplir para poder dictar decretos de necesidad y urgencia, reglamentos delegados o promulgaciones parciales, sin los cuales estos carecen de validez. Pero, el ejercicio del control legislativo específico sobre esta actividad excepcional del Ejecutivo requiere de la sanción de una ley especial por

parte del Congreso de la Nación, quien ha dado cumplimiento a ese mandato constitucional cuando ya habían transcurrido más de doce años de la reforma. Así se creó finalmente la *Comisión Bicameral Permanente* encargada de ratificar o de dejar sin efecto los decretos-leyes firmados por el Presidente de la Nación, tal como lo determinan los arts. 99, inc. 3, 100, inc. 12 y 80 de la Constitución Nacional. Es de destacar que se trata del único mecanismo genuino de control político del ejercicio de estas potestades excepcionales del Presidente. Ello, en tanto y cuanto los otros tienen lugar en el interior del mismo Poder Ejecutivo y están a cargo de funcionarios cuya continuidad depende de la voluntad del primer mandatario y, por ende, no existe al respecto independencia entre controlado y controlante.

Dado que no se le han puesto plazos a la Comisión para que cumpla con su cometido, ni tampoco existe esta exigencia para el plenario del Congreso, el mero transcurso del tiempo sin que se lo examine jugará como una suerte de sanción ficta, a pesar del que el art. 82 CN la prohíbe expresamente. En la actualidad estamos asistiendo a una práctica que no imaginábamos, la que consiste en la ratificación de un “paquete” de setenta decretos legislativos “a libro cerrado”. Se trata de burlar todo tipo de control de la manera más torpe y menos disimulada. Esto confirma que el órgano legislativo parece no presentar la más mínima vocación en controlar a los presidentes que, cada vez con menos vergüenza, siguen legislando por decreto en abierto desafío a la ley fundamental, agravando la deformación institucional que conlleva el dictado de decretos con contenido legislativo. Con razón se ha expresado que “si comulgamos con el principio de que la división de poderes importa una división equilibrada del poder estatal, el ejercicio del control no significará que el órgano controlante tenga más poder que el órgano controlado, sino que se encuentra habilitado por la constitución para ejercer su poder con mayor intensidad en esta relación. De lo contrario, se reconocería que en la ingeniería constitucional proyectada se ha privilegiado un órgano sobre otro u otros”.<sup>19</sup> Se está violentando seriamente la división de poderes, y así atentando contra la República como sistema de gobierno, poniéndose en peligro la garantía que para los habitantes significa la descentralización del poder en diferentes autoridades. Asimismo, se impide que la deliberación, la

19. Salvadores de Arzuaga, Carlos I.: “Los Controles institucionales en la Constitución Argentina 1853 - 1994”, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 3.

transparencia y la participación de la oposición sean una regla en el debate y posterior dictado de normas generales y abstractas, tal como lo prescribe la ley fundamental. De ese modo desaparecen el control y la información como notas esenciales del funcionamiento de todo sistema democrático.

Algunos especialistas han tenido una visión más optimista de la enmienda, como lo expresa Manili, quien considera que “el artículo 76 ha despertado muchas críticas en la doctrina argentina, de parte de quienes entienden que la delegación legislativa sólo es posible en un sistema parlamentarista y no en uno presidencialista como el nuestro, ya que en aquél los controles son más estrechos y el parlamento posee la facultad de destituir al gobierno”.<sup>20</sup> Por nuestra parte entendemos que esta crítica queda inerte frente a lo reseñado más arriba con respecto del sistema norteamericano. También ha sido criticada en el sentido que la constitución ahora permite algo que antes no permitía, a lo cual debemos replicar que no lo permitía la constitución formal pero –lamentablemente– sí lo hacía la material desde 1927, y con una notoria ampliación desde 1993, como surge de los fallos que hemos analizado. Por último, se la ha criticado por no haber aclarado la oscuridad que siempre existió en nuestro medio acerca de los límites de la delegación,<sup>21</sup> crítica con la cual coincidimos. No obstante esas críticas creemos que, nos guste o no nos guste, la norma recoge y refleja la doctrina jurisprudencial preexistente y que es preferible que el tema se encuentre regulado a que no lo esté, para que no vuelvan a permitirse jurisprudencialmente disparates tales como los tolerados por la Corte Suprema en “Cocchia”.<sup>22</sup> Más adelante, agrega que “hasta el presente, el ejercicio por el Congreso de la facultad que le confiere este artículo ha distado de ser el deseable: la ley 25.414, sancionada a principios de 2001 y denominada vulgarmente *ley de superpoderes* confirió un marco normativo excesivamente lábil para el accionar del Ejecutivo y carente de límites precisos, lo cual motivó que, cuando

20. Sabsay, Daniel y Onaindia, José, *La Constitución de los Argentinos*, 2ª edición, Buenos Aires, Errepar, 1994, nota al art. 76.

21. Colautti, Carlos, “La Delegación de Facultades Legislativas (Reflexiones con motivo de la ley 25.414)”, en *Temas de Derecho Constitucional, Cuadernos de Doctrina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, N°18, 2001, p. 10.

22. Manili, Pablo L., “La Delegación de Facultades Legislativas en el Poder Ejecutivo”, en Sabsay, D. A., *Colección de Análisis Jurisprudencial, La Ley*, Buenos Aires, 2002, p. 761.

el Ejecutivo hizo uso de esas facultades, invadió ámbitos de competencia exclusiva del Congreso, con una sensible lesión del Estado de Derecho”.<sup>23</sup> Este llamado de atención se ha ido agravando cada vez más como resultado de las subsiguientes leyes de delegación en materia presupuestaria, han ido consumando la inobservancia del principio de legalidad en la materia. Resulta revelador de este estado de cosas la reciente sanción de la ley 26.124 que al sustituir el art. 37 de la ley 24.156, le concede al Jefe de Gabinete la facultad de compensar cualquier tipo de partida presupuestaria, independientemente de su naturaleza o finalidad, quedándole al Congreso solamente la determinación del aumento en el total del presupuesto y en el endeudamiento previsto. Sólo quedan exceptuados de este régimen el incremento de partidas correspondientes a gastos reservados y de inteligencia. Desaparece la potestad del Congreso de determinar los gastos distribuidos de conformidad con sus finalidades. Como también, la de incrementar gastos corrientes o de capital (trátese de salarios, obras públicas, entre otros rubros) en perjuicio de aplicaciones financieras (ej.: amortización de deuda); todo esto le posibilitará al Jefe de Gabinete disminuir el resultado financiero previsto en el presupuesto nacional. Por último, también se ha saltado el límite temporal que con claridad prescribe el mencionado art. 76, ya que en esta ley no se establece un plazo para la delegación.

Queda visto que en la cuestión de los “superpoderes” se le está delegando al Jefe de Gabinete nada menos que la reasignación de las partidas tal como han sido establecidas en la ley de presupuesto. A su vez, este puede subdelegar esa facultad en otros funcionarios de la administración pública nacional. Todo ello en abierta oposición a la letra y al espíritu de nuestra ley fundamental. Se trata nada menos que la renuncia por parte del Congreso a una porción importantísima de sus facultades en la esfera económico-financiera. Esta increíble dimisión se agrega a las ya efectuadas en materia de deuda externa y hasta en cuestiones de naturaleza impositiva, ya que en diferentes normas de emergencia se le ha concedido al Ejecutivo, de manera exorbitante, este tipo de atribuciones. Además, las

23. El tratamiento pormenorizado de esta ley y de los decretos delegados excede el marco trazado para este trabajo, pero digamos que, un ejemplo acabado del margen de discrecionalidad dejado por la ley y del abuso efectuado por el Ejecutivo, es el Decreto N°1570, de diciembre de 2001, por el cual el Poder Ejecutivo creó el vulgarmente llamado “corralito” restringiendo el retiro de depósitos por parte de los ahorristas.

subdelegaciones no están autorizadas. De esta manera y por más contradictorio que ello parezca el Legislativo se va despojando de manera alarmante de una porción crucial de sus funciones. Ello, haciendo caso omiso a lo establecido en el artículo 29 de la Constitución que califica de “infames traidores a la Patria” a quienes desde el Congreso concedan al Ejecutivo “facultades extraordinarias” o le otorguen “sumisiones o supremacías por la que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna”. En suma, los argentinos estamos frente a una seria disyuntiva, o bien de hacer lo necesario para que nuestra ley fundamental se cumpla, o de lo contrario, deslizarnos hacia una nueva modalidad autoritaria de gobierno.

### *b) 3. Poder Judicial*

La independencia de la justicia es la columna vertebral del Estado de Derecho, dado el papel que le cabe al Poder Judicial dentro de un sistema democrático como guardián de los derechos y libertades fundamentales de las personas y como control de la constitucionalidad de los actos de gobierno. Esta función se extiende a la dilucidación de eventuales casos de corrupción con la imposición de las sanciones que le correspondieren a los eventuales responsables de los mismos.

Las instituciones argentinas han presentado desde la organización nacional serias dificultades para organizar un sistema judicial con mayúscula, a pesar de que entre los grandes objetivos establecidos en el preámbulo de nuestra Constitución se halla el de “afianzar la justicia”. El constituyente reformador de 1994 decidió incorporar dos nuevos organismos al universo de la Justicia, el Consejo de la Magistratura (CM) y el Jurado de Enjuiciamiento (JE), con el propósito de sustraer lo máximo posible del ámbito de la política la designación y la remoción de los magistrados. La innovación fue la resultante de los episodios protagonizados por jueces, en particular en los años que precedieron a la reforma, y que pusieron de manifiesto su falta de idoneidad para el ejercicio de tan importantes funciones. En adelante el Consejo tomaría a su cargo el proceso de selección de los magistrados a través de concursos públicos para la conformación de una terna a ser elevada al Poder Ejecutivo, para que entre los nombres propuestos este designe al titular del cargo vacante, es decir, que mantiene la facultad de designación y el Senado la de prestar el respectivo acuerdo.

Así, se trata de evitar la discrecionalidad en el nombramiento y tal la razón por la cual antes de la intervención de los dos poderes mencionados, se intercala la actuación del CM de modo de mejorar la decisión, tanto en lo que hace a la idoneidad como a la vocación de independencia de criterio de quienes luego se convertirán en jueces de la República. Este es un paso más en la dirección de hacer regladas las facultades de los poderes políticos, evitando la arbitrariedad en el ejercicio de las mismas. También ha sido esta la razón por la cual el juicio político a los magistrados lo lleva a cabo desde la reforma constitucional el Consejo que acusa ante el Jurado que juzga.

Dentro de este nuevo marco institucional resulta crucial la integración de los dos órganos, tarea que quedó a cargo del legislador, en base a las pautas previstas en el art. 114 CN. En efecto, allí se habla del *equilibrio* que se debe lograr entre los representantes de los sectores político-judicial de los abogados y del ámbito académico y científico. Una interpretación razonable de la mencionada voz podría considerarla como equivalencia en las representaciones; esto podría discutirse pero lo que nunca se podría sostener es la posibilidad de predominio de alguno de los sectores en detrimento de los otros, pues tamaña situación se aleja de la letra y del espíritu de la constitución. Esto es, evitar la discrecionalidad de los órganos políticos, anteponiendo a su decisión, la labor de selección de un órgano que debe guiar su actividad en base a consideraciones técnicas. Ello así, pues el Consejo perdería razón de ser si estuviese dominado por el ala política. Eso es precisamente lo que ocurrió con la ley 26.080 que en 2006 reformó la ley 24.937 que en 1999 reglamentó el CM: por una parte le concede a uno de los sectores, el político, 7 miembros sobre 13 y además los 5 representantes del oficialismo obtienen una potestad de veto, en tanto sin su concurso le será imposible al pleno lograr la elevación de la terna o acusar a un juez ante el JE.

Pese al argumento que se ha sostenido en el sentido de que los órganos resultantes del voto popular deben predominar en la composición del CM como una manera de compensar el peso de las corporaciones o “poderes contramayoritarios”, se suprime la representación de las segundas minorías legislativas, cuya participación en el funcionamiento del CM ha sido clave para que se conocieran irregularidades y mejorar la transparencia en su funcionamiento. En lugar de solucionar la situación de inconstitucionalidad que se presenta por la presencia de legisladores en un órgano que pertenece al Poder Judicial, su poder de decisión se ve reforzado y en particular para quienes provienen del oficialismo. La solución correcta

debió de haber sido que cada Cámara designe a juristas de fuste como sus representantes en el CM.

La ley también disminuye la potestad de *administración del Poder Judicial* en abierta contradicción con el segundo objetivo de la reforma constitucional, por el que se persiguió que se le sustrajera a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores el manejo de cuestiones de superintendencia lo que les posibilitaría concentrarse en el dictado de sentencias. En tal sentido el art. 114 es claro al conferirle al CM el manejo de los recursos, la potestad disciplinaria y el dictado de reglamentos relativos a la gestión judicial. Sin embargo, la ley 24.937 no fue suficientemente eficaz en el deslinde de facultades entre la CS y el CM, tal como lo demuestran las crisis que a lo largo de siete años de vigencia de la norma se sucedieron entre las dos instituciones. La ley 26.080 pareciera volver a la lógica existente antes de la reforma constitucional, en abierta oposición al texto constitucional, al quitarle al CM aspectos fundamentales para el gobierno y administración del Poder Judicial. Ello, dado que el proyecto elimina varias de las facultades que en materia de administración la ley anterior le concedía al CM.

A las señaladas graves inconstitucionalidades en que incurre el proyecto se agregan otras que importan una clara violación al principio de igualdad ante la ley. Así ocurre con la injustificable supresión de los abogados de la Comisión de Selección de Magistrados y de Escuela Judicial. Esta exclusión constituye una seria violación del principio de igualdad ante la ley y se basa en el prejuicio consistente en considerar que estos serían imparciales. De esta manera este sector es el que ve más seriamente disminuida su participación, a lo que se suma la reducción a la mitad de sus representantes en el CM y en el JE y que tampoco los abogados integran los jurados examinadores ni de consultores técnicos.

A nueve años de su puesta en vigencia, la modificación ha servido para que el oficialismo haciendo uso de su posición dominante opere en contra de la independencia de la justicia, a través de permanentes presiones sobre los magistrados a fin de que se sometan a las necesidades del oficialismo. Impidiéndose así la investigación de los funcionarios vinculados en hechos de corrupción, como también las decisiones del gobierno cuestionadas por su constitucionalidad. Urge la realización de una nueva reforma que restablezca el equilibrio perdido y que permita una mejor relación con la Corte Suprema, lo que redundará en una mejor administración del Poder Judicial. Asimismo, se debe crear una verdadera Escuela de la Magistratura que se transforme en el establecimiento de formación y perfeccionamiento de los

jueces, de modo de terminar con las arbitrariedades que caracterizan la gestión de los concursos. Sin estos cambios será imposible lograr una reconstrucción democrática en la Argentina.

#### **IV. Conclusiones**

Volviendo a la consideración de las transiciones a las que hemos hecho referencia, podemos hacer el siguiente balance: la Argentina es un país que, como Nino lo ha expresado, ha tenido una tradición de vivir al margen de la ley. La aspiración de Juan María Gutiérrez se hace esperar. Claro que cuando observamos lo ocurrido en gran parte de las democracias consolidadas, en relación con el tiempo que les ha llevado lograr la consolidación de sus democracias, aparece una luz de esperanza en el sentido de que la continuación del proceso que iniciamos en 1983 pueda llegar a buen puerto. Ahora bien, no podemos dejar de expresar que numerosos episodios nos generan dudas sobre el logro de tan ansiado objetivo. Quedamos perplejos con el dictado de decretos que invaden áreas legislativas más allá del marco constitucional, con la dificultad de contar con un Poder Judicial independiente, con la escasísima, por no decir nula, calidad institucional imperante en varias provincias, y, sobre todo con la actitud presidencial de ignorar todos los controles contemplados en nuestro orden jurídico.

La ley fundamental ha sido objeto de una reforma que comprometió a más de la mitad de su articulado. Cabe destacar que un porcentaje sustancial de las nuevas disposiciones no se encuentra en vigencia aún. Así ocurre con la ley de coparticipación de impuestos, con el cumplimiento de las exigencias que surgen del art. 42 para la organización de los entes reguladores de servicios públicos, para sólo mencionar dos casos. La Comisión Bicameral Permanente para el control de las facultades legislativas del Presidente, por caso, recién fue reglamentada doce años después de la reforma;<sup>24</sup> esta ley es inconstitucional, pues lejos de cumplir con la finalidad expresada en el art. 99, inc 3º se constituye en una luz verde para la utilización de estas potestades que el Ejecutivo tiene prohibidas como principio general.<sup>25</sup>

24. Ley 26.122.

25. Confirmar arts. 76, 80 y 99 inc. 3º de la Constitución Nacional.

La modificación tuvo como paso previo el Pacto de Olivos, instrumento firmado por los ex presidentes Alfonsín y Menem. El acuerdo se sustentó en dos pilares básicos, por un lado, asegurar la reelección continuada del presidente y, por el otro, atenuar el presidencialismo. Así las cosas, la ley declarativa de la necesidad de la reforma contenía un artículo denominado “Núcleo de Coincidencias Básicas” en el que estaban contemplados los cambios acordados en el pacto. Esta parte de la reforma sólo podía ser ratificada o rechazada *in toto* por la Convención constituyente en abierta contradicción con el art. 30 de la Constitución que le concede a este órgano la competencia de realizar la reforma. En otra cláusula se incluyeron los temas habilitados a modificar, muchos de ellos atinentes a la parte dogmática de la constitución.

La evolución institucional ocurrida en nuestro país permitió en abierta contradicción con lo que establecía nuestra Constitución hasta la reforma de 1994, que el presidente de la Nación dictara actos de contenido legislativo, a través de tres modalidades diferentes. Son ellas los decretos de necesidad y urgencia, los decretos delegados y la promulgación parcial de leyes. Frente a tamaña enormidad la Corte Suprema de Justicia de la Nación se vio obligada a elaborar “estándares” de interpretación susceptibles de limitar la desmesura del desempeño presidencial en la materia. Sin embargo, con el tiempo la situación lejos de mejorar tendió a empeorar, para llegar a la administración menemista, período en el cual el abuso de este tipo de funciones por parte del Presidente convirtió al Ejecutivo en una suerte de poder legislativo alternativo. Las administraciones a cargo del matrimonio Kirchner se caracterizaron por el dictado desmedido de decretos delegados, gracias a la sorprendente tendencia del Legislativo a traspasarles potestades propias sin cumplir con las exigencias que contemplaba el art. 76.

El constituyente reformador de 1994 consideró necesaria la incorporación al texto de la Ley Fundamental de los tres institutos a que hemos hecho referencia, de modo de establecer, por una parte, la regla general según la cual, las tres herramientas le están prohibidas al primer mandatario. Por otra parte, se le debían conceder excepcionalmente estas facultades pero rodeadas de un esquema apropiado de controles que impidieran que se continuara con los abusos. Así las cosas, de los artículos 76, sobre delegación legislativa de facultades, 80 sobre promulgación parcial de leyes y 99, inc. 3 sobre decretos de necesidad y urgencia, surge un esquema de fiscalización a cargo del Congreso, que reposa fundamentalmente en una Comisión Bicameral Permanente. Pero el Presidente continúa ejerciendo facultades legis-

lativas constitucionalizadas pero haciendo caso omiso al único mecanismo de control de las mismas, ajeno al Poder Ejecutivo. Ello, gracias, hasta 2006, a la ausencia de la norma y luego de su sanción, gracias a la latitud que ella tiene.

La reforma de 1994 operó ampliamente sobre el sistema de derechos y garantías, pese a las dificultades que se le planteaban al constituyente con la modificación de la parte doctrinaria de la Constitución ya que recordemos que la ley 24.309 vedaba bajo pena de nulidad todo cambio en los artículos 1 a 35. En función de este mandato el constituyente de reforma asumió la decisión de incorporar nuevos derechos y garantías y de agregar otros contenidos doctrinarios a los ya existentes, a través de la atribución de nuevas facultades al Congreso, de modo tal que la redacción de la ley fundamental exhibe un nuevo perfil institucional en la materia.

Este marco de referencia renovado produce como lógica consecuencia la ampliación del “techo ideológico” de nuestra ley fundamental. Bidart Campos lo denomina “techo principista-valorativo” en el tomo VI de su tratado elemental de derecho constitucional argentino. Toda Constitución encuentra su marco de referencia en diversas expresiones contenidas en distintas partes de su articulado. En lo referente a la nuestra, luego de su sanción, la ideología del constituyente del 53 surgía con claridad, principalmente, del preámbulo y de la denominada “cláusula del progreso”, art. 75, inc. 18 –ex 67, inc. 16–. A partir de allí, se insinuaba el sentido de las decisiones y acciones a ser tomadas y llevadas a cabo por los responsables gubernamentales. Con posterioridad nuestra Constitución incorporó en la reforma de 1949 y luego de la derogación de esta, con la sanción del art. 14 bis, por la Convención Constituyente de 1957, típicas cláusulas de contenido social, que no sólo consagran el derecho al trabajo, sino que le imponen al legislador claros cometidos tendientes a asegurar al trabajador condiciones dignas de labor, jornada limitada, retribución justa, protección contra el despido arbitrario, organización sindical, derecho de huelga, etc.

Esa evolución hacia el constitucionalismo social se consolida con la reforma de 1994 que le asigna jerarquía constitucional a una serie de tratados de derechos humanos y crea un mecanismo para que otros puedan alcanzar esa jerarquía, y por la incorporación de los incisos 19 y 23 al art. 75 de la Constitución. Este último con claras reminiscencias de la constitución italiana de 1948, le impone al Congreso el deber de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato y

el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales.

Esta nueva impronta del constitucionalismo social se consolida en la reforma constitucional con el deber del Congreso de promover lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores (art. 75, inc. 19). Resumiendo, al Estado le cabe el deber de elegir las acciones conducentes a optimizar los resultados que posibiliten el desarrollo de la persona humana en sociedad y al progreso económico dentro de un marco de equidad. Estas dos cláusulas son típicamente programáticas, su implementación requiere de leyes “medidas” del Congreso, único responsable en la determinación del momento más propicio para la concreción de las mismas. Todas sus prescripciones se encuentran influidas por un alto grado de contenido ideológico.

El ya citado inciso 19 tiene una presentación casi idéntica a la vieja “cláusula del progreso” (hoy inciso 18 del mismo artículo), en lo que hace al modo de formular grandes objetivos a ser plasmados en la legislación futura a los que debe “proveer” el Congreso Nacional. A nuestro entender, se trataría de una suerte de extensión del inciso anterior. Esta nueva disposición completa a su predecesora a través de una variada serie de postulados que se entroncan en su mayoría con las bases del denominado constitucionalismo social. La concreción de toda esta panoplia de acciones sólo podría ocurrir por medio de una herramienta de fuerte intervención en la vida socio-económica de la comunidad, como lo es el denominado “Estado de bienestar”. Hoy estas acciones no tienen por qué ser llevadas a cabo directamente por el Estado; este podría perfectamente “tercerizar” muchas de ellas con el concurso de la vasta gama de organizaciones sociales que hoy exhibe la sociedad argentina, las que son englobadas bajo variados términos, como por ejemplo “sector social” o “representación de la sociedad civil”.

A través de las grandes directivas contempladas en los cuatro párrafos del inciso 19, que hacen al modo de desarrollo con equidad, a un federalismo igualitario, a una educación gratuita y amplia, a la defensa del patrimonio cultural, se refleja también la ideología de la reforma. Aparece claramente la voluntad del constituyente de reforma de ordenarle a los gobernantes la realización de acciones “positivas” que permitan que tan importantes objetivos puedan hacerse realidad.

El valor desarrollo humano obra como una suerte de centro de confluencia, ya que para que su vigencia quede asegurada es preciso que operen los componentes analizados en el punto precedente. En efecto, se logra tal evolución de la persona cuando la existencia de ciertas notas objetivas y subjetivas que en su conjunto hacen posible una existencia que se desenvuelva en un marco de igualdad y de dignidad. Ahora bien, ¿cómo hacer para saber que en un determinado lugar, en una determinada situación, para una comunidad o para una persona impera este valor, en tanto “faro” de sus condiciones existenciales? Ello no nos parece una tarea factible desde la teoría, a nuestro entender, los elementos a utilizar para poder ponderar dicha situación variarán en función de las circunstancias temporales y espaciales. Claro que, dadas dichas particularidades se podrá determinar si en el caso bajo examen se está efectivizando una dinámica que permita precisamente observar con claridad todo cuanto denota el término desarrollo humano.

Desarrollo humano importa una idea de evolución, de progresión hacia un “techo” de las condiciones de vida que se va elevando y que para nuestra observación debe concretarse en una tendencia creciente hacia la satisfacción de aquellas necesidades que hacen a la igualdad y a la dignidad de la existencia humana, sin olvidar la calidad de vida, la que surgirá de las condiciones del entorno en que la misma transcurre. La Constitución reformada utiliza la expresión desarrollo humano en los ya analizados incisos 19 y 23 del artículo 75, la que es nuevamente empleada en el inciso 17. En este último caso el constituyente lo hace cuando se ocupa de los derechos de los “pueblos indígenas argentinos”. Allí, la voz hace las veces de patrón de medida a los efectos de la determinación del *quantum* de las tierras que les deberían ser entregadas a las comunidades indígenas.

Por último, en la parte dogmática nuestra expresión sólo aparece incluida en uno de los artículos del capítulo segundo –agregado por la reforma–, titulado “Nuevos derechos y garantías”. Es en el artículo 41 en el que se consagra el derecho de todos los habitantes “a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras...”. Es decir que el desarrollo humano aparecería para el constituyente como un equivalente del desarrollo sustentable. Creemos que es en esta parte del texto constitucional de donde surgiría con mayor vehemencia la concepción de un modelo de desarrollo en el que confluyen las variables ambiental, económica, social y cultural. Se trata de una temática transversal que se deriva de la

consideración conjunta de la cuestión ambiental y de su protección y de todo lo atinente a la producción para el desarrollo de una comunidad.

En suma, un balance de la reforma permite sostener que las modificaciones a la parte orgánica de la Constitución han llevado al fortalecimiento de las potestades presidenciales y la creación de organismos que reconocen una dinámica ligada a la lógica de reparto de poder entre los partidos, más que al logro de los controles para cuya concreción fueron concebidos. Por el contrario, las modificaciones a la parte dogmática han permitido numerosos avances en el campo de la defensa de los derechos humanos, como ha ocurrido con la frondosa jurisprudencia relacionada con temas como el amparo, entre otros y la incorporación al derecho interno de importantes aspectos de derecho internacional contenido en tratados.

Curiosamente, la Argentina luego de tres décadas de tránsito a la democracia ha ingresado en una preocupante declinación de sus instituciones tomadas del constitucionalismo, que presenta los rasgos propios de lo que “la teoría constitucional califica como *desconstitucionalización*. Esto es, los procesos que experimenta un Estado cuando, por diversas razones, las reglas más elementales de su Constitución son gradual y permanentemente inobservadas”. Así el esquema democrático fue modificándose por decisiones de sus operadores, observándose en el plano de la constitución material un crecimiento de las potestades presidenciales y del gobierno federal, en detrimento de los otros órganos de poder y de las autonomías provinciales. Se produjo así el “desmontaje” de la Constitución, fenómeno que, según relata Sagüés, Werner Kâgy atribuye a la decadencia o desplazamiento de lo normativo-constitucional, “entendido como un proceso de debilitamiento de la fuerza normativa de la ley suprema, entre los cuales menciona: a) el derecho de emergencia; b) la admisión de la doctrina del ‘quebrantamiento constitucional’ por vía consuetudinaria; c) la delegación de competencias legislativas y la concesión de plenos poderes al ejecutivo, confiriéndole un ‘poder constitucional exorbitante’; d) la admisión de la reforma o cambio de la Constitución por medio de la interpretación constitucional (dinámica o putativa), o por un procedimiento distinto al previsto por la propia Constitución y e) recurrir a la ‘adaptación de la Constitución’ como estrategia de evasión de las directrices constitucionales”.<sup>26</sup>

26. Sagüés, Néstor, “El concepto de ‘desconstitucionalización’”, *Rev. La Ley*, 13-04-2007, pp.1-3.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es la jurisdicción encargada de aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos, ha tomado partido al respecto. También en este caso nos parece importante dar lectura a uno de los considerandos más importantes de una de sus sentencias más emblemáticas; allí ha expresado que “esta obligación –hace referencia al control de la observancia de los derechos que la misma contiene– implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, y procurar, además el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.<sup>27</sup>

Pues bien, precisamente es la falta de controles lo que caracteriza a nuestra realidad institucional. Por ello no podemos sino coincidir con Gargarella, quien sostiene que “contamos hoy con un sistema de relación entre los poderes que no asegura el equilibrio que proclamaba en sus inicios, sino que aparece desequilibrado hacia el Poder Ejecutivo, con consecuencias tan previsibles como lamentables: todo el sistema institucional ha quedado ladeado hacia el Ejecutivo. Resulta frecuente (aunque no necesario), por lo tanto, que los aparatos judiciales sistemáticamente se inclinen a favorecer al poder presidencial de turno (que goza de una influencia especial en el nombramiento de los jueces y que disfruta de poderes de presión particulares sobre estos), como resulta habitual que las legislaturas se conviertan en órganos opacos dependientes de la iniciativa presidencial y sometidos a la autoridad del Ejecutivo. Pasamos entonces del sistema de equilibrios y balances deseado a uno diferente, caracterizado por el sometimiento o, eventualmente, la confrontación entre poderes”.<sup>28</sup> Por este motivo este autor denomina a la parte orgánica “la sala de máquinas”,<sup>29</sup>

27. Corte IDH, caso “Velázquez Rodríguez”, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 166.

28. Roberto Gargarella, “Los Derechos Relegados de la Constitución”, *La Nación*, Buenos Aires, 5/8/2014.

29. Roberto Gargarella, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, 2014.

en tanto asegura que los derechos sean objeto de aplicación y de cumplimiento. Si falla la primera esto irá necesariamente en desmedro de las libertades, pues quedan absolutamente en manos de presidentes sin límites que ejercerán el poder de manera desmedida y haciendo de los gobernados verdaderos súbditos.

## **Bibliografía**

- Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, EDIAR Buenos Aires, T. VI.
- Bidegain, Carlos M., *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, T. III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980.
- Consejo para la Consolidación de la Democracia (CCD), *Dictamen Preliminar sobre la Reforma constitucional*, EUDEBA, Buenos Aires, 1986.
- Consejo para la Consolidación de la Democracia (CCD), *Segundo Dictamen sobre la Reforma constitucional*, EUDEBA, Buenos Aires, 1987.
- Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Presidencialismo y Parlamentarismo*, EUDEBA, Buenos Aires, 1988, pp. 125-168.
- Frías, Pedro J., *Introducción al derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- “El federalismo posible en la Argentina finisecular”, en *La reforma constitucional argentina*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1994.
- Hernández, Antonio María, “Derecho Constitucional”, Editorial Universidad. 1991.
- *Federalismo, Autonomía Municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma de 1994*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997.
- Jiménez, Eduardo P., *Derecho Constitucional Argentino*, Tomo III, EDIAR, Buenos Aires, 2000.
- Lambert, Jacques, “La transposition du régime présidentiel hors les Etats Unis: le Cas de l’Amérique Latine”, *Revue de Science Politique Française*, septiembre 1981.
- Manili, Pablo L., *Establecimientos de utilidad nacional*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004.
- Midón, Mario A. R., “Decretos de Necesidad y Urgencia”, *La Ley*, Buenos Aires, 2001, pp. 19-20.

- Nelson, Christopher M., “An Opportunity for Constitutional Reform in Argentina: Re-Election 1995”, *Miami Inter-American Law Review*, p. 7.) (Traducción del autor del presente trabajo).
- Nino, Carlos S. y otros, *El Presidencialismo puesto a Prueba*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- Peltzer, Enrique, “El Régimen Parlamentario”, Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia. Anexo a la labor de la Comisión 2. Buenos Aires, 1986, p. 113.
- Sabsay, Daniel A. y Onaindia, José M., *La Constitución de los argentinos*, ERREPAR, Buenos Aires, 2009.
- *Manual de Derecho Constitucional*, La Ley, 2011.
- “Jefe de Gabinete de Ministros”, *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo VII, Apéndice, Ed. Driskill SA, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- Seisdedos, Felipe: “Establecimientos de utilidad nacional”, en P. Guilhou y otros, *Atribuciones del Congreso argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1986.



# Los derechos políticos y electorales

*Alberto Ricardo Dalla Via\**

## **Resumen**

La reforma constitucional de 1994 incorporó el capítulo II bajo el título “Nuevos derechos y garantías”, ampliando de esta manera el catálogo clásico de derechos a los derechos de incidencia colectiva o “nuevos derechos”. Frente a los aportes del constitucionalismo clásico que limitaba los derechos constitucionales a los “derechos subjetivos”, el nuevo capítulo incorpora los derechos que no están en cabeza de un sujeto, sino que se tienen por pertenencia a un grupo amplio de personas. De esa manera, a los derechos civiles y políticos (primera generación) y a los derechos económicos y sociales (segunda generación), se agregan ahora también los derechos colectivos (tercera generación), entre los que la Constitución enumera los derechos al ambiente y los derechos de los usuarios y consumidores.

El capítulo también contiene los derechos electorales y de los partidos políticos que, si bien se consideran clásicamente de primera generación, se ubican en el nuevo capítulo ya que no fueron contemplados expresamente en la Constitución histórica, aunque la doctrina y la jurisprudencia ya los habían recogido a partir de la norma de habilitación del art. 33 con un criterio amplio. Luego se ubican los llamados nuevos derechos de participación política, como la iniciativa popular y la con-

\* Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público I (Universidad de Buenos Aires), miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Académico de Número de la Academia Nacional Cs. Morales y Políticas; [alberto.dalla-via@pjn.gov.ar](mailto:alberto.dalla-via@pjn.gov.ar).

sulta popular. De ese modo, la Constitución acentúa el tránsito desde un modelo individualista y representativo a un modelo democrático que también contempla la participación como valor. Los derechos de primera generación se fundaron en la libertad como valor, los de segunda generación lo hicieron en la igualdad y los de tercera generación lo hacen en la solidaridad. Son, en definitiva, derechos de la participación, los que se han visto considerablemente ampliados mediante reformas a la legislación electoral.

### **Abstract**

The Constitutional reform of 1994 incorporated chapter II under the title “New rights and guarantees”, thus broadening the classic catalogue of rights, to the rights of collective incidence or “new rights”. Face up to the contributions of classic constitutionalism, which limited the Constitutional rights to the “subjective rights”, the new chapter includes rights that are not related to an individual but which belong to a large group of people. In that way, to civil and political rights (first generation) and social and economic rights (second generation), collective rights (third generation) are also added, among which the Constitution lists the rights to environment and rights of users and consumers.

The chapter also includes the electoral rights and of political parties, even though they are considered classically of first generation, they are located in the new chapter since they were not taken into account explicitly in the historic Constitution, although the doctrine and the jurisprudence had already picked them up from the regulation of article 33 with broad criteria.

Then the new so-called rights of political involvement are placed, such as the popular initiative and the referendum. In that way, the Constitution emphasizes the transit from an individualistic and representative model to a democratic model that also considers participation as a value.

Rights of first generation were founded on freedom as a value, second generation did in equality and third generation, in solidarity. Participation rights, ultimately, are those which have been considerably extended through reforms to the electoral law.

## Los derechos de participación política

Los derechos políticos son una categoría no siempre concisa, de los cuales los electorales son una especie; abarcan los derechos de asociación y reunión con fines políticos, el derecho de petición a las autoridades, los derechos de participación y control, así como, especialmente, el derecho a elegir y ser elegido conforme a las leyes.

Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental y, en su conjunto con otros derechos como la libertad de expresión, hacen posible el juego democrático, así lo resalta la Corte IDH en *Castañeda Gutman*.<sup>1</sup> Recordando, a su vez, que la propia Convención en el artículo 27 le da tal importancia al prohibir su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de estos.<sup>2</sup>

Estos derechos emanan de un centro de imputación de derechos más restrictivo, la posición del ciudadano, a diferencia de los derechos civiles que son titulares todas las personas. Responden a un *status activae civitatis* frente al Estado, según la caracterización clásica de Jellinek, y, en consecuencia, son los únicos que se comprenden desde una posición de libertad y, al mismo tiempo, de participación activa en la vida de una comunidad política. Especialmente, el derecho de sufragio en sus dos variantes atiende a la formación de la voluntad de los órganos del Estado mediante la elección de sus titulares y a la construcción de mecanismos de representación ciudadana, mediante la intermediación de partidos políticos, todo lo cual es indefectible para la vida de un Estado democrático.

En el sistema de protección internacional de los derechos humanos, la participación política es el derecho político por excelencia ya que reconoce y protege el derecho y el deber de los ciudadanos de participar en la vida política.<sup>3</sup>

1. CtIDH, Sentencia de 6 de agosto de 2008, *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, Serie C N°184.

2. Opinión Consultiva OC- 6/86 del 9 de mayo, La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Serie A N°69 y Casos CtIDH, Sentencia 23 de junio de 2005, *YATAMA vs. Nicaragua*, Serie C N°127 y *Castañeda Gutman*, cit.

3. CIDH, *Informe sobre la Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 2009.

En la actualidad, asistimos a un profuso desarrollo del derecho de participación política, que supone una concepción amplia acerca de la democracia representativa que, como tal, descansa en la soberanía del pueblo y en la cual las funciones a través de las que se ejerce el poder son desempeñadas por personas escogidas en elecciones libres y auténticas.<sup>4</sup> Ya que la participación política puede “incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa”,<sup>5</sup> asimismo, los ciudadanos “tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos”.<sup>6</sup>

Los derechos políticos son derechos de titularidad individual de los ciudadanos que frecuentemente se ejercen de manera conjunta o agrupada como son la libertad de expresión, el derecho de reunión y manifestación, y el derecho de asociación en partidos, por lo que están relacionados con los “derechos de ejercicio colectivo”, que pueden realizarse con fines políticos. En el caso *Castañeda*, la Corte IDH resaltó la estrecha interrelación e interdependencia de los derechos políticos con otros derechos, recordando que, en su conjunto, “hacen posible el juego democrático”.<sup>7</sup>

Por ello, el adecuado ejercicio de los derechos políticos consagrados en el artículo 23 de la CADH, se vincula con la vigencia de sus derechos y libertades asociadas entre los cuales se encuentran el derecho a la libertad de expresión (artículo 13), a las garantías judiciales (artículo 8), al derecho de reunión (artículo 15), a la libertad de asociación (artículo 16), y el derecho a la protección judicial (artículo 25) y derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión (IV), el derecho de asociación (XXII) y reunión (XXI) y el derecho de justicia (XVIII) de la DADH.

4. CIDH, *Informe Anual 2002*, Cuba, párr. 11.

5. CtIDH, *Castañeda Gutman*, cit., párr. 141.

6. Caso cit., párr. 147.

7. Caso cit., párr. 140.

## **Extensión de la participación política y de la protección judicial**

Desde el retorno de la democracia, uno de los temas relevantes fue la protección de las mujeres en su derecho de sufragio pasivo, lo que trajo aparejado la sanción de la Ley 24.012, llamada de “cupo femenino” o “cuota de género”, fijando la obligatoriedad de incluir un mínimo del 30% de mujeres en las listas de candidatos para elecciones nacionales. La reforma constitucional de 1994 incorporó el artículo 37 de la Constitución Nacional que en su segundo párrafo señala que el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio –recogiendo así la tradición en materia electoral que arranca desde la Ley Sáenz Peña (núm. 8871)– y la última parte del mismo artículo favorece la adopción de acciones que tiendan progresivamente a la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a los cargos electivos y partidarios (relación con el art. 75 inc. 23 CN y cláusula transitoria 2º).

En este punto, nuestro país ha seguido los principios consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención contra toda forma de Discriminación de la Mujer, que en materia electoral y de partidos políticos se pronuncian claramente a favor de una participación igualitaria y sin discriminaciones fundadas en meros prejuicios de género.

La Cámara Nacional Electoral ha asumido de un modo cabal, el rol que se le ha asignado de garante del cumplimiento de las medidas que procuran la igualdad real de oportunidades entre mujeres y varones para el acceso a cargos electivos y partidarios (cf. Fallos CNE 1568/93; 1586/93; 1595/93; 1863/95; 1866/95; 1867/95; 1868/95; 1869/95; 1870/95; 1873/95; 1984/95; 2669/99; 2878/01; 2918/01; 3005/02 y 3780/07) y veló por su respeto en todas las causas que le fueron sometidas a su conocimiento (cf. Fallos 3005/02 y 3780/07).

En particular, ha sostenido que “no basta que las listas estén compuestas por un mínimo de treinta por ciento de mujeres sino que además es necesario que tal integración se concrete de modo que –con un razonable grado de probabilidad– resulte su acceso a la función legislativa en la proporción mínima establecida por la ley y aquel sólo puede existir si se toma como base para el cómputo la cantidad de bancas que el partido renueva (cf. Fallos CNE 1566/93; 1836/95; 1850/95; 1862/95; 1864/95; 1866/95 y 350705).

La reforma electoral, Ley 26.571,<sup>8</sup> establece el derecho de participación política de las mujeres al establecer que las agrupaciones políticas para su organización interna deben respetar la ley 24.012, de “cupos femeninos” (art. 3º, inc. b). Con ello se consagra la extensión de los derechos políticos de las mujeres, dado que ahora no sólo se requiere respetar el porcentaje mínimo por sexo en la conformación de las listas para cargos públicos electivos sino también para las elecciones internas de los partidos.

Otra modalidad de extensión del sufragio activo es la que establece la ley 24.007, que permite a los *argentinos residentes en el exterior* votar en los comicios nacionales. En este punto, se ha sostenido además que respecto a esos ciudadanos “debe procurarse facilitarse [...] el ejercicio de otros derechos que, como el de afiliación, integra también el plexo de los derechos políticos ciudadanos propios de toda democracia” (cf. Fallo CNE 1756/94).

Otro caso fue la admisión del sufragio activo de los *privados de libertad sin condena*, que a partir del caso Mignone ejercen su derecho sin restricción en las penitenciarías donde se encuentran alojados.

En este sentido, el fallo “Mignone”<sup>9</sup> del año 2000 hizo lugar a un amparo promovido por un organismo no gubernamental, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) para declarar la inconstitucionalidad de un artículo del Código Electoral Nacional que excluía del sufragio activo a quienes se encontraban privados de libertad sin condena en distintos establecimientos carcelarios del país. De ese modo, se hizo valer el inciso 2º del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que limita la potestad de reglamentación legal de los derechos de participación política “...exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal”.<sup>10</sup>

Finalmente, en el año 2006 se reglamentó el ejercicio del sufragio activo de los procesados con prisión preventiva (Ley 25.858).

8. Sancionada el 2 de diciembre de 2009 y promulgada por decreto 2004/2009 del 11 de diciembre de 2009 con la observación de los artículos 107 y 108 (BO N°31.800, 15/12/2009).

9. Fallos CNE 2807/2000 y Corte Suprema de Justicia, Fallos 325:524.

10. En la causa “Zárate, Marcelo Antonio s/amparo” (Fallo CNE 3142/03), la Cámara Nacional Electoral se volvió a pronunciar sobre el tema.

En cuanto a los partidos políticos, el artículo 38 de la Constitución Nacional los considera como instituciones fundamentales del sistema democrático, la jurisprudencia ya había admitido su inserción constitucional sobre la base de los arts. 1º, 14, 22 y 33 de la Constitución Nacional. El nuevo artículo incorpora también varios postulados del derecho político: la necesaria forma de organización y funcionamiento interno con contenidos democráticos, la representación de las minorías en el gobierno de los mismos, la “competencia” para proponer candidaturas para la ofertas electorales a cargos públicos electivos, y el derecho a la difusión de sus ideas a través de los medios junto con el acceso a la información pública.

La norma constitucional, a su vez trata lo relativo al financiamiento de los partidos políticos. La solución alcanzada en la Convención Nacional Reformadora equilibra la responsabilidad primaria del Estado al sostenimiento económico de sus actividades y a la formación de sus cuadros y la obligatoriedad de dar publicidad del origen y destino de los fondos privados recibidos y del patrimonio de los partidos políticos. En este sentido, se ha sancionado la ley de financiamiento de los partidos políticos (primero la 25.600 y, luego 26.215, modificada por la Ley 26.571), que alienta la *participación activa de la ciudadanía en el proceso de control de los fondos*. Dicha participación no puede considerarse agotada en la circunstancia de que los terceros puedan tomar conocimiento sobre la procedencia y destino de los fondos, a efecto de hacerlos más transparentes propendiendo a lo que se ha dado en denominar el ‘voto informado’ del elector, sino también permitiéndoles colaborar en el proceso, al admitirles las observaciones que presentaren sobre las posibles anomalías que —a su juicio— detectaren sobre los estados contables.

Otro aspecto de la participación activa de la ciudadanía está dada en el *proceso de oficialización de candidaturas*, esto puede verse en la Acordada CNE N°32/09 que estableció la publicación en el sitio de Internet del fuero electoral de las listas de candidatos a los efectos de que “los particulares o el representante del Ministerio Público Fiscal puedan someter a los magistrados las cuestiones que entiendan relevantes a tal fin”.

Por otra parte, un tema de mucha actualidad, en los últimos tiempos, es el ejercicio del sufragio activo de las *minorías desprotegidas y desamparadas* que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, que hace que determinados “personajes” encuentren un campo fértil para ejercer lo que se ha denominado “clientelismo político”.

Las prácticas clientelares –entre las que se encuentra la denominada “compra de votos”– conspiran contra la expresión de libre voluntad que constituye un presupuesto indispensable del ejercicio del sufragio. El concepto general de clientelismo político está acotado en nuestra sociedad a una mera permuta de favores entre jefes partidarios y potenciales electores provenientes en su mayoría de clases bajas y desamparadas.

Estas prácticas vulneran el ejercicio de los derechos políticos, ya que cuando los instrumentos internacionales<sup>11</sup> hacen referencia al voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores procuran resguardar al sufragante de toda intimidación, pues la libertad del voto conlleva inexorablemente el derecho de cada elector de expresar su voluntad sin ser objeto de presión alguna.

En las elecciones legislativas del año 2009, la Cámara Nacional Electoral ha dictado un pronunciamiento, en la causa “Sublemas del Acuerdo Cívico y Social de Formosa s/protesta”<sup>12</sup> a fin de salvaguardar los derechos políticos de las comunidades indígenas frente a distintas maniobras, como la retención de documentos cívicos, que se habían venido evidenciado en distintas elecciones, tendientes a distorsionar la libertad cívica de ciudadanos pertenecientes a comunidades indígenas de distintas localidades de la provincia de Formosa. Allí, se ha establecido que “los hechos denunciados involucran a un gran número de integrantes de pueblos originarios, quienes enfrentan serias dificultades que los mantienen en una situación de vulnerabilidad y marginalidad” (cf. Fallo CNE 4283/09). Lo que implica “el establecimiento de determinadas medidas con el fin de procurar en la práctica la igualdad de oportunidades que permitan corregir las situaciones que son el resultado de conductas discriminatorias” (cf. Fallo cit.).

Habermas ha señalado “[e]l problema se plantea en las sociedades democráticas cuando la cultura mayoritaria políticamente dominante impone su forma de vida y con ello fracasa la igualdad de derechos efectiva,

11. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 23, inc. 2º y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 25, inc. b y en sentido análogo, Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 21, inc. 3º y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XX.

12. Fallo CNE 4283/09.

de ciudadanos con otra procedencia cultural”<sup>13</sup>, y al decir de Dworkin “[l]a teoría constitucional sobre la cual se basa [un] gobierno [democrático] no es una simple teoría mayoritaria. La Constitución [...] está destinada a proteger a los ciudadanos, individualmente y en grupo, contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría de ciudadanos, aun cuando esa mayoría actúe siguiendo lo que para ella es el interés general o común”.<sup>14</sup>

Tales prescripciones se enmarcan en una concepción progresiva de los derechos fundamentales que no sólo requieren del Estado una posición de mero garante neutral o abstencionista, sino que le encomiendan remover los obstáculos para hacer verdaderamente efectiva la realización de tales derechos, en el caso, a la participación política.

Finalmente, no puedo dejar de mencionar la extensión de los alcances del derecho de sufragio activo que establece la *participación de todos los ciudadanos en los procesos de selección partidaria de las candidaturas –elecciones primarias–* que luego van a competir en la elección de las máximas autoridades públicas nacionales: presidente y vicepresidente, diputados nacionales y senadores nacionales, así como también parlamentarios del MERCOSUR.

Las elecciones primarias establecidas en la Argentina por la ley 26.571 de finales de 2009 prevé la obligatoriedad del voto, como rige en la elección general. Asimismo, el sistema es de elección abierta plena. Es decir, todos los ciudadanos, sin distinción entre afiliados e independientes, podrán votar a cualquiera de los precandidatos de cualquiera de los partidos contendientes.

Podría decirse que este esquema permite calificar a las nuevas internas abiertas como unas elecciones verdaderamente primarias, en el sentido de que el mismo cuerpo electoral llamado a votar a sus representantes acude primero a las urnas para preseleccionar a los candidatos partidarios.<sup>15</sup>

A este respecto, la ley dispone incluso que para las elecciones primarias se utilizará el mismo padrón que para la elección general en el que constarán

13. Habermas, J., *La inclusión del otro, estudios de la teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 123.

14. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, España, Ariel, 2002, p. 211.

15. La Cámara Nacional Electoral se pronunció sobre el sistema de primarias en el caso “Llaver” (Fallo CNE 4597/11).

las personas que cumplan 16 años de edad<sup>16</sup> a partir del día de la elección general. Como se advierte — más allá de la deficiente redacción— los jóvenes que tengan 15 años el día de la elección primaria podrán votar si cumplen los 16 años antes o el mismo día de la elección general.

En el sistema de primarias argentino, los partidos, confederaciones o alianzas que tengan únicamente una precandidatura deben no obstante conseguir que sea votada por una cantidad mínima de ciudadanos (1,5% del total de votos válidos emitidos en el distrito) para que pueda participar en los comicios generales.

Luego de las elecciones primarias, no se pueden constituir alianzas o confederaciones para participar en los comicios generales.

## **Formas de democracia semidirecta**

La incorporación en la Constitución Nacional de las denominadas “formas de democracia semidirecta”, en los artículos 39 y 40, abrió nuevas formas de participación ciudadana, sin por ello desnaturalizar la esencia del sistema representativo-republicano, establecido en los artículos 1º y 22 de la Constitución Nacional, ya que si bien el constituyente aumentó los niveles de participación ciudadana, nuestro sistema sigue siendo representativo por la fuerza declarativa de los artículos 1º y 22.

El artículo 39 incorporó un derecho de iniciativa que viene a ensanchar la base de ejercicio de la soberanía popular a partir de este instrumento de democracia participativa, si bien es un importante avance, no limita el monopolio legislativo del Congreso porque será solamente ese órgano el que sancione o no la ley que un número determinado de ciudadanos someta a su consideración, cumpliendo con las condiciones del art. 39. La fuerza del nuevo instituto está en la fuerza popular y el consenso que significa la iniciativa en sí misma.

La norma excluye expresamente la posibilidad de iniciativas en materia de reformas constitucionales, tratados internacionales, presupuesto y materia penal, y estableció que la ley reglamentaria no podría exigir más del 3% del padrón electoral para que las presentaciones fuesen aceptadas. La ley reglamentaria, 24.747 de 1996, exige un piso mínimo del 1,5% del padrón

16. Incorporación por ley 26.774.

electoral utilizado en la última elección de diputados nacionales y deberá representar por lo menos a 6 distritos electorales con el fin de mantener un equilibrio federal, excepto que la iniciativa se refiera a una cuestión de alcance regional, en cuyo caso bastará que se encuentren representados los distritos de esa región.

El artículo 40 –reglamentado por ley 25.432–, por su parte, incorpora dos institutos de democracia semidirecta: el referéndum y el plebiscito.

El referéndum es un proceso de consulta a los ciudadanos, a los efectos de que estos se expresen sobre actos de gobierno de carácter legislativo. Puede ser facultativo u obligatorio, según la Constitución deje librado al criterio del Poder Legislativo convocar a un referéndum o, al contrario, lo exija como condición *sine qua non* para la sanción de determinadas normas. El referéndum consultivo es el que se realiza para conocer la opinión del pueblo sobre un proyecto de ley que aún no ha sido sancionado o se halla a estudio. Sus efectos pueden ser vinculantes o no para el Poder Legislativo. En el segundo caso se trata de un verdadero referéndum y es el caso del primer párrafo del nuestro art. 40.

El plebiscito se diferencia del referéndum en que el primero es esencialmente consultivo y el objeto de la consulta no consiste en la aprobación o desaprobación de una norma jurídica, sino que ella versa sobre un acto o una decisión de carácter político.

## **Consideraciones finales**

Como ya lo señalara la Ley 26.571, denominada “Ley de Democratización de la Representación Política, la Transparencia y la Equidad Electoral”, instauró el sistema de Elecciones Primarias, Abiertas, Simultáneas y Obligatorias, pero también contiene modificaciones a la Ley Orgánica de Partidos Políticos (núm. 23.298), la Ley de Financiamiento de los Partidos Políticos (núm. 26.215) y el Código Electoral Nacional.

Más allá de considerar los aspectos técnicos de la reforma –que por razones de espacio no se pudieron analizar en el presente estudio– es inevitable advertir que el diseño institucional que propone en materia de administración electoral profundiza la injerencia del Poder Ejecutivo en áreas verdaderamente sensibles. Esto es cuanto menos paradójico: si se tiene en cuenta que en el continente se ha venido dando el proceso inverso –excluyendo por completo al Ejecutivo de la administración de los procesos

electorales–, con la ley propuesta no sólo no se reducen sus atribuciones sino que, por el contrario, se le reconocen nuevas.

## **Bibliografía**

- Boletín Oficial (BO) N°31.800, del 15 de diciembre de 2009.
- CtIDH, Sentencia 23 de junio de 2005, *YATAMA vs. Nicaragua*, Serie C No. 127.
- CtIDH, Sentencia de 6 de agosto de 2008, *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, Serie C N°184.
- CIDH, *Informe sobre la Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 2009.
- CIDH, *Informe Anual 2002*, Cuba, párr. 11.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 23, inc. 2º.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XX.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 21, inc. 3º.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio*, España, Ariel, 2002, p. 211.
- Fallos CNE 2807/00, 3142/03, 4283/09, 4597/11.
- Fallos CSJN 325:524.
- Habermas, J., *La inclusión del otro, estudios de la teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 123.
- Leyes N°26.571, 26.744, 26.774.
- Opinión Consultiva OC- 6/86 del 9 de mayo, La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Serie A N°69.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 25, inc. b.

# Defensor del Pueblo y la reforma constitucional de 1994

*Alicia Pierini\**

## Resumen

Este artículo reseña el proceso de instalación del Defensor del Pueblo en Argentina en su etapa previa a la reforma constitucional de 1994. Desarrolla los ejes de dicho debate constituyente a través de una síntesis de las palabras de varios convencionales. Aborda, luego, la etapa posterior a la implementación del Defensor del Pueblo de la Nación insertando la norma constitucional de la provincia de Buenos Aires sobre el Defensor del Pueblo, así como también su incorporación en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Finaliza explicitando la reformulación posterior respecto de la figura del “ombudsman” en el sistema interamericano y mencionando la red internacional que nuclea a las Defensorías del Pueblo, particularmente las de habla hispana y portuguesa.

\* Abogada (UBA), especialidad en Derechos Humanos; Directora del Centro de Actualización en Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo Provincia de Buenos Aires (2014); Directora de “PensarJusBaires” Consejo de la Magistratura CABA (2014); Docente titular F.C.E. (UBA) Maestría Gestión Pública y Desarrollo Gubernamental. Cargos públicos mandatos cumplidos: Convencional Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires (1996), Subsecretaria de Derechos Humanos de la Nación (marzo 1991 a diciembre 1997), Diputada de la Ciudad de Buenos Aires (de diciembre 1997 a diciembre 2003), Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires (de diciembre 2003 a marzo 2014). Libros publicados: *Pensamiento crítico sobre DDHH* (comp.), Eudeba, 1996; *Derecho a la Identidad* (comp.), Eudeba, 1993; *Habeas Data* (coautora), Universidad, 2000; *Derecho a la Información* (coautora), Universidad, 2000; *Financiamiento de Partidos Políticos* (coautora), Universidad, 2002; *Derecho Ambiental* (coautora), Universidad, 2002; alipierini@yahoo.com.ar.

## Abstract

This article reviews the installation process of the “Ombudsman” in Argentina before the constitutional reform of 1994. It develops the axes of said constituent debate through a synthesis of the words of many conventions. Then, it addresses the later stage, the implementation of the National Ombudsman inserting the constitutional rule in the Province of Buenos Aires about the Ombudsman, also its incorporation into the Constitution of the City of Buenos Aires. Finally, it explains the later reform of the figure of the “ombudsman” in the inter-american system and mentions the international net that gathers the Ombudsmen, particularly those that are Spanish and Portuguese speaking.

## 1. Introducción

La institución Defensoría del Pueblo ya existía en algunas provincias argentinas con anterioridad al año 1994. Pero fue su incorporación en el texto constitucional lo que generó una nueva conciencia ciudadana acerca de otra modalidad para la petición de derechos que no conllevaban necesariamente la intervención judicial, y ello significó un paso más en la construcción de la nueva democracia.

La evolución posterior de la institución y su réplica en la Ciudad de Buenos Aires y varias provincias han enriquecido al sistema institucional. Al tiempo se fueron profundizando las ideas iniciales, y también modificándose o ampliando las misiones y funciones en las dos décadas siguientes. Este breve ensayo intentará registrar los puntos más significantes del antes y el después de la Reforma Constitucional.

## 2. La etapa previa a 1994

La tesis doctoral del Dr. Jorge Maiorano sobre la figura del Ombudsman data de 1986, convertida en libro en su primera edición de 1987. Él mismo cuenta que hacia 1980 llegó a sus manos un folleto de la Embajada de Dinamarca difundiendo la labor del Ombudsman danés y que ello despertó su interés en tanto aludía a una institución de *control del poder público*. Comenzó entonces a investigar y a relacionarse con los Ombudsman de otras

partes del mundo y así fue redactando su tesis doctoral, e intentando también que el reciente gobierno democrático adoptara la figura del “Defensor del Pueblo” legalmente.

Así es como los senadores Eduardo Menem y Libardo Sánchez en 1984 presentaron el proyecto que demoraría nueve años en transformarse en la ley 24.284 del 1 diciembre 1993. Algunos meses después Jorge Maiorano asumía como “Primer Ombudsman Nacional” (17/10/1994).<sup>1</sup>

Con anterioridad a la investigación y expansión que produjo la tesis del Ombudsman y la perseverancia en el tema del Dr. Maiorano, hay un antecedente que lleva la autoría de Carlos Auyero y data de 1974.

Siendo Auyero convencional constituyente en 1994, lo recuerda así (en la sesión plenaria del 20 de julio 1994): “El primer proyecto referido a la Defensoría del Pueblo, ombudsman o comisionado del Congreso, data de 1974, una época muy difícil en la vida argentina. En ese entonces yo era legislador y como recordará el señor convencional Orsi –lo digo antes de que él me lo cite– integrábamos juntos el bloque del FREJULI. En esa ocasión presenté un proyecto sobre el comisionado del Congreso, cuando apenas diez años antes Miguel Padilla –citado por el señor convencional Kammerath– había escrito su libro *La institución del comisionado del Congreso* y sostenido este novedoso instituto en el Congreso Internacional de Juristas reunido en Río de Janeiro”.

“En 1975, cuando la violencia de alguna manera se había institucionalizado en el Estado, en una época dura y negra, al final del período constitucional que daría nacimiento a la más atroz de las dictaduras, nosotros transformamos nuestro proyecto de comisionado del Congreso en Defensor de los Derechos Humanos, derechos que –debemos admitir– en plena época constitucional se violentaban a través de organismos paraestatales nacidos en el Estado pero que este no lograba controlar. De manera que el antecedente nacional de esta institución data de esa época...”<sup>2</sup>

El sentido de reseñar estos dos momentos fundantes de la figura del Defensor, la del ombudsman, organismo de control de la administración y la de Auyero “Defensor de los derechos humanos”, se justifica porque exhibe las dos facetas principales de la institución que, actualmente, después de treinta años de democracia ha revestido con nuevas modalidades sus

1. *El Ombudsman*, Introducción, pp. XXXV-XLI, Macchi Grupo Editor, 1999, Buenos Aires.

2. Fuente: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>.

funciones. Este proceso culminó con la doctrina elaborada por la Defensoría del Pueblo de la CABA durante el período 2004/2014 integrando ambos paradigmas en el de “control de vigencia de los derechos humanos”.

### **3. Los acuerdos para la reforma**

La propuesta para la creación de la Defensoría del Pueblo en la Convención Nacional Constituyente de 1994 se encuentra entre los temas habilitados para la reforma. No integró el texto del Núcleo de Coincidencias Básicas, pero sí fue incluida en los acuerdos previos y por ello quedó dentro de los temas de la ley 24.309.

Más de cincuenta proyectos sobre la institución del Defensor del Pueblo fueron presentados por los convencionales del 94, que sumaban 305. Dichos proyectos fueron para su debate a la Subcomisión de Defensoría del Pueblo que estaba dentro de la Comisión de Organismos de Control.

### **4. Los ejes del debate constituyente<sup>3</sup>**

El convencional Masnatta en una de sus intervenciones (en la comisión redactora) manifestaba: “El Defensor del Pueblo adquirió vigencia constitucional en las constituciones provinciales, ya sea bajo ese nombre –como en La Rioja, San Juan, San Luis, Río Negro y Tierra del Fuego– o bajo otra rúbrica, como el comisionado del pueblo, en la Constitución de Córdoba o el comisionado legislativo en la de Salta. No debe olvidarse que en el ámbito de la Capital Federal la ordenanza 40.839 de 1985 consagró al Defensor del Pueblo, aunque este solamente entró en funciones tres años más tarde”.

Y respondiendo a la pregunta sobre si se justifica su tratamiento, agrega: “Con Quiroga Lavié, enumeramos los verbos que conjugan la actividad del defensor del pueblo: informar, inspeccionar, investigar, controlar, discutir pública y privadamente, disentir, recomendar, exhortar, influir, criticar, censurar, accionar judicialmente, encuestar, proyectar y programar. [...] más que un promotor de reclamos judiciales, es un investigador objetivo, un inspector

3. Fuente: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>. Plenario 20 Julio 1994.

de asuntos públicos, un factor de la opinión pública y, sin duda, responde a un reclamo de exigencias sociales con vigencia tanto en Escandinavia como en nuestras latitudes”.

Otros convencionales consideraron al Defensor del Pueblo indispensable para “ponerle límites a la impunidad, a la corrupción y a la mala administración” (Figueroa) o para que remedie las “omisiones silencios, indiferencias y discriminaciones” por parte del Estado más que sus acciones, agregando que debe ejercer “una magistratura de disuasión, no de imposición”, con “recomendaciones, reproches, recordatorios, advertencias” más allá de que se le daría legitimación procesal (Kammerath).

La convencional Elisa Carrió apuntó que “el destino de esa institución depende de las condiciones de idoneidad de quien la ejerza [...] la idoneidad no depende de su ideología política [...] sino de una persona que crea profundamente en los derechos humanos y tenga fuertes convicciones democráticas, lo que entonces la hará independiente”.

Otros convencionales discrepaban acerca de otorgarle legitimación procesal (Pettigiani) o exigían que quien fuera designado debía ser “desapasionado, no de la política, sino del partidismo o de la actividad política” (Armagnague).

Por su parte, el convencional Alfredo Bravo proponía que el Ombudsman pudiera promover la sanción de las autoridades que no acataran sus recomendaciones.

En línea opuesta a la mayoría, los representantes del MODIN y de la UCD sostuvieron desde que era una institución de raíces históricas opuestas al país hasta que sólo constituiría una burocracia más (Núñez) y que en consecuencia incrementaría una “compleja y costosa administración nacional [...] que recaerá sobre los alicaídos bolsillos de los contribuyentes” (Bussi).

Finalmente, los convencionales J. C. Hitters y el Presidente de la Convención, Eduardo Menem, completaron los fundamentos de la institución en sendos discursos. Hitters agregó a los argumentos expresados anteriormente por otros convencionales, el de sumarle al Defensor del Pueblo el rol de “conciliador –además del de controlador–, para hacer valer los nuevos derechos que surgen de la Constitución y del resto de los tratados de Derechos Humanos”.

El suyo será un doble rol, aclaraba: “la defensa de los derechos humanos y restricción del poder público como cara y contracara de la misma moneda”.

Por su parte, Eduardo Menem destacaba tres ideas fuerza: mayor participación, mayor control y mayor eficacia, porque –a su juicio– será un funcionario “que estará al servicio de los ciudadanos en forma directa y gratuita”. Refutó, asimismo, las objeciones efectuadas por la minoría y aclaró que dicho funcionario “será un Comisionado del Parlamento”, que actuaría dentro del ámbito del Congreso “porque debe tener una inserción institucional, pero no recibe instrucciones del Poder Legislativo aunque le rinda cuentas mediante informes anuales”.

Y, finalmente, califica al Defensor del Pueblo como un “magistrado de la persuasión, que tiene autoridad moral”, que no sustituye a ninguna otra institución de control sino que las complementa.

No obstante, los dictámenes previos instituían la figura de “La Defensoría del Pueblo” en el dictamen final que lee el Presidente de la Comisión Redactora, el Dr. Carlos Corach, que comienza así: “El Defensor del Pueblo”, en una súbita masculinización de la institución, que nadie observó ni modificó.

Y así quedó en el art. 86: “El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”.

“El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez.”

“La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial”.

## **5. Las Defensorías de Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad**

La Provincia de Buenos Aires realizó su reforma constitucional casi al mismo tiempo que la Convención Nacional. En su texto la constitución de la primera provincia argentina define en su art. 55: “El Defensor del Pueblo tiene a su cargo la defensa de los derechos individuales y colectivos de los

habitantes. Ejerce su misión frente a los hechos u omisiones de la Administración Pública, fuerzas de seguridad, entes descentralizados o empresas del Estado que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario o negligente de sus funciones. Supervisa la eficacia de los sentidos públicos que tenga a su cargo la Provincia o sus empresas concesionarias. Tendrá plena autonomía funcional y política. Durará cinco años en el cargo pudiendo ser designado para un segundo período. Será nombrado y removido por la Legislatura con el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara. Una ley especial regulará su organización y funcionamiento”.

Quince años después, en 2009, por la ley 13.834, modificada más tarde por la ley 14.331, se puso en marcha la Defensoría del Pueblo de la Provincia que a la fecha lleva cinco años de excelente trabajo.

La Ciudad de Buenos Aires, en cumplimiento del art. 129 de la Constitución Nacional reformada en 1994, inició el proceso de construcción de sus instituciones autónomas en el invierno de 1996 al reunirse la Convención Constituyente que en menos de 100 días dio a luz el texto que hoy rige en la Ciudad Autónoma. En su art. 137 define a la Defensoría del Pueblo en términos similares a los del art. 86 de la Constitución Nacional y del art. 55 de la Provincia de Buenos Aires.

En el debate se repitieron las argumentaciones y posiciones que habían campeado en la constituyente nacional, con alguna opinión –no mayoritaria– que abogaba por la elección por voto directo popular para ocupar el cargo de Defensor del Pueblo. No prosperó y sí, en cambio, quedaron definidas la legitimación procesal y la atribución de iniciativa legislativa, así como que su elección por la Legislatura deberá recaer en un ciudadano o ciudadana con las mismas condiciones que para ser legislador, que requerirá el voto de por lo menos las dos terceras partes del total de sus miembros, para un mandato de cinco años con reelección por una sola vez, y sus inmunidades, prerrogativas, inhabilidades e incompatibilidades, además, fija para su remoción que sólo podrá ser por juicio político. Dejaba para una ley posterior la cuestión de las adjuntías y organización funcional.

Cabe destacar que la primera ley sustantiva que sancionó la Legislatura una vez instalados los diputados electos en la flamante Legislatura fue la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo que lleva el número 3 (las dos anteriores no fueron sustantivas sino de fe de erratas, y de funcionamiento interno).

En el debate de la ley 3 fue precisamente quien escribe la diputada que cuestionó la figura del ombudsman y solicitó se tomaran en cuenta los antecedentes latinoamericanos y de nuestra propia historia para definir la personalidad institucional de la figura. Algunos párrafos de esa intervención fueron:<sup>4</sup> “...buscando antecedentes, he encontrado otros que me remontan más lejos que los del 1800 del Reino de Suecia, y que tienen que ver directamente con la figura del ‘Protector de los indios’ dentro de la estructura de la administración de Indias y que fue creado por Fray Bartolomé de las Casas e implementado en el año 1516”.

“...más atrás aún en nuestra propia historia de la patria grande latinoamericana, también hay antecedentes: existía en el Imperio Incaico, en Perú, un funcionario encargado de vigilar la compleja administración y el funcionamiento burocrático del consejo del Imperio Incaico: se llamaba *Tucundicuri* que quiere decir en quichua ‘el que todo lo ve’ y terminaba diciendo que ‘...analicemos la historia de nuestras instituciones y nuestros pueblos [...] mucho más en nuestro continente que se incorpora la historia mundial a partir del primer gran genocidio que es el de las poblaciones originarias’.”

## **6. La reformulación de 2004**

El recorrido institucional de la Defensoría de la Ciudad ha sido muy distinto del nacional. El primer funcionario que por Ordenanza Municipal 40.831 de 1985 había ejercido funciones parcialmente similares al de un defensor del pueblo fue el Controlador General Comunal electo por el Concejo Deliberante recién en 1988.<sup>5</sup>

La Controladuría incorporó una función más a la Administración Municipal, y su titular la ejerció bajo el modelo de control administrativo en forma correcta no obstante sus escasas atribuciones y la acotadísima autonomía con que contó.

Al transformarse la Municipalidad en Gobierno de la Ciudad Autónoma, la heredera de la Controladuría fue la nueva institución Defensoría del Pueblo.

4. Sesión plenaria 3/2/1998, Legislatura porteña.

5. El Escr. Antonio Cartaña ejerció el cargo de 1988 a 1998.

La impronta del control administrativo con sus denuncias de errores, faltas o incumplimientos de la administración municipal, fue incorporada al principio por la incipiente Defensoría a cargo de Alicia Oliveira (1998-2003), quien en poco tiempo le fue dando a la institución un perfil más acorde con la defensa de los derechos humanos, denuncia de los hechos violatorios de derechos y judicialización de los mismos.

Esta misma línea fue tomada luego por la siguiente conducción institucional, ejercida por quien escribe (diciembre 2003 a marzo 2014), pero agregándole nuevas temáticas, profundizando, ampliándose hacia la prevención, capacitación, difusión, relaciones y proyección institucional, pero además sustentando una nueva doctrina respecto de la naturaleza jurídica de las Defensorías del Pueblo en democracia y en el continente latinoamericano. Ya en el debate de la ley 3 había quedado explícita la postura revisionista respecto de la figura que aparecía importada de las monarquías europeas. Se perfiló con más vigor al tomar la titularidad de la función, y de esa conjunción entre la mirada revisionista latinoamericana y los paradigmas de Derechos Humanos surgió la Ponencia de Córdoba, elevada ante la Asamblea de todos los Defensores del Pueblo de la República Argentina (ADPRA).

Dicha ponencia rechazaba enfáticamente el término “Ombudsman” para los defensores, fundamentando en la vigencia de los derechos humanos, su promoción, prevención y protección, las principales tareas de la institución.

A partir de entonces se definieron lineamientos estratégicos que darían lugar a las políticas institucionales, y que pautaban hacer de la Defensoría:

- Una institución de garantías y protección de derechos como misión principal, custodia de los principios constitucionales y los Derechos Humanos.
- Una institución de calidad, con actualización permanente de sus cuadros a todo nivel.
- Una institución para la paz y la democracia, eludiendo confrontaciones no constructivas.
- Una institución de referencia para toda la sociedad y las otras instituciones gubernamentales o no gubernamentales.
- Una institución de formación y actualización del Derecho Público.
- Una institución moderna con la mejor tecnología y capacidad anticipatoria.

Se agregaron a tales lineamientos los paradigmas de opción por los más vulnerables, métodos alternativos para el abordaje de la conflictividad, prevención de conflictos y ampliación de derechos. Y la consigna de que “puesto que la institución carece del poder coercitivo, su poder debe radicar en el prestigio, y este se logra diagnosticando correctamente cada conflicto y fundamentando cada escrito con calidad profesional que resulte irrefutable”.

Para ello todos los profesionales debían actualizarse, aceptar las normas ISO y conocer cada realidad y sus demandas, facilitando la institución con becas externas y seminarios internos el perfeccionamiento de todos y cada uno de ellos.

## 7. Conclusiones

Las defensorías del pueblo son organismos unipersonales. Esto es una ventaja cuando la designación recae en un profesional con trayectoria y conocimiento de los derechos, y –tal como requerían los constituyentes del 94– alguien “con fuertes convicciones en los derechos humanos”. Pero la unipersonalidad también es un límite, pues no incluye la interdisciplina, transversalidad, democracia interna, sino un único decisor con un batallón de profesionales y administrativos escalonados en jerarquías. Esa estructura no favorece el crecimiento conjunto, ni la riqueza de la pluralidad.

Los límites de la “unipersona” son, muchas veces, límites para la institución. Esta particularidad, que viene heredada de los ancestrales ombudsmen de las monarquías europeas, se introdujo en nuestro derecho y perdura a contrapelo del sistema de las democracias latinoamericanas de trabajar en equipo, en comunidad, con participación activa y diversidad de opiniones. Y para complicar aún más la contradicción entre institución unipersonal y democracia interna, se agregó en la mayoría de las leyes orgánicas de las defensorías, la figura de las adjuntías. La naturaleza jurídica de estas últimas es confusa, y por ello suele resultar conflictiva.

Vale aclarar que la creación de adjuntías responde más a razones políticas –para alcanzar la mayoría especial– que a razones jurídicas o de funcionamiento para caso de ausencia, enfermedad o muerte del titular.

En pocos años, las Defensorías del pueblo se han diseminado por todo el continente al igual que en Argentina. Ello generó la Asociación de Defensorías de la República Argentina (ADPRA) y una amplia red iberoamericana de defensores nacionales, estatales o instituciones análogas están

agrupadas en la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO) que incluso admite en su seno a las defensorías municipales, sin importar las diferentes nominaciones para la función, como procuradores, comisionados, ouvidores, etc.

Cualquiera sea su denominación, lo que importa es que un Defensor del Pueblo, Procurador u Ombudsman será siempre el funcionario con más proximidad y acceso para la comunidad, electo para proteger los derechos y que –cuando cumple acabadamente su misión– fortalece el sistema democrático.

### **Bibliografía**

- Maiorano, J. L., *El Ombudsman*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, Segunda edición, 1999.
- Ramírez, S. (comp.), *La Defensoría del Pueblo en Argentina*, Buenos Aires, Edición INECIP, 2012.
- Constenla, C. R. (comp.), *Defensorías del Pueblo y Ouvidorías en Iberoamérica*, Brasil, Editora Universitaria UFPB, 2012.
- *Teoría y Práctica del Defensor del Pueblo*, Buenos Aires, Zavallía, 2010.
- Convención Nacional Constituyente, versiones taquigráficas <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>.



# El federalismo unitario argentino (1994-2014)

*Andrés Gil Domínguez\**

## **Resumen**

Este artículo propone analizar a qué tipo de federalismo apuntó la reforma constitucional de 1994 y cuáles son los resultados concretos que pueden observarse en la actualidad. La primera sección está destinada a repasar diferentes concepciones del federalismo que fueron impulsadas desde los orígenes de nuestra nación y en la Constitución Nacional de 1853-1860. En la segunda parte, tomando como indicadores la autonomía política, la autonomía normativa y la autonomía económica-financiera de los sujetos federados, se examina con detalle el diseño constitucional normativo y la práctica efectiva del modelo federal a partir de 1994, constatándose tanto la existencia de diseños precisos y prácticas anómicas irreversibles, como de diseños imprecisos que en culturas anómicas posibilitan la degradación de legítimos objetivos en torno al fortalecimiento del sistema federal. El tercer apartado se concentra en el estudio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como nuevo sujeto federal plenamente autónomo, cuya naturaleza jurídica se bifurca en dos etapas: una de carácter transitorio, en la que sus potestades se asemejan a las de las provincias, y una definitiva, en la que las iguala.

## **Abstract**

This article analyses the type of federalism proposed by the 1994 constitutional reform and its concrete results that can be observed to the date.

\* Abogado (UBA), Doctor en Derecho (UBA), Posdoctor en Derecho (UBA), Profesor Titular de Derecho Constitucional (UBA y UNLPam), Profesor de Doctorado (Universidad de Salamanca); andresgildominguez@derecho.uba.ar.

The first section reviews the different conceptions of federalism that were promoted since the origins of our nation and in the 1853-1860 National Constitution. In the second part, the political autonomy, normative autonomy and economic-financial autonomy of the federated subjects are taken as relevant indications in order to conduct a detailed examination of the normative constitutional design and of the effective practice concerning the federal system since 1994. Thus, it is possible to corroborate the existence of precise designs and irreversible lawless practices, as well as imprecise designs that, in the context of an a-nomical culture, enables the degradation of legitimate goals concerning the enhancement of the federal system. The third section studies the City of Buenos Aires as a new and completely autonomous federal subject, with a legal nature that can be understood in two phases: a temporal one, in which its powers resemble those of provinces, and a definitive one, in which they are leveled.

## **I. Federalismo(s) argentino**

A lo largo de nuestra historia, el federalismo como significante ha tenido varios significados aunque en la práctica siempre existió una tendencia unitaria y centralista. Es que hemos estado signados por unitarios-unitarios, federales-unitarios, dictadores-unitarios y demócratas-unitarios, pero pocas veces, por federales-federales.

Uno de estos significados fue el “federalismo confederativo con pacto recíproco” de Artigas configurado por una estrecha e indisoluble confederación ofensiva y defensiva, donde todas las provincias tenían igual dignidad y privilegios, retenían su independencia, poder, jurisdicción y derechos y podían levantar sus ejércitos para defender su libertad.<sup>1</sup>

Otro fue el “federalismo de espíritu jeffersoniano” que proponía Dorrego cuyo principio era limitar el poder central para preservar la autonomía de los estados y la igualdad entre ellos, y evitar de esta manera el despotismo de una autoridad muy fuerte. El gobierno federal y los estados eran soberanos e iguales entre ellos, aunque el primero tenía la supremacía en las cuestiones que les correspondían y los estados no podían oponerse ni anular

1. O'Donnell, Pacho, *Artigas. La versión popular de la revolución de Mayo*, Aguilar, Buenos Aires, 2011, pp. 97-103.

una ley nacional. Para Dorrego: "...bajo el sistema federal todas las ruedas ruedan a la par de la rueda grande" y la libertad sólo podía asegurarse en comunidades pequeñas que evitaran la corrupción y la dependencia.<sup>2</sup> Dorrego también proponía la creación de regiones con el objeto de que tuvieran la suficiente población, riqueza e instrucción necesaria para hacer viable un real sistema federal.

La "federación unitaria" o "unidad federativa" propuesta por Alberdi en las *Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina* tenía como plataforma la república representativa y federal con un régimen presidencial vigorizado y predominante que se observaba en algunas de las siguientes instituciones: a) las constituciones provinciales podían ser revisadas por el Congreso antes de su vigencia; b) los códigos de fondo era potestad exclusiva del Congreso federal; c) el Senado era Cámara de origen de los proyectos de reforma constitucional; d) habilitaba la delegación legislativa a favor del Ejecutivo, e) no establecía la figura del Vicepresidente; e) sólo se podía enjuiciar políticamente al Ejecutivo al año siguiente de vencido su mandato; f) se eliminaba la Aduana por 20 años y se propiciaba el endeudamiento con el capital extranjero.

La República Federal Argentina de la Constitución de 1853 siguió en gran medida la propuesta de Alberdi, aunque con importantes modificaciones en lo atinente a la conformación del Poder Ejecutivo y la estructuración del orden económico-financiero.<sup>3</sup>

La conclusión o cierre del poder constituyente originario acaecido en 1860 generó algunas modificaciones en torno al modelo federal de 1853 en los siguientes puntos: a) se dejó sin efecto la revisión de las constituciones provinciales; b) se suprimió que el Senado fuera Cámara de origen de los proyectos de reforma constitucional; c) se suprimió el juicio político a los gobernadores de provincia como facultad del Congreso; d) se estableció la intervención federal reconstructiva; e) se prohibió al Congreso restringir la libertad de imprenta o establecer sobre ella la jurisdicción federal.

2. Di Meglio, Gabriel, *Manuel Dorrego. Vida y muerte de un líder popular*, Edhasa, Buenos Aires, 2014, pp. 265-270.

3. Iriarte, Luis, "La reconstrucción del federalismo argentino", *La Ley* 2010-C-951. También ver Pancallo D'Agostino, Martín R., "Federalismo de concertación hacia una regionalización", *La Ley* 2010-C-944.

La reforma constitucional de 1994 supuestamente tuvo como objeto fortalecer el régimen federal (punto A del temario libre habilitado por la ley 24.309) en temas tales como: a) la distribución de competencias entre la nación y las provincias respecto de la prestación de servicios y en materia de gastos y recursos estableciendo un régimen de coparticipación; b) la creación de regiones para el desarrollo económico social; c) la jurisdicción provincial en establecimientos de utilidad nacional; d) la habilitación a las provincias para que realicen gestiones internacionales en tanto no afecten las correspondientes facultades del Gobierno Federal, no sean incompatibles con la política exterior que este conduce ni implique la celebración de tratados internacionales. También varios puntos consignados en el núcleo de coincidencias básicas impactaron directamente en la configuración del modelo federal argentino: la intervención federal, la elección directa por doble vuelta del Presidente y Vicepresidente, la elección directa de tres senadores (dos por la mayoría y uno por la minoría) por cada provincia y por la Ciudad de Buenos Aires, la elección directa del intendente y la reforma de la Ciudad de Buenos Aires. Por último, en el temario abierto se propuso otro punto de alto impacto federal, la autonomía municipal.

Quizá a veinte años de la Convención Constituyente, un buen ejercicio analítico consista en intentar analizar a cuál federalismo(s) apuntó la reforma constitucional de 1994 y cuáles son los resultados concretos que se observan en la actualidad (especialmente en la tutela y eficacia del sistema de derechos).

## **II. La reforma de 1994: ¿fortalecimiento real del federalismo?**

Los indicadores que permiten medir la intensidad de desarrollo de un sistema federal son la *autonomía política*, la *autonomía normativa* y la *autonomía económico-financiera* de los sujetos federados (“las ruedas” en las palabras de Dorrego).

Otro elemento necesario es la constatación que puede realizarse entre ingeniería o diseño constitucional normativo y práctica efectiva del modelo federal. Es posible encontrarse con diseños muy precisos y prácticas anómicas irreversibles, o bien, con diseños más imprecisos que en culturas anómicas posibilitan la degradación de legítimos objetivos propuestos en torno al fortalecimiento del sistema federal.

En la reforma constitucional de 1994 se observa una combinación de ambos supuestos.

Los objetivos que persigue el federalismo argentino se encuentran presentes en el art. 75 incisos 18 y 19, cuando se establece como una atribución-obligación del Congreso proveer al adelanto y bienestar de todas las provincias, así como también el crecimiento armónico de la Nación promoviendo políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Estos objetivos se enlazan directamente con el sistema de derechos del modelo constitucional y convencional argentino (conformado por los derechos fundamentales y los derechos humanos) y su efectiva concretización. El sistema federal argentino dejó de ser una forma de estado o una distribución territorial y política del poder para convertirse en una garantía de los derechos. En la medida en que no entendamos esto difícilmente podamos realizar un análisis conceptual realista de la reforma constitucional de 1994 en materia federal.

En términos de ampliación de la autonomía política, la reforma estableció varios aspectos positivos desde el diseño constitucional.

Las provincias siguen conservando todo el poder no delegado al Gobierno federal por la Constitución argentina, se dan sus propias instituciones locales, dictan su Constitución y eligen a sus propias autoridades (art. 121, 122 y 123). En ejercicio de dichas atribuciones pueden:

- Crear regiones para el desarrollo económico y social estableciendo los órganos pertinentes con facultades para el cumplimiento de los fines que se establezcan (art. 124).
- Celebrar convenios internacionales con conocimiento del Congreso en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o al crédito público de la Nación (art. 124).
- Conservar organismos de seguridad social para empleos públicos y los profesionales (art. 125).
- Promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura (art. 125).
- Los municipios tienen garantizada su autonomía en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero (art. 123)<sup>4</sup> y la Ciudad

4. Ábalos, María Gabriela, "Autonomía municipal e integración asociativa local", *La Ley* 2010-C-932.

de Buenos Aires tiene un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción y un jefe de gobierno elegido directamente por el pueblo de la Ciudad (art. 129).

- Ejercer el poder de policía e imposición en los establecimientos de utilidad nacional en tanto no interfieran con sus fines específicos (art. 75 inc. 30).
- Dictar las normas complementarias en materia ambiental de forma concurrente con el Estado federal (art. 41).

También es relevante que en la intervención federal a las provincias y la Ciudad de Buenos Aires dictada por el Poder Ejecutivo, la reforma constitucional estableció que si el Congreso está en receso el Ejecutivo debe convocarlo simultáneamente para el tratamiento inmediato de la cuestión (art. 99 inc. 20).

Como aspectos regresivos, se observan la elección directa del Presidente y Vicepresidente en distrito único con un sistema de doble vuelta criollo que en la actualidad potencia electoralmente a los cinco mayores distritos en detrimento del resto de los electores del país (arts. 94 a 98) y la elección directa de los tres senadores por cada provincia titularizada por los partidos políticos que obtengan la mayor cantidad de votos que impone la estructura de los partidos nacionales en menoscabo de los casi extinguidos partidos federales provinciales (art. 54).

En términos de ampliación de autonomía normativa, la reforma no introdujo ningún cambio significativo, puesto que mantuvo como potestad exclusiva del Congreso dictar los códigos de fondo (art. 75 inciso 12) de manera uniforme para todas las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta manera, se perdió una oportunidad histórica de debatir sobre la resignificación efectiva de la autonomía normativa emergente de un federalismo sustancial que reconoce en los sujetos federados la capacidad de dictar los códigos de fondo en cuerpos unificados o separados.

En términos de ampliación de la autarquía financiera, la reforma incorporó cláusulas afirmativas de un federalismo autonómico, pero también configuró un sistema financiero regresivo, unitario y centralista destructivo de la autonomía política.

Entre las primeras, se destaca el reconocimiento del dominio originario de los recursos naturales existentes en los territorios de las provincias

(art 124), aunque en la facticidad, se imponga una postura unitaria y centralista como sucede actualmente con el proyecto de ley de hidrocarburos.

Entre las segundas, el régimen de coparticipación federal de las contribuciones directas e indirectas y la instrumentalización de una ley convenio sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, que primero tendrá que ser sancionada por el Congreso (con el senado como Cámara de origen) y luego aprobada por las provincias (art. 75 inciso 2) en un plazo no mayor a la finalización del año 1996 (cláusula transitoria sexta).<sup>5</sup>

Este último configura un retroceso notable para el federalismo financiero, porque cristaliza a nivel constitucional un sistema centralista y unitario que priva de todo contenido a la autonomía política. El sistema instaurado por los Convencionales Constituyentes hace de la Argentina el país menos federal entre las naciones federales, y paradójicamente, también el menos federal en comparación con muchas naciones unitarias, de forma tal, que se acentuaron las tendencias políticas hegemónicas previas a la reforma constitucional generando: a) cortoplacismo; b) menor competitividad, producción y exportaciones; c) menor valor agregado; d) menor responsabilidad fiscal; e) menor desarrollo humano y menos equidad regional; f) búsqueda de hegemonía política en vez de desarrollo democrático de las instituciones.<sup>6</sup>

Quizás sea paradójico recordar que la fallida Constitución unitaria de 1826 preveía que los impuestos directos eran un recurso propio de las provincias.

Si tomamos como indicadores la generación del Producto Bruto Interno, la canalización de la inversión privada, el origen de las exportaciones y la concentración del poder económico y de la infraestructura, no suena irrisorio, como un dato objetivo preocupante, que dentro del radio de 500 kilómetros a partir de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se concentra el 80% de la riqueza argentina y que el 20% se asienta en el resto del país.<sup>7</sup>

5. Vanossi, Jorge Reinaldo, "Federalismo fiscal argentino. Aspectos constitucionales", *La Ley* 2013-F-1157.

6. Llach, Juan José, *Federales & unitarios en el siglo XXI*, Temas, Buenos Aires, 2013, pp. 118-22. También ver Lousteau, Martín, *Hacia un federalismo solidario. La coparticipación y el sistema previsional: una propuesta económica desde la economía y la política*, Temas, Buenos Aires, 2003.

7. Hernández, Antonio María, *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires*, Depalma, Buenos Aires, 1997, y "20 propuestas para fortalecer el federalismo argentino", *La Ley* 2014-D-847.

Si bien pueden haber sido loables los propósitos de los Convencionales Constituyentes, lo cierto es que el sistema de coparticipación de impuestos internos vació de todo contenido la autonomía política de las provincias produciendo una perversa desviación de la democracia constitucional y propiciando regímenes con tendencias hegemónicas. Es que en la Argentina no existe la filantropía política, menos aún, cuando el diseño constitucional permite esta clase de desvíos. Por ende, no habrá un real federalismo fiscal hasta tanto no reconstruyamos un sistema impositivo de doble fuente que le permita a las provincias y la Ciudad de Buenos Aires ejercer plenamente la autonomía política y responder frente a su electorado por ello.

La avidez de recursos por parte de las provincias y los municipios producto de este sistema hace que permanentemente “inventen” impuestos locales de toda clase y naturaleza (que impactan en la producción de bienes y servicios y en la generación de empleo) a efectos de poder recaudar recursos propios generando de esta manera un sistema de doble fuente implícito y desbocado.

### **III. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires como nuevo sujeto federal**

El artículo 129 de la Constitución argentina sostiene: “La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la Ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado Nacional, mientras la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación. En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones”.

La Constitución argentina estableció, a partir de la reforma acaecida en el año 1994, que la Ciudad de Buenos Aires es autónoma con facultades propias de legislación y jurisdicción con un Jefe de Gobierno elegido directamente por su pueblo. También instituyó que los habitantes de la Ciudad, mediante los representantes votados a tal efecto, dictaran un Estatuto Organizativo sin límite alguno (salvo el que establece como piso mínimo la Constitución argentina para los órdenes infrafederales).

La regla establecida por los Convencionales Constituyentes fue un territorio autónomo con un Poder Legislativo, un Poder Ejecutivo y un Poder Judicial regidos por una Constitución local. Por ende, dentro de la silueta federal, la Ciudad de Buenos Aires ocupa el mismo lugar que las provincias.<sup>8</sup> De no ser así, sus habitantes, por el solo hecho de vivir en el territorio autónomo, no tendrían los mismos derechos fundamentales ni podrían acceder a similares procedimientos deliberativos e institucionales que los que gozan los habitantes de las provincias, lo cual generaría una situación de discriminación política injustificable en términos constitucionales. A esta altura de los tiempos históricos, discutir el estatus de la Ciudad de Buenos Aires es una cuestión bizantina; no sólo por las facultades que la propia Constitución le reconoce en igualdad de condiciones con las provincias (donde se destaca primordialmente la representación senatorial), sino porque debido a su importancia política, económica, social y cultural forma parte de la fisiología de la República Argentina.

Mucho se ha discutido en torno a la naturaleza jurídica de la Ciudad de Buenos Aires,<sup>9</sup> pero como una primera aproximación podemos sostener que la consecuencia inmediata de la autonomía consiste en la existencia de un Estado (integrado por una población, un territorio, el poder y el gobierno) que organiza el poder diversificándolo en tres departamentos (ejecutivo, legislativo y judicial) bajo la impronta de un Estatuto Organizativo o Constitución. A esto se suma que a la Ciudad de Buenos Aires se le reconocen idénticas potestades que a las provincias, especialmente la representación en el Senado de la Nación (Cámara que en teoría tutela los intereses de las provincias), la cual permanecerá inalterable aunque la Capital Federal se mude a otro territorio.

Una primera diferencia existente entre la Ciudad de Buenos Aires y las provincias surge del entramado geográfico: las provincias combinan urbanidad y extensiones campestres, la Ciudad es toda urbanidad.

La segunda distinción proviene de dos “omisiones normativas constitucionales” que son interpretadas como límites negativos respecto del pleno ejercicio de las facultades reconocidas a la Ciudad por la reforma de 1994,

8. Gil Domínguez, Andrés, *La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, un recorrido crítico*, EUDEBA, Buenos Aires, 1997.

9. *Ib.*, p. 98.

a saber: a) el artículo 75, inciso 2, cuando se refiere a la imposición y recaudación de las contribuciones directas e indirectas (pero sí la menciona expresamente cuando se refiere a la distribución), b) el artículo 75, inciso 12, cuando establece que la aplicación de los Códigos de fondo corresponderá a los tribunales federales o provinciales (sin mencionar expresamente a la Ciudad de Buenos Aires).

La Ciudad de Buenos Aires es plenamente autónoma y en sus potestades se asemeja (no iguala) a las provincias. Cuando el art. 129 habla de facultades propias de legislación y jurisdicción, dichas atribuciones son equivalentes a las de las provincias para no romper el equilibrio federativo que debe gobernar todo el sistema. Si la Ciudad integra el Senado y comparte con las provincias distintas potestades es porque forma parte del sistema federal argentino. ¿Cómo podría sostenerse con fundamento suficiente que las potestades legislativas y jurisdiccionales de los miembros de la federación pueden ser diferentes? ¿En algún caso la ley del Congreso que dispuso crear una nueva provincia lo hizo a partir de consideraciones desigualitarias con respecto a las existentes?

Cuando el art. 129 menciona que una ley garantizará los intereses del Estado nacional, la ley sólo debe ocuparse del ámbito territorial donde funcionen los poderes del Estado nacional, así como también lo puede hacer valer en el ámbito de los establecimientos de utilidad nacional en la medida que fuera necesaria (art. 75, inc. 30, de la Constitución argentina). Todo exceso en el desarrollo legislativo implica una invasión en la órbita autonómica de la Ciudad de Buenos Aires y está viciado de inconstitucionalidad.

La naturaleza jurídica de la Ciudad de Buenos Aires se bifurca en dos etapas:

- La primera, de *carácter transitorio*, en donde la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es una ciudad-estado plenamente autónoma y en sus potestades se asemeja (no iguala) a las provincias. En este sentido, la cláusula transitoria segunda de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires enuncia: “Las disposiciones de la presente Constitución que no puedan entrar en vigor en razón de limitaciones de hecho impuestas por la ley 24.588, no tendrán aplicación hasta que una reforma legislativa o los tribunales competentes habiliten su vigencia”.
- La segunda, de *carácter definitivo*, en donde la Ciudad se iguala a las provincias tal como lo expresa el artículo 1 “*in fine*” de la Constitución

de la Ciudad, al establecer que “ejerce todo el poder no conferido por la Constitución Nacional al Gobierno Federal”.

El alcance de la fórmula gramatical expuesta puede ser interpretado en dos sentidos: a) ejerce solamente todo poder que la Constitución Nacional otorgó expresamente a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; b) ejerce todo poder que no esté expresamente prohibido por la Constitución Nacional. La segunda propuesta es aquella que mayor garantía otorga a la autonomía plena de la Ciudad y a los derechos de sus habitantes. La interpretación enunciada también se proyecta a los alcances de las facultades propias de legislación y jurisdicción.

En nuestro sistema constitucional, la autonomía implica la existencia de una esfera infranqueable, dentro de la cual un determinado nivel de descentralización política de un sistema prelatorio ejercerá potestades (originarias o asignadas) sin ninguna clase de obstrucción de los demás niveles.

Luego de la reforma constitucional, el paradigma de Estado federal adoptado por la República Argentina consiste *en un complejo sistema de descentralización política con distintos niveles jerárquicos y determinadas competencias difuminadas en el mismo, que están en permanente interrelación.*

En el Estado federal argentino, la autonomía funciona como parámetro prelatorio para establecer los límites de cada nivel. La ecuación política que surge es: *a mayor grado de autonomía y menor sujeción heterónoma, mayor jerarquía.* Por lo tanto, después de la reforma constitucional de 1994, la silueta federal quedó constituida de la siguiente manera:

- Estado federal.
- Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Municipios.

El artículo 129 deja fuera de toda duda que la Ciudad de Buenos Aires es un sujeto de la relación federal que ofrece notas peculiares dentro del esquema federal argentino y que su gobierno autónomo titulariza facultades de legislación y jurisdicción, más las propias de la jefatura de gobierno.<sup>10</sup>

10. Bidart Campos, Germán J. y Gil Domínguez, Andrés, “La competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia y la Ciudad de Buenos Aires”, *La Ley* 2001-C-730.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no ha receptado ni desarrollado el concepto de autonomía consagrado en el artículo 129. En el fallo “Gauna” avaló la primera convocatoria a elecciones de Diputados de la Ciudad formulada por el Poder Ejecutivo Nacional bajo el argumento de que no cabe equiparar la autonomía de la Ciudad con la autonomía provincial. En las causas “Juan B. Cincunegui c. GCBA”, “Fisco Nacional s/ pedido de avocación” y “Rodríguez Héctor c. Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”, reafirmó que la Ciudad Autónoma no reviste el carácter de provincia.<sup>11</sup> En idéntico sentido se manifestó en la causa “GCBA c/ Provincia de Tierra del Fuego s/ cumplimiento de contrato y cobro de pesos” (con la disidencia de Zaffaroni y Argibay). Lamentablemente, por un capricho pretoriano, la Corte Suprema de Justicia sigue desconociendo el carácter de sujeto aforado de la Ciudad de Buenos Aires.

En el año 1996, se sancionó la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Contiene una parte de derechos, garantías y políticas especiales y otra sobre la organización del poder. Configura un ejemplo de una Constitución moderna y garantista, con varios institutos inéditos en el derecho comparado. A esto se suma un cuerpo de leyes notables, precisas y abarcativas que configuran un ejemplo normativo de avanzada en diversos temas (algunos de ellos muy controversiales). En síntesis, el paradigma de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es un ejemplo de institucionalidad normativa notable digno de ser estudiado y divulgado.

#### **IV. A modo de conclusión**

A veinte años de la reforma constitucional, lo que predomina es un sistema federal unitario más centralista que muchos sistemas unitarios. Muchas veces por la práctica anómica, otras por un diseño constitucional defectuoso y basado en una filantropía política inexistente en nuestros contextos históricos.

Quizá algún día podamos avizorar que una de las causas de nuestra decadencia institucional tiene como sostén que estamos lejos de ser un Estado federal, con prácticas federales y con tutela de derechos federal.

11. *Ib.*

## **Bibliografía**

- Ábalos, María Gabriela, “Autonomía municipal e integración asociativa local”, *La Ley* 2010-C-932.
- Hernández, Antonio María, *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires*, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- “20 propuestas para fortalecer el federalismo argentino”, *La Ley* 2014-D-847.
- Llach, Juan José, *Federales & unitarios en el siglo XXI*, Temas, Buenos Aires, 2013.
- Bidart Campos, Germán J. y Gil Domínguez, Andrés, “La competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia y la Ciudad de Buenos Aires”, *La Ley* 2001-C-730.
- Di Meglio, Gabriel, *Manuel Dorrego. Vida y muerte de un líder popular*, Edhasa, Buenos Aires, 2014, pp. 265-270.
- Gil Domínguez, Andrés, *La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, un recorrido crítico*, EUDEBA, Buenos Aires, 1997.
- Iriarte, Luis, “La reconstrucción del federalismo argentino”, *La Ley* 2010-C-951.
- Lousteau, Martín, *Hacia un federalismo solidario. La coparticipación y el sistema previsional: una propuesta económica desde la economía y la política*, Temas, Buenos Aires, 2003.
- O’Donnell, Pacho, *Artigas. La versión popular de la revolución de Mayo*, Aguilar, Buenos Aires, 2011, pp. 97-103.
- Pancallo D’Agostino, Martín R., “Federalismo de concertación hacia una regionalización”, *La Ley* 2010-C-944.
- Vanossi, Jorge Reinaldo, “Federalismo fiscal argentino. Aspectos constitucionales”, *La Ley* 2013-F-1157.



# La Corte Suprema y el alcance de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana 1994-2014

*Susana Albanese\**

## **Resumen**

Este artículo parte de la base de que los órganos internacionales establecidos por los tratados internacionales de derechos humanos pueden reconocer la expansión del derecho internacional de los derechos humanos a través de las interpretaciones de las cláusulas convencionales en las circunstancias en que deban ser aplicadas. En función de ello, se propone un análisis de los lineamientos generales que ha adoptado la Corte Suprema de Justicia de la Nación y que resultan relevantes para entender el valor otorgado a las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. A través del examen de cinco casos emblemáticos posteriores a la reforma constitucional de 1994 (Giroldi, Bramajo, Estévez, Acosta y Carranza Latrubesse) es posible advertir las variaciones en la interpretación del máximo tribunal, así como la necesidad de consolidar una posición que se centre en la protección de la persona humana.

## **Abstract**

The starting point of this article is that international bodies created by international human rights treaties may recognize the expansion of in-

\* Profesora Titular Consulta, Facultad de Derecho, (UBA). Ha dictado cursos de posgrado en distintas Universidades. Ha integrado jurados de tesis de Maestría, para selección de jueces y en distintos certámenes.

ternational human rights law through their interpretations of conventional provisions when applied to specific circumstances. By taking this into account, the paper presents an analysis of the general guidelines adopted by the National Supreme Court of Justice, which are relevant to understand the value conferred to the recommendations issued by the Inter-American Commission on Human Rights. Through the examination of five emblematic cases after the 1994 constitutional reform (Giroldi, Bramajo, Estévez, Acosta and Carranza Latrubesse) it is possible to perceive the variations in the interpretation of the supreme tribunal, as well as the need to strengthen a position which is focused on the protection of human beings.

## I. Introducción

Después de la reforma constitucional de 1994 en virtud de la cual determinados instrumentos internacionales de derechos humanos adquirieron jerarquía constitucional, resulta interesante destacar la interpretación que de ellos llevó a cabo la Corte Suprema (en adelante, CS), incluyendo las atribuciones de los órganos internacionales, teniendo en cuenta la necesidad de la búsqueda del efecto útil de los sistemas internacionales de derechos humanos y la importancia de la conformación del diálogo interjurisdiccional que ha adquirido una destacada trascendencia en los últimos tiempos.<sup>1</sup>

La reforma constitucional de 1994 ha dejado la posibilidad de que en el futuro otros tratados internacionales de la misma naturaleza adquieran esa jerarquía, cláusula que ya se ha aplicado, demostrando en toda su magnitud las amplias proyecciones establecidas para que el legislador pueda utilizarlas de acuerdo con las exigencias que emergen de la sociedad. Al mismo tiempo, se han fijado mayorías especiales para denunciar los tratados enunciados en el artículo 75.22 de la Constitución.

Asimismo, como una derivación implícita, en la reforma constitucional de 1994 se ha reconocido la misma jerarquía constitucional a los tratados que regulan derechos civiles y políticos con los que establecen derechos económicos, sociales y culturales, congruente con los documentos internacionales

1. El protocolo 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos constituye uno de los últimos documentos al respecto, ver, Albanese, S., “Diálogo entre Cortes”, *La Ley*, 2014-E, 29 de agosto de 2014.

de diversa naturaleza como las Declaraciones Universal y Americana, los Preámbulos de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales, todos ellos con jerarquía constitucional, además del Protocolo de San Salvador, la Declaración y Programa de Acción de Viena, el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros documentos.<sup>2</sup>

## **II. Obligación de respetar los derechos**

Corresponde señalar que los tratados internacionales de derechos humanos, en general, regulan algunos derechos y garantías receptados en el ámbito interno, o bien la costumbre, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, de manera tal que, desde esta perspectiva, sus normas no constituyen frecuentemente áreas de reconocimiento de nuevos derechos y garantías. Se trata de la consolidación de derechos y garantías mínimos que los Estados se comprometen a respetar y a garantizar. Sin embargo, si no estuviesen garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados asumen la obligación de adoptar las medidas que fuesen necesarias para hacer efectivos esos derechos y garantías.

El deber general del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) implica la adopción de medidas en dos vertientes, de acuerdo con la Corte Interamericana (en adelante, Corte IDH),<sup>3</sup> por una parte, la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la CADH, por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

Las manifestaciones precedentes, tendientes a afianzar ciertos derechos y garantías mínimos por intermedio de determinados sistemas internacionales, no impiden ni excluyen reconocer la expansión del derecho internacional de los derechos humanos a través de las interpretaciones de las cláusulas convencionales por parte de los órganos internacionales

2. Albanese, S., *El alcance de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el plano de las Observaciones Generales*, Ediar, Buenos Aires, 2013, texto del protocolo facultativo, pp. 321 a 334.

3. Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, 30 de mayo de 1999, párr. 207.

competentes que responden a las circunstancias en las que deben ser aplicadas; entre ellas, el factor tiempo ocupa un lugar destacado.

La obligación que asumen los Estados de respetar y garantizar los derechos convencionales es la verdaderamente esencial del sistema de la CADH, obligación internacional que se encuentra por encima de las vicisitudes de sus ordenamientos internos.<sup>4</sup>

El derecho de petición individual constituye una cláusula de importancia central en la estructura del sistema internacional de los derechos humanos; Cançado Trindade la calificó de “cláusula pétrea” de los tratados, sosteniendo que “...abriga la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional...”.<sup>5</sup> Por ello, el rol de los órganos internacionales deviene esencial para articular el cumplimiento efectivo de los tratados.

### **III. El alcance de las recomendaciones de la CIDH en el plano interno**

*El cambio interpretativo de la CS con respecto a las Recomendaciones de la CIDH, principalmente en el marco del artículo 51.2 de la Convención Americana*

Nos interesa destacar la modificación de perspectivas conceptuales de la CS no sólo ante la solicitud expresa de la aplicación de las *recomendaciones* de la Comisión Interamericana (en adelante CIDH), sino al recurrir a ellas en sus fundamentos, o al omitirlas, con excepción de algún voto concurrente, en los veinte años de vigencia de la reforma constitucional. Por una parte, para demostrar el avance producido en el funcionamiento de los sistemas internacionales de control internacional, no siempre lineal. Por otra

4. Opinión separada del juez R. E. Piza Escalante, Corte IDH, *Exigibilidad del Derecho de rectificación o respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la CADH), Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986.

5. Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Excepciones Preliminares, 4 de septiembre de 1998, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, p. 35. La CS, en *Carranza Latrubesse*, presentado a continuación –III/A/5–, recoge la importancia de la petición individual en el considerando 18, en el voto de los jueces Fayt y Zaffaroni, así, se transcriben estos conceptos de Cançado Trindade, citando al respecto: Corte IDH, OC-17/02, 28 de agosto de 2002, voto concurrente, p. 22.

parte, para destacar el paso del tiempo como artesano de cambios. Los casos elegidos al respecto ilustran estas palabras.

#### *A. Algunas posiciones de la CS*

Se subrayarán los lineamientos generales de la CS en algunos casos emblemáticos, después de la reforma constitucional, destacando una variación de interpretaciones que concurren al acercamiento y/o alejamiento de la exteriorización del ejercicio de la competencia de uno de los órganos de la Organización de Estados Americanos.

Debemos recordar que la CADH establece que tanto la CIDH como la Corte IDH “...son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de esta Convención”.<sup>6</sup>

También es preciso detallar que aquellos Estados, como Argentina, que además de haber ratificado la CADH, reconocieron la competencia de la Corte IDH sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la CADH,<sup>7</sup> ante una denuncia,<sup>8</sup> la necesaria intervención de la CIDH con carácter previo a un eventual acceso a la Corte IDH torna evidente e indispensable que las decisiones que elabore la CIDH precisen su cumplimiento. De no ser así, el tránsito por la CIDH, que es requisito previo e ineludible para un posible y posterior acceso del caso a la Corte IDH, se convertiría en una etapa estéril y en un dispendio procesal sin eficacia.

##### *1. Caso Giroldi (artículo 8.2.h. CADH)<sup>9</sup>*

Si bien en el caso *Giroldi*, la CS no trata el alcance de las *recomendaciones* de la CIDH, a nuestros fines se debe señalar que ha reconocido la importancia de una disposición convencional, ausente en las normas internas ante ciertas situaciones puntuales: “...la reforma constitucional de 1994 ha conferido jerarquía constitucional a varios acuerdos internacionales, entre

6. Artículo 33 CADH.

7. Artículo 62 CADH.

8. Artículo 44 CADH.

9. C.S., *Giroldi, Horacio D. y otro*, 7 de abril de 1995.

ellos la CADH que, en su ya recordado art. 8.2.h dispone que toda persona inculpada de delito tiene derecho [...] de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

El máximo tribunal, al mencionar la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos sostiene que ha sido establecido por voluntad expresa del constituyente *en las condiciones de su vigencia*. Interpreta el alcance de estos términos de la siguiente manera: “Esto es tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”. Fundamentales términos para la conjunción del derecho vigente, que se coordinan con los que a continuación expone: “De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte IDH para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la CADH”.<sup>10</sup>

Bajo esta básica y reiterada decisión, la CS precisa a continuación que ella debe aplicar los tratados en los términos precedentes para evitar la responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. Nosotros consideramos que la responsabilidad la asume también y, esencialmente, frente a los habitantes que se encuentran bajo su jurisdicción.

La CS precisa que la Corte IDH afirmó que los Estados Partes deben “no solamente ‘respetar los derechos y libertades reconocidos en ella’, sino además ‘garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción’, destacando que garantizar implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención [...] Garantizar entraña asimismo el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.<sup>11</sup>

10. *Ibíd.*, consid. 11.

11. *Ibid.*, consid.12, cita Corte IDH, Opinión Consultiva OC 11/90, 10 de agosto de 1990, p. 34.

Por ello y en el caso concreto, el máximo tribunal de la judicatura argentina considera que la Cámara Nacional de Casación Penal en el ámbito de la justicia federal, cubre las exigencias convencionales de las garantías del debido proceso, debiendo declararse la invalidez constitucional de la limitación establecida en el art. 459 inc. 2 CPPN en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra la sentencia de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena.

En el fallo, la CS determinó la primacía de la norma convencional en beneficio del peticionario. Y esta posición debe ser destacada porque, en otros casos, otorgando primacía a la interpretación de un órgano internacional, no se resguardó el principio *pro personae*.

Podemos afirmar que la posición de la CS en el Caso Girolodi constituye un avance con respecto a la posición de la Corte IDH denominada Control de Convencionalidad en una de sus expresiones, consistente en establecer algunas pautas sobre la obligación de aplicar en el ámbito interno no sólo las convenciones de las que el Estado es parte, sino las interpretaciones que de sus normas llevaron a cabo los órganos internacionales con aptitud de obrar.<sup>12</sup>

12. Al respecto, ver los votos del juez Sergio García Ramírez en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 25 de noviembre de 2003, p. 27 y ss.; y en el *Caso Tibi vs. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004, p. 3 y ss. En el primero, para destacar la eficacia de la Corte IDH, rechaza la precariedad del reconocimiento de responsabilidad por parte de los Estados y señala que las actuaciones del tribunal deben ceñirse al “control de convencionalidad”, p. 27. En el segundo, avanza sobre el tema, llegando al Control de convencionalidad por parte de los tribunales internos. En primer lugar, niega el carácter de una nueva instancia en el conocimiento de la causa por parte del tribunal internacional, afirmando que su “... designio es otro: confrontar los actos y las situaciones generadas en el marco nacional con las estipulaciones de los tratados internacionales que confieren a la Corte competencia en asuntos contenciosos, señaladamente la CADH, para establecer, a partir de ahí, orientaciones que posean amplio valor indicativo para los Estados partes de la Convención, además de la eficacia perceptiva –carácter vinculante de la sentencia, como norma jurídica individualizada– que tienen para el Estado que figura como parte formal y material del proceso”, p. 2. En segundo lugar, y como desarrollo avanzado del punto anterior, apreciando tanto el control de constitucionalidad como el de convencionalidad, sostiene que “en las aspiraciones institucionales de la Corte IDH reside la idea de que los pronunciamientos del tribunal deban trasladarse, en la forma y términos que provea el derecho interno, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos...”, p. 6.

## 2. *Convergencias y divergencias* *Caso Bramajo (artículo 7.5 CADH)*<sup>13</sup>

En este sector, incorporamos las interpretaciones de la CS con respecto a las *recomendaciones* de la CIDH en el marco del artículo 51.2 de la CADH.

El término *recomendaciones* ha sido utilizado con vastedad en los instrumentos internacionales de diversa índole. En el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, en general, y en de las peticiones individuales, en particular, se entiende por *recomendación* la facultad que tiene un órgano internacional de requerir a un Estado la adopción de determinadas medidas, de acuerdo con los compromisos internacionales asumidos, en beneficio de las personas que se encuentran o se han encontrado bajo su jurisdicción.

En el campo de la CADH, los Informes de la CIDH son interpretaciones válidas de obligaciones libremente adquiridas por los Estados.

De acuerdo a los términos de los artículos 50 y 51 de la CADH, si una denuncia que siguió todo el procedimiento regulado en la CADH, en el Estatuto de la Comisión y en su Reglamento, no llegase a una solución amistosa entre las partes (denunciante y Estado) la CIDH elabora un Informe que se transmite a los Estados. Si en el plazo de tres meses, “el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte (IDH) por la Comisión o el Estado” la Comisión podrá emitir su opinión y conclusiones (art. 51.1 CADH). A continuación, se regula la disposición que ha dado lugar a disímiles interpretaciones.

Dice el artículo 51.2: “La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado *debe* tomar las medidas que le competen para remediar la situación examinada”.<sup>14</sup>

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados provee herramientas eficaces en torno a la interpretación de un tratado. En efecto, los artículos 31 y 32 establecen pautas precisas. Así, una interpretación de buena fe, de acuerdo al objeto y fin debe sostener que el cumplimiento de la recomendación dictada por la CIDH debería ser vinculante. Al respecto, sostuvo la CS en el caso *Carranza Latrubesse* en cuanto al alcance del término

13. CS, *Bramajo, H. J.*, 12 de septiembre de 1996.

14. El destacado es nuestro.

*debe*, que “...confiere a las recomendaciones un inequívoco significado obligatorio puesto en cabeza del sujeto a quien aquéllas (las recomendaciones) son dirigidas: el Estado...”<sup>15</sup>

Si un Estado, que ha reconocido la competencia de la Corte IDH, no concordase con las recomendaciones de la CIDH en la elaboración del Informe correspondiente ante una denuncia particular (art. 51.1 CADH) y de acuerdo al procedimiento establecido en la CADH, tiene la libertad de acudir a la Corte IDH.<sup>16</sup>

En cuanto al caso *Bramajo*, con posterioridad al caso *Giroldi*, la CS extendió el concepto expresado sobre el valor de la jurisprudencia de la Corte IDH, destacando que la posición de la CIDH debía servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales.

En efecto, la CS, después de interpretar el alcance de los términos de la reforma constitucional introducidos en el art. 75.22 “en las condiciones de su vigencia”, esto es “tal como la CADH efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales para su interpretación y aplicación”, reitera a continuación: “De ahí que la opinión de la CIDH debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquella para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana...” (consid. 8), citando al respecto la doctrina del Caso *Giroldi*.

El caso está vinculado con la interpretación del artículo 7.5 de la CADH en relación con la ley 24.390, que se autodefinió reglamentaria de la norma convencional citada, que establece un plazo de dos años con una prórroga de un año y otra de seis meses para los procesados que habiendo cumplido aquel lapso de detención en prisión preventiva no hubiesen sido juzgados en forma definitiva. Dispone que transcurrido el plazo mencionado se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión.

15. CS, *Caso Carranza Latrubesse*, 6 de agosto de 2013, consid.6.

16. Como bien señala el que fuera Presidente de la CIDH, “...hasta el momento, ningún Estado ha recurrido a la Corte IDH contra los Informes de la CIDH...”, H. Bicudo, “Cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH y de las recomendaciones de la CIDH”, *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, T. I, San José de Costa Rica, Corte IDH, 2001, p. 229 y ss.

Para sostener que la posición de la CIDH debe servir de guía, se tuvo en cuenta un Informe<sup>17</sup> que reconoció que Argentina no violó la norma convencional (art. 7.5 CADH) porque un Estado “no está obligado a fijar un plazo válido para todos los casos con independencia de sus circunstancias [...] quedando el concepto de plazo razonable sujeto a la apreciación de la gravedad de la infracción, en cuanto a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable”.

Tratando de develar las interpretaciones de los órganos competentes internacionales e internos, en el caso *Bramajo* se evaluó que el juez nacional puede apreciar de una manera determinada el texto de una norma de manera a complementarlo con aspectos vinculados a las circunstancias de la causa que nieguen el derecho solicitado, la libertad personal, por haber transcurrido un tiempo determinado en prisión y sin sentencia, omitiendo la ley reglamentaria.

Para cercar los argumentos, la CS ha recurrido a la doctrina de Fallos 302:1284 y la jurisprudencia citada, reiterando que “...aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia”.<sup>18</sup>

En este caso, la CS determinó que la norma interna –ley 24.390– no se adecua a la posición de la CIDH en la Resolución 17/89 al interpretar el alcance del artículo 7.5 de la CADH en el contexto de una denuncia anterior a la promulgación de la norma citada sobre el plazo razonable de detención sin juzgamiento.

De esta forma, la CS fundamenta su posición en una Recomendación de la CIDH emitida en el marco de una denuncia anterior, sosteniendo que debe servir de guía, como se informara precedentemente, más allá de la reglamentación interna de una norma convencional, que contribuía a la

17. CIDH, Resolución 17/89, Informe Caso 10.037, Argentina, 13 de abril de 1989.

18. Caso *Bramajo*, cit., consid. 14, tercer párrafo. Sobre la reiteración de algunas frases por parte de la CS, ver, Manili, Pablo L., “El perfil de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina”, en obra colectiva *Derecho Constitucional*, Errepar, Buenos Aires, 2014, pp. 246-251.

obtención de la libertad del denunciante, sin dejar de tener en cuenta por ello, las circunstancias del caso.

En compendio, la interpretación de la CIDH con respecto al artículo 7.5 de la CADH en el Informe citado por la CS establece pautas más restrictivas que el texto de la ley 24.390. No obstante, la CIDH, en un Informe posterior pondera la ley interna. A su vez, la CS sostiene que no desconoce las palabras de la ley sino que son interpretadas “a la luz del tratado con jerarquía constitucional”.

En el caso *Bramajo*, la CS extiende el Control de Convencionalidad proyectado en el caso *Girolodi* al ámbito de las decisiones de la CIDH, más allá del texto de la ley interna reglamentaria de la norma convencional.

### 3. Caso *Estévez* (artículos 7.5 CADH)<sup>19</sup>

La CS admite el recurso planteado al considerar la existencia de graves defectos en el pronunciamiento apelado, denegatorio de la excarcelación solicitada. En el caso, el recurrente se encontraba detenido durante más de cinco años sin sentencia firme, excediendo las pautas establecidas en la ley 24.390.

La CS no hace referencia a la CADH, tampoco a los Informes de la CIDH, sin embargo, corresponde señalar que en un Informe de la CIDH posterior al enunciado en el fallo *Bramajo*,<sup>20</sup> y citado en el voto del juez G. Bossert, la Comisión expresa su reconocimiento al gobierno de Argentina por el significativo avance logrado con la aprobación de la ley que establece límites a la duración de la prisión preventiva –ley 24.390– consistente con las normas de la CADH que garantiza el derecho a la libertad personal.<sup>21</sup>

La CIDH en el citado informe sostiene que “...ha mantenido siempre que para determinar si una detención es razonable se debe hacer, inevitablemente, un análisis del caso. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del

19. CS, *Estévez, José L.*, 3 de octubre de 1997.

20. CIDH, Informe 12/96, Caso 11.245, Jorge A. Giménez, Argentina, 1 de marzo de 1996. La CIDH interpreta el art. 7.5 de la CADH vinculándolo con el art. 8.1 y 8.2 de la Convención.

21. *Ibíd.*, p. 2 parte resolutive.

cual la detención sea considerada ilegítima *prima facie*, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso. Esta acción sería congruente con el principio de presunción de inocencia y con todos los otros derechos asociados al debido proceso legal...”.<sup>22</sup>

El voto del juez Bossert destaca el Informe de la CIDH recaído en la denuncia de Giménez, señalando que “...la presunción de inocencia se torna cada vez más vacía... cuando la detención previa al juicio es excesivamente prolongada dado que, a pesar de la presunción, se está privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados”.<sup>23</sup>

Las pautas procesales son debidamente valorizadas por la CIDH en el Informe recaído en el Caso 11.245, sin embargo, la CS omite seguir sus lineamientos pese a admitir el recurso planteado ante la existencia de graves defectos en el pronunciamiento bajo estudio, entre los que se destacan que “...negar el beneficio de la excarcelación por la sola referencia a la pena establecida por el delito por el que ha sido acusado y la condena anterior que registra, sin que precise cuales son las circunstancias concretas de la causa que permitieran presumir, fundadamente, que el mismo intentará burlar la acción de la justicia, no constituye fundamento válido de una decisión de los jueces que sólo trasunta la voluntad de denegar el beneficio solicitado”.<sup>24</sup>

Así como la CS, con respecto a la libertad personal, al principio de inocencia y al plazo razonable de prisión preventiva, ante las posiciones de la CIDH, renueva votos entre reconocimientos y omisiones, también la CIDH, teniendo en cuenta los informes mencionados, asume sobre el derecho de las personas detenidas “a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”, en términos del artículo 7.5 de la CADH, variadas interpretaciones.<sup>25</sup>

22. *Ibíd.*, p. 70.

23. CS, *Caso Estévez*, voto del juez G. Bossert, C. 19.

24. CS, *Caso Estévez*, C. 6.

25. CIDH, Resolución 17/89. Informe Caso 10.037, 13 de abril de 1989, e Informe N. 12/96 Caso 11.245, 1 de marzo de 1996.

4. *Caso Acosta (artículos 4, 5, 8.2.h., 25 CADH)*<sup>26</sup>

No obstante las interpretaciones destacadas, dos años después, la CS si bien manifiesta que tiene en cuenta su posición anterior, afirma que las recomendaciones de la CIDH no son "...decisiones vinculantes para el Poder Judicial".

Por lo tanto, de acuerdo a estos últimos términos transcritos, habría que admitir que la opinión de la Comisión debe servir de guía en materia de interpretación convencional, mas al no tener efecto vinculante, podría ser aplicada o no, según criterios interpretativos propios de la CS que se reservaría la atribución de evaluar normas convencionales, de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto. De ser así, esta posición entraría en colisión con el objeto y fin de los tratados de derechos humanos y con la fórmula del Control de Convencionalidad y el diálogo entre Cortes.

Retomamos algunos aspectos del control de convencionalidad, inserto como tema por la Corte IDH con posterioridad al caso que comentamos, pero sostenido y adelantado por la CS, en cierta medida, como fuera indicado precedentemente.

De esta forma, el destacado control se encuentra por un lado, consagrado al estudio de los lineamientos interpretativos sobre derechos convencionales emanados de los órganos internacionales competentes y tiene como destinatarios a los jueces nacionales en lo que les compete. Además, por otro lado, el control convencional también se encuentra asignado a valorizar, por parte de los tribunales internacionales, las decisiones nacionales con la finalidad de aprehender las interpretaciones llevadas a cabo sobre la legislación vinculante para los jueces nacionales, en busca de la armonía del derecho vigente. De esta forma, las dos partes convergerían para incentivar adecuadamente el diálogo entre jurisdicciones.<sup>27</sup>

Una vez más, corresponde recordar que la Corte IDH desde sus primeras opiniones consultivas sostuvo que los Estados, al aprobar los tratados internacionales sobre derechos humanos, se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción,

26. CS, *Acosta, C. B. y otros*, 22 de diciembre de 1998.

27. Ver nuestro trabajo, ya citado, "Diálogo entre Cortes".

citando al respecto jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de la Comisión Europea de Derechos Humanos.<sup>28</sup>

Se debe aplicar la interpretación de las normas convencionales surgida de los órganos de control internacionales con aptitud de obrar, sin desnaturalizarla, porque ello forma parte de las obligaciones estatales asumidas al momento de ratificar los tratados; por otra parte, es la práctica seguida por los Estados en la materia, sin perjuicio de las observaciones expresadas precedentemente.

Si los Estados se reservasen el derecho de interpretar el alcance de las *recomendaciones* de la CIDH para aplicarlas en el ámbito interno según las circunstancias de cada caso concreto, estarían desvirtuando el sistema internacional de derechos humanos al que pertenecen y en el que asumieron obligaciones de diversa naturaleza.

Las apreciaciones que se viene de puntualizar constituyen el marco necesario para valorar algunos requisitos del debido proceso legal, entre ellos, el derecho de acceso a la justicia, de defensa, la eficiencia de los abogados designados de oficio, el principio de presunción de inocencia, la razonabilidad de los plazos procesales, la importancia de acceder a un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, la obligación de los tribunales de “determinar” los derechos y obligaciones que son cuestionados en sus estrados, el derecho a ejecutar las sentencias.

Las garantías y los derechos están interrelacionados, formando una trama rigurosamente elaborada en ese espejo vivo del derecho, el decir de los tribunales, desde donde se puede plantear su evolución o sólo su actualización.

En el caso *Acosta*, la CS subraya que la CIDH –al receptar la denuncia sobre violaciones a derechos y garantías como resultantes de las penas recibidas por el ataque perpetrado en los cuarteles de La Tablada el 23 de enero de 1989, donde se alegaron violaciones a determinados derechos y garantías– no incluía en su informe la violación al derecho a la libertad personal. De esta forma la CS aludía así a la presentación por parte de los recurrentes de una acción de habeas corpus, “...con sustento en la recomendación formulada por la CIDH al Estado argentino, referente a la reparación a las

28. Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-2/82, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, párr. 29 y 30).

víctimas de las violaciones a los derechos humanos...”.<sup>29</sup> El tribunal anterior en grado, desestimó la acción intentada.

Interpreta la CS que la decisión que los Estados se comprometen a cumplir es la de la Corte IDH (artículo 68.1 CADH). Señala, asimismo, que no constituye un deber para los jueces dar cumplimiento al contenido de las recomendaciones por no tratarse de decisiones vinculantes.<sup>30</sup>

En esta vía conceptual y en un caso posterior, la CS al interpretar el art. 8.2.h. de la CADH y las recomendaciones de la CIDH al respecto, reitera que “...si bien el Estado debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse de decisiones vinculantes para el Poder Judicial”.<sup>31</sup>

A veces los tribunales, reproduciendo conceptos arraigados, al tratar las circunstancias del caso, terminan replegándolos. Se trata de una disociación de difícil interpretación.

Retomando el caso seleccionado –*Acosta*– y en esta sucesión de interpretaciones, sostiene el voto de los jueces Boggiano y Bossert, que del contenido del Informe N°55/97 de la CIDH no emana una recomendación a favor de la libertad de los recurrentes.<sup>32</sup>

Si bien es cierto que la CIDH no encontró evidencia alguna en el expediente para sustentar la violación a la libertad personal, Bidart Campos sugirió la siguiente reflexión en forma de pregunta: “...si acaso el *habeas corpus* no era la vía adecuada para la pretensión articulada ¿no resultaba viable aplicar la pauta que tiene dada la propia CS y modificar el *nomen iuris* de la acción para abrirle al caso la ruta procesal adecuada, siempre sin alterar ni modificar el objeto y la pretensión de la causa? Seguramente el derecho

29. CS, *Acosta, C. B. y otros*, ya citado, considerando 2.d).

30. *Ibid.*, consid.13. Compárese la diferencia con los considerandos 6 y 18 del fallo CS, *Carranza Latrubesse*, ya citado.

31. CS, *Caso Felicetti y otros*, 21 de diciembre de 2000, Considerando 6. Su comentario, Morello, A. M. “El caso ‘Regimiento La Tablada’, la Corte Suprema y las garantías constitucionales”, *JA*, 7 de febrero de 2001; asimismo, Bidart Campos, G. J. y Albanese, S., “La operatividad de las normas convencionales a 16 años de su vigencia”, *JA*, 7 de febrero de 2001.

32. CS, *Acosta y otros*, ya citado, voto de los jueces A. Boggiano y G. A. Bossert, consid. 21.

a la tutela efectiva y a un recurso sencillo y rápido para dirimir el conflicto podrían aportar respuesta afirmativa y conducente”.<sup>33</sup>

Acciones instauradas a través de desacertadas vías procesales, y decisiones con interpretaciones rígidas de disposiciones convencionales, han dado lugar a este fallo que, de alguna manera, coadyuva a limitar el efecto útil del sistema de protección internacional.

#### 5. Caso Carranza Latrubesse (artículos 8 y 25 CADH)<sup>34</sup>

En este caso, la Corte Suprema decidió con una ajustada mayoría reconocer la obligatoriedad de las *recomendaciones* de la Comisión Interamericana en una causa cuyos orígenes se remontan a una demanda presentada en 1984.<sup>35</sup>

El plazo razonable y la naturaleza de las *recomendaciones* de la CIDH deberían constituir los ejes del caso que carece de complejidades. Sin embargo, debe primar la modificación interpretativa inserta por la CS, apartando el tema del plazo razonable.

No obstante, debemos insistir en la importancia que deben otorgar los jueces al paso del tiempo en los procesos a fin de evitar dilaciones innecesarias que atentan contra el derecho a una jurisdicción eficaz. En el caso concreto, 29 años han pasado desde el momento en que el demandante pudo acudir a la justicia en defensa de sus derechos hasta llegar a la sentencia de la CS, que aceptó parcialmente la queja, confirmando la sentencia apelada. No es lo mismo obtener una sentencia justa dentro de un plazo razonable

33. Bidart Campos, G. J. y Albanese, S., “El valor de las recomendaciones...”, cit., *JA*, 30 de junio de 1999.

34. CS, *Carranza Latrubesse*, 6 de agosto de 2013, ya citado. Hemos publicado el comentario a este fallo en *JA*, 11 de septiembre de 2013, 2013-III, seguimos en este sector las líneas de opinión trazadas en esa oportunidad.

35. Sólo comentaremos el fallo que refleja la posición de cuatro Ministros de la CS confirmando la sentencia apelada –jueces C. S. Fayt, J. C. Maqueda, E. S. Petracchi y E. R. Zaffaroni–. Dos de ellos –jueces J. C. Maqueda y E. S. Petracchi– lo hicieron según sus propios fundamentos. Los votos disidentes corresponden a tres jueces del alto tribunal –jueces R. Lorenzetti y E. I. Highton de Nolasco en un voto conjunto y, por separado, el voto de la jueza C. M. Argibay.

que después de transcurridas tres décadas. El cumplimiento de plazos razonables en los procesos internos e internacionales se impone.<sup>36</sup>

La obligación de los Estados de observar las *recomendaciones* de la CIDH constituye el centro de los argumentos<sup>37</sup> que deben ser destacados. Abundan, en el desarrollo del tema, referencias constantes a las interpretaciones de ciertas reglas convencionales por parte de la Corte IDH, de la Corte Europea, de la CIJ, así como menciones a decisiones de otros organismos internacionales y alguna doctrina de forma tal que, por momentos, la lectura nos sitúa ante un efectivo control de convencionalidad desde la orientación destacada por la Corte IDH en los casos *Almonacid Arellano*, *Trabajadores cesados del Congreso*, *La Cantuta*, *Boyce*, *Radilla Pacheco*, entre otros.

En efecto, a partir del considerando cuarto,<sup>38</sup> comienza la exposición del alcance de la naturaleza de las *recomendaciones* de la CIDH, interpretando

36. La Corte IDH, en el *Informe Anual 2012*, sostiene que el plazo razonable debe aplicarse tanto en los procesos internos como en los internacionales y, desde este último aspecto, señala que la Corte IDH lleva un promedio de 19,2 meses por cada caso. Por supuesto que en este cálculo no tiene en cuenta el tiempo que transcurre durante los procedimientos ante la CIDH, vía ineludible para llegar, de acuerdo a las normas de la CADH, al tribunal interamericano. En el presente caso, el procedimiento ante la CIDH, demoró diez años si sólo tenemos en cuenta el tiempo transcurrido desde la denuncia hasta la emisión del Informe 30/97. En cuanto a la segunda acción iniciada por el actor en el ámbito interno, también ha transcurrido un extenso periodo hasta obtener la confirmación de la sentencia apelada; como dato relevante se debe destacar que la CS "...por sentencia de 12 de marzo de 2002 (fallos: 325:380) resolvió que la causa no era de su competencia originaria".

37. Voto de los jueces Fayt y Zaffaroni. Serán expuestos los votos de los jueces Maqueda y Petracchi, que conforman el fallo de la CS. No obstante, en todas las posiciones, el núcleo temático se relaciona con la obligatoriedad de las recomendaciones de la CIDH.

38. En los votos de los jueces Fayt y Zaffaroni, el Considerando primero presenta una adecuada síntesis de las acciones instauradas –en primer lugar, una acción contencioso administrativa en la que el actor reclamó la nulidad de la medida de remoción de su cargo de juez y en segundo lugar, una acción declarativa, después de llevar a cabo una denuncia ante la CIDH y como resultado del Informe N°30/97–; se detallan, asimismo, los diferentes pasos procesales, las decisiones sobre competencias, tanto en el ámbito interno cuanto en el internacional que finalmente dieron lugar al pronunciamiento que brevemente comentamos. En los votos de los jueces Petracchi y Maqueda, se omite la primera acción iniciada por *Carranza Latrubesse* en 1984 centrando la reseña en la segunda de las acciones y la respectiva sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala V).

el artículo 51.2 de la CADH. La CS adhiere a la posición de la Corte IDH en cuanto a las dificultades interpretativas de esa norma convencional,<sup>39</sup> mas sugiriendo la existencia de otras vías, “normas, pautas y principios” internacionales, que coadyuvan a establecer el alcance de la regla en cuestión.

A continuación, se precisan algunas disposiciones de la CADH que regulan el procedimiento ante la CIDH, se señala la denuncia internacional inserta en el art. 44 de la Convención señalada, transcribiendo después los artículos 50 y 51 de ese tratado, sin perjuicio de la referencia a otras reglas convencionales siempre en el ámbito de la denuncia internacional ante la CIDH. Continúan las citas jurisprudenciales de la Corte IDH, acudiendo a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados para destacar algunos principios, entre ellos el de buena fe que debe regir las relaciones internacionales.

La CS señala la diferencia entre tratados internacionales de derechos humanos y tratados en general. Al respecto, corresponde afirmar que antes que la Corte IDH destacara esta posición en el *Caso Ricardo Baena y otros*,<sup>40</sup> o en el *Caso Constantine*,<sup>41</sup> entre otros, como señala el voto indicado, fue en una opinión consultiva anterior, emitida en 1982,<sup>42</sup> donde el tribunal interamericano relevó esa línea conceptual, que después fue frecuentemente citada en el sistema interamericano de derechos humanos; su importancia radica en el momento histórico en que la opinión fue solicitada a la Corte IDH, habida cuenta que el tribunal empezaba a ejercer su función consultiva, antes que la contenciosa, y que la CADH había entrado en vigencia poco tiempo atrás.<sup>43</sup> La Corte IDH, aplicando la Convención de Viena

39. Se menciona el *Caso Velásquez Rodríguez*, excepciones preliminares, p. 63, donde la Corte IDH se refiere, en cuanto a las dificultades interpretativas, “...a la definición del significado de este informe –art. 51– y sus diferencias o coincidencias con el previsto por el artículo 50...”.

40. Corte IDH, sentencia de 28 de noviembre de 2003, p. 99.

41. Corte IDH, sentencia de 1 de septiembre de 2001, pp. 86-87.

42. Corte IDH, OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana* (artículos 74 y 75 CADH), p. 29, solicitada por la CIDH.

43. La CADH entró en vigencia el 18 de julio de 1978 de acuerdo al artículo 74.2 de ese tratado. En la sesión realizada entre los días 30 de julio y 9 de agosto de 1980, la Corte IDH adoptó su Reglamento y completó los trabajos sobre el Acuerdo de Sede concretado en

sobre el derecho de los tratados y estableciendo las diferencias entre tratados en general y tratados internacionales de derechos humanos, sostuvo que estos últimos “...no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos [...] Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos por el bien común asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”, mencionando, a su vez, las argumentaciones previas de la Comisión Europea así como las de otros órganos internacionales.<sup>44</sup>

El sentido corriente que debe otorgarse a los términos a interpretar, para alcanzar la “voz recomendación” es desarrollado por la CS. Continúa, con la búsqueda de la “intención de las partes”, siguiendo con las normas correspondientes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados y otras fuentes, para destacar, entre varios términos, la expresión “debe”, en el caso, inserta en la redacción del artículo 51.2 de la CADH y su carácter imperativo.

También la posición que comentamos considera el requisito de la interposición y agotamiento de los recursos internos, la importancia de su efectividad y de la inexistencia de retardos injustificados en la decisión –considerando noveno.<sup>45</sup>

---

Costa Rica. Las dos primeras opiniones consultivas han sido emitidas en la misma fecha. En la primera, OC-1/82, la Corte IDH, también sostiene que “...los tratados de derechos humanos están orientados más que a establecer un equilibrio de intereses entre los Estados a garantizar el goce de derechos y libertades al ser humano”, p. 24. Acompañando en la OC-2/82 el párrafo que el voto que consideramos ha transcrito –29– que conforma la naturaleza de los tratados de derechos humanos y su diferencia con otros tratados. Es interesante señalar que los jueces que integraban el tribunal interamericano visitaron la Facultad de Derecho (UBA) a mediados de la década de los años ochenta y explicaron el alcance y el contexto de las primeras opiniones consultivas.

44. Corte IDH, OC-2/82, ya citada.

45. El art. 46.2 a), b) y c) de la CADH establece tres excepciones a la interposición y agotamiento de los recursos internos, disposición en parte interpretada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-11/90, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1, 46.2.a) y 46.2.b) *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 10 de agosto de 1990.

Entre otros argumentos, se identifica el objeto último para el que ha sido establecido el régimen de peticiones individuales, señalando que la finalidad de las *recomendaciones*, consiste en “remediar por parte del Estado la situación controvertida”. De esta forma, se enmarca la obligación de reparar el daño causado, señalando un tradicional fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1927 y una sentencia de la Corte IDH de 2009, entre otras referencias. Asimismo, se subraya el artículo 33 de la CADH para recordar la competencia de la CIDH sobre asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados.

Se establece la inferioridad de armas del peticionario frente al Estado, destacando un tema debidamente tratado desde el derecho internacional de los derechos humanos, la imposibilidad de las personas de presentarse ante la Corte IDH, sin la decisión aprobatoria de la CIDH, cuando ello diera lugar, previo cumplimiento de determinados requisitos reglamentarios, posición que también hemos desarrollado en varias oportunidades, apoyando la reforma a la CADH a través de un protocolo, propuesta oportunamente presentada por el actual juez de la Corte Internacional de Justicia y ex juez de la Corte IDH, A. A. Cançado Trindade.<sup>46</sup>

Asimismo, se citan los protocolos 9 y 11 del sistema europeo,<sup>47</sup> para precisar la ausencia de igualdad en el sistema interamericano, así como las reflexiones de la Corte IDH en una Opinión Consultiva al analizar el alcance

46. Los protocolos como instrumentos conexos destinados, en el caso, a obtener el ejercicio del derecho a la jurisdicción internacional constituyen uno de los caminos hacia el fortalecimiento del sistema internacional. En el caso, se trata del derecho de las personas de ejercer plenamente la capacidad de decidir. Al respecto, se deberían reformar los arts. 50 y 51 y 61.1 de la Convención Americana. Ver, Relator del proyecto de Protocolo A. A. Cançado Trindade. La última norma citada quedaría redactada de la siguiente forma: “Los Estados parte, la Comisión y las presuntas víctimas tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”; ver nuestro trabajo, “Nuevas demandas ante la Corte IDH contra Argentina. El transcurso del tiempo en los procesos internos e internacionales”, *JA*, 2011-III de 21 de septiembre de 2011.

47. Sudré, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, 7ª edición, París, 2005; Sudré, F. y otros, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Themis, 3ª edición, París, 2005; Corte Europea de Derechos Humanos, *La conscience de l'Europe*, 50 años de la Corte EDH, Consejo de Europa, 2010; Albanese, S., *Garantías Judiciales*, Ediar, 2ª edición, última actualización 2010, p. 392 y ss.; Sistema europeo, La Convención de 1950 y sus protocolos.

del artículo 55 de la Convención americana (considerando undécimo). En esta comparación de sistemas internacionales, también se expresa la existencia del Comité de Ministros para el seguimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el sistema europeo, suplido por el texto de los respectivos artículos de la Convención Americana.

El derecho de acceso a la justicia, el alcance del artículo 25 de la Convención Americana,<sup>48</sup> los recursos efectivos, la interrelación entre respetar y garantizar los derechos, el objeto de las peticiones individuales en el sistema interamericano, su efecto útil, la responsabilidad internacional de los Estados, componen parte del contexto argumental de este sector del voto que conforma el fallo de la CS.

No se elude, en este recorrido, la presentación de los sistemas internacionales, la creación de la CIDH, su historia, los compromisos asumidos por los Estados al formar parte del sistema interamericano, las restricciones al poder, que son reiteradas en el Considerando decimocuarto.

Con respecto a las restricciones al poder, al comenzar el Considerando decimotercero, se menciona un caso contra Perú<sup>49</sup> donde se destaca el ejercicio de la soberanía y sus connotaciones limitativas en función de los compromisos internacionales asumidos que albergan una mayor protección de los derechos de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de los Estados, así como la Opinión Consultiva 18/03 sobre la Condición jurídica de los trabajadores migrantes indocumentados. En este marco, corresponde precisar que la afirmación: “En la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio

48. En cuanto al art. 25 de la CADH, dijo la CIDH: “La Comisión entiende que el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 25 no se agota con el libre acceso y desarrollo del recurso judicial. Es necesario que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que, precisamente, da origen al recurso judicial. Es más, esa decisión final es el fundamento y el objeto final del derecho al recurso judicial reconocido por la Convención Americana en el art. 25 que estará también revestido por indispensables garantías individuales y obligaciones estatales (arts. 8 y 1.1)”. Informe 30/97, p. 71. Más adelante agrega la CIDH: “...Decidir sobre los derechos implica efectuar una determinación entre los hechos y el derecho –con fuerza legal– que recaiga y que trate sobre un objeto específico. Ese objeto es la pretensión particular del reclamante...”, p. 77.

49. Corte IDH, *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*, sentencia de 29 de septiembre de 1999.

del poder”, incorporada entre ambas citas, se corresponde con expresiones introducidas por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-6/86.<sup>50</sup> Y es importante esta referencia porque el tribunal interamericano al tratar el alcance de la palabra “leyes” en el marco del artículo 30 de la Convención Americana, que regula las restricciones permitidas por el tratado, sostiene que en el contexto de un régimen de protección de derechos humanos, el sentido de la palabra “leyes” no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen; puntualiza, asimismo, la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona que no pueden ser menoscabados por el ejercicio del poder público, manifestando que “Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar...”, añadiendo a continuación las expresiones transcritas y que detallamos precedentemente.<sup>51</sup>

El argumento precedente es necesario en la causa que comentamos, porque si se hubiese receptado el alcance de la Opinión Consultiva señalada e inclusive otras dictadas hasta esa fecha, casi contemporáneas con el comienzo de la acción iniciada por el peticionario,<sup>52</sup> quizá la respuesta habría sido otra sobre las cuestiones políticas no justiciables y su vinculación con el debido proceso legal porque “el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 25 (CADH) no se agota con el libre acceso y desarrollo del recurso judicial. Es necesario que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que, precisamente, da origen al recurso judicial...”.<sup>53</sup>

50. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, última parte p. 21. Esta opinión es citada al finalizar el considerando quinto al tratar la diferencia del significado “leyes” en la legislación interna y la internacional.

51. Ver nuestro trabajo, “Reglamentar no es restringir”, *JA*, 4 de abril de 2012.

52. Según el Informe 30/97 de la CIDH, la acción interpuesta ante los tribunales provinciales procurando la anulación de un decreto, fue declarado “no justiciable” por el Superior Tribunal de Chubut el 1 de julio de 1986 y la Corte Suprema desestimó el recurso el 2 de febrero de 1987, pp. 2, 3 y 4.

53. CIDH, Informe 30/97, Caso 10.087, Argentina, 30 de septiembre de 1997, p. 71, ya citado. En la OC-6 la Corte IDH sostuvo que sólo las leyes formales –norma jurídica ceñida al bien común donde las minorías pueden expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública

Se detalla en el voto, las oportunidades que ha tenido el Estado para resolver las acciones interpuestas frente al informe desfavorable de la CIDH.

El principio de buena fe y el efecto útil quedan instalados como bases interpretativas esenciales y se plantea, entre otros argumentos, el motivo que llevó a la Asamblea General de la OEA, después de “reafirmar el valor esencial de las labores que realiza la CIDH para el perfeccionamiento de la promoción y protección de los derechos humanos y el fortalecimiento del Estado de derecho en el hemisferio, alentar a los Estados Miembros a que den seguimiento a las *recomendaciones* de la CIDH, incluyendo, entre otras, las medidas cautelares”.

Al subrayar la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales, “instrumentos vivos”<sup>54</sup> como fuera indicado, se menciona los valores comunes superiores centrados en la protección del ser humano.

El principio *pro personae*, que “impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano”, representa un plano interpretativo esencial en el derecho internacional de los derechos humanos. El carácter obligatorio de las *recomendaciones* en el contexto del artículo 51.2 concuerda con la posición de los representantes de Argentina ante órganos de la OEA.

Finalmente, el voto, con vastas citas jurisprudenciales como fuera mencionado, reconoce el carácter obligatorio de las recomendaciones formuladas en el Informe 30/97 de la CIDH en virtud del artículo 51.2 de la Convención Americana.

---

para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente... p. 22– pueden restringir derechos en el contexto de las restricciones permitidas por los tratados. La Corte IDH, reconoce “que una ley aprobada por el Parlamento pueda llegar a ser violatoria de derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior” p. 22, importantes decisiones que valoran la justicia independiente e imparcial, tema al que la CIDH y la Corte IDH han otorgado extensas consideraciones. Es en una Opinión Consultiva anterior –OC-5/85– citada por la Corte IDH, donde se estableció que “...de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real”, p. 31.

54. Albanese, S., “Los pactos preexistentes y los instrumentos internacionales de derechos humanos”, obra colectiva con motivo de los 10 años del Centro de Formación Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2010, 4.a Los Instrumentos vivos, p. 53 y ss.

A su vez, los primeros tres considerantes del voto del juez Petracchi no difieren del voto del juez Maqueda; a continuación, se habilita el recurso extraordinario para tratar el alcance de las normas convencionales que regulan la denuncia internacional y sus etapas, para centrarse en el informe correspondiente al artículo 51.2 de la Convención Americana.

En cuanto a la interpretación de los tratados el voto converge, como el anterior, en la Convención de Viena de 1969, expresando su aplicación por parte de la CS en fallos anteriores, exponiendo parte del sistema interamericano de protección de derechos y garantías en el contexto de la recepción de denuncias individuales, recogiendo el art. 33 de la CADH. En este recorrido, destaca el objeto y fin de los tratados de derechos humanos y la importancia de su fortalecimiento con referencias a la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>55</sup> para afirmar que "...no es razonable sostener que las *recomendaciones* de la CIDH carecen de todo valor para motivar acciones del Estado Argentino".<sup>56</sup>

Se señalan las diferencias, en cuanto al valor obligatorio, entre las *recomendaciones* de la CIDH y las sentencias de la Corte IDH, reiterando posiciones de la Corte IDH vinculadas con su alcance, se acude al principio de buena fe que rige el cumplimiento de los compromisos internacionales para confirmar la sentencia apelada.

Por su parte, el voto del juez Maqueda precisa que la CS "...no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente les otorgue", citando al respecto posiciones anteriores del máximo tribunal.<sup>57</sup>

Puntualiza los derechos convencionales violados de acuerdo a la *Recomendación* emitida por la CIDH en el Informe 30/97. Acude al principio de buena fe recordando, de acuerdo a la jurisprudencia de la CSJN, que los informes y las opiniones de la CIDH "constituyen criterios jurídicos valiosos de implementación, interpretación y de ordenación valorativa de las cláusulas de la Convención Americana que deben ser tomadas en cuenta para

55. Se cita a la Corte IDH tanto en el ejercicio de su función consultiva cuanto en la contenciosa (considerando 10).

56. Considerando 11, voto del juez Petracchi.

57. Considerando 5, voto del juez Maqueda.

adoptar decisiones en el derecho interno”.<sup>58</sup> Estas posiciones se corresponden con las del tribunal interamericano citado también por la CS.

La secuencia de los argumentos, indica las modificaciones que se van produciendo a lo largo del tiempo en el ámbito internacional en cuanto al grado de valoración de las recomendaciones de la CIDH.<sup>59</sup>

Determinando las particularidades de los compromisos de los Estados entre las *recomendaciones* de la CIDH y las sentencias de la Corte IDH (artículo 68 Convención Americana) se sostiene que el Estado no puede desconocer la recomendación pues debe realizar los mejores esfuerzos para su implementación. Recuerda que pasaron más de 10 años del dictado del Informe 30/97 y que el Estado “...continúa escudándose en la ausencia de un carácter vinculante de las recomendaciones [...] para mantener el statu quo imperante”. Al respecto, afirma que la Corte Suprema “...en la esfera de sus atribuciones, representa la soberanía nacional”<sup>60</sup> y debe velar para que el principio de buena fe no se vea afectado por actos u omisiones de otros órganos. Por estas y otras articulaciones de elementos expuestos, confirma la sentencia apelada.

58. Considerando 7, voto del juez Maqueda.

59. Considerandos 9 y 10, voto del juez Maqueda. En el Considerando noveno cita la posición de la Corte IDH en cuanto a la interpretación de las recomendaciones de la CIDH en el *Caso Caballero Delgado y Santana*, 1995 y la compara con los casos *Loayza Tamayo*, 1997, *Blake*, 1998 y *Baena*, 2001, entre otras referencias. Se debe precisar, en el contexto del tema, que los casos mencionados han llegado al tribunal interamericano (arts. 51.1 y 61 de la Convención Americana). En el caso *Loayza Tamayo*, 17 de septiembre de 1997, la Corte IDH concluye “...que la violación o no del artículo 51.2 de la Convención no puede plantearse en un caso que, como el presente, ha sido sometido a consideración de la Corte, por cuanto no existe el informe señalado en dicho artículo” (p. 82). Estas observaciones, con las citas precedentes, también fueron destacadas en el voto de los jueces Fayt y Zaffaroni (considerando decimocuarto) y por el “juez que votó en primer término” en la sentencia en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala V), considerando primero, votos de los doctores Petracchi y Maqueda. Para llegar al reconocimiento de la obligatoriedad de las recomendaciones de la CIDH en el Informe emitido de acuerdo al artículo 51.2 de la CADH –30/97–. A lo largo de la secuencia razonada de los votos que constituyen el fallo de la Corte, convergen varias referencias vinculadas con normas y jurisprudencia internacionales.

60. Considerando 13, voto del juez Maqueda.

En compendio, constituye motivo de estudio y queda expresado en la sentencia de la CS, la aplicación de un Informe de la CIDH –Nº30/97– que estableció la violación de los artículos 8 y 25 en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana por parte de las autoridades internas. El Informe dice: “65. La denuncia del peticionario ante la Comisión no persigue su restitución al cargo de juez ni una decisión con respecto a la legitimidad de su remoción acaecida en el año 1976. Precisamente, el peticionario denuncia que la falta de decisión judicial sobre los méritos con respecto a dicho reclamo, por la aplicación de la doctrina de la cuestión política no justiciable, produjo como efecto la violación de sus derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial reconocidos por la Convención Americana...”.

La naturaleza de las *recomendaciones* que formula al Estado la CIDH en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 51.2 de la Convención Americana suscitó interpretaciones disímiles en los integrantes de la Corte Suprema. La mayoría convalidó su obligatoriedad.

El conjunto de valores y principios que sustentan las interpretaciones comentadas constituyen una parte esencial del derecho internacional de los derechos humanos.

Una de las formas que demuestra el grado de desarrollo de una sociedad está constituida por la manera en que los tribunales aplican e interpretan los derechos y garantías de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Desde este aspecto, el fallo refleja esa opinión.

Como corresponde a una sentencia del más alto tribunal de la judicatura argentina, la decisión ha sido debidamente fundada, mas despliega una inquietud que la planteamos cuando comentamos este fallo en 2013, y la reiteramos en esta oportunidad: nos preguntamos si con el acrecentamiento de declaraciones, convenciones, leyes, jurisprudencia y doctrina que se han dado cita a lo largo del tiempo, espejadas en el fallo y expuestas concentradamente, no se hubiese podido evitar el transcurso de veintinueve años con su implicancia en la vida del peticionario.

#### **IV. Breves palabras finales**

Se han destacado algunas posiciones de la CS a partir de la reforma constitucional con respecto a un tema puntual, el valor de las Recomendaciones de la CIDH, particularmente con respecto al artículo 51.2 de la CADH, en el marco de ciertos derechos y garantías como la segunda instancia penal,

la acción de habeas corpus, el derecho a la vida, a la seguridad personal, a la protección judicial, entre otros.

A lo largo del tiempo, la CS tanto ha asegurado que las Recomendaciones constituyen o pueden constituir guías indicativas, como ha establecido también, sin objetar e inclusive reiterando los términos precedentes, que el compromiso de los Estados consiste en cumplir las decisiones de un tribunal internacional mas no las Recomendaciones de un órgano como la CIDH teniendo en cuenta que no constituyen decisiones vinculantes, hasta sostener, en el último fallo seleccionado con un estrecho margen entre los miembros integrantes del tribunal –4 a 3 votos–, el carácter obligatorio de las decisiones dictadas en virtud de la cláusula convencional mencionada.

En esta reseña de posiciones corresponde reiterar que la CS, en algunos casos, se adelantó a la posición de la Corte IDH en materia de Control de Convencionalidad al reconocer como guía interpretativa la posición del tribunal interamericano.

La CS fue más allá de la fórmula desarrollada por el tribunal internacional a partir del caso *Almonacid Arellano*, desde que extendió el control a las decisiones de un órgano que no está reconocido como el intérprete final de la CADH, teniendo en cuenta que llegó a admitir aquellas recomendaciones de la CIDH que fijando líneas doctrinarias determinadas, no fueron pronunciadas con motivo del caso bajo estudio.

No obstante, la serie de interpretaciones surgidas del mismo tribunal permite sostener la ausencia de una línea jurisprudencial uniforme en la materia a lo largo de los últimos veinte años, más allá de algunas exteriorizaciones técnicamente congruentes.

Si bien es cierto que las posiciones se modifican con el paso del tiempo, reemplazadas por otras que, desde nuestra perspectiva y teniendo en cuenta la última seleccionada, contribuyen a afianzar el sistema de protección internacional de los derechos humanos, no es menos cierto que las interpretaciones oscilantes –no sólo por la ausencia de unanimidad sino por las disímiles posiciones precisadas entre los miembros del más alto tribunal de la judicatura argentina– dejan de convertirse en guías indicativas para el justiciable, coadyuvando a la incertidumbre jurídica.

El diálogo interjurisdiccional tantas veces ponderado, basado en adaptaciones múltiples donde se deben fusionar compromisos profundos entre los órganos nacionales e internacionales, se beneficiaría mediante la aplicación de una consolidada doctrina jurídica sobre bases irreductibles

consistentes con el objeto y fin de los sistemas internacionales: centrar en la persona humana su legítimo destinatario.

## **Bibliografía**

- Albanese, S., “Diálogo entre Cortes. El Protocolo 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *La Ley*, 2014-E, 29 de agosto de 2014. *El alcance de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el plano de las Observaciones Generales*, Ediar, Buenos Aires, 2013. “El valor de las Recomendaciones de la CIDH”, *JA*, 11 de septiembre de 2013, 2013-III. “Reglamentar no es restringir”, *JA*, 4 de abril de 2012. “Nuevas demandas ante la Corte IDH. El transcurso del tiempo en los procesos internos e internacionales”, *JA*, 2011-III 21 de septiembre de 2011. “Los pactos preexistentes y los instrumentos internacionales de derechos humanos”, obra colectiva, con motivo de los 10 años del Centro de Formación Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Eudeba*, 2010. *Garantías Judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 2ª. Edición, actualización 2010. “Evaluación y fortalecimiento del sistema americano de derechos humanos”, *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2001, t.4.
- Bicudo, H., “Cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH y de las recomendaciones de la CIDH”, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, T. 1, Corte IDH, San José de Costa Rica, 2001.
- Bidart Campos, G. J. y Albanese, S., “La interpretación del término *recomendaciones* a la luz de la Corte IDH”, *Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Comunitario*, Ediar, 1998, Capítulo VI. pp. 145 y ss.; con el mismo título, *JA*, N. 6004, 25 de septiembre de 1996; “El valor de las recomendaciones de la CIDH” (comentario a fallo, CS, 22/12/1998), *JA*, 30 de junio de 1999, N°6148; “El principio de la irretroactividad de los tratados y las excepciones a la competencia de los órganos internacionales en el derecho internacional de los derechos humanos”, *JA*, 1999 -IV.
- Cançado Trindade, A. A., “Bases para un proyecto de Protocolo a la CADH para fortalecer su mecanismo de protección”, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, T. II, Corte IDH, San José de Costa Rica, 2001.

- Manili, Pablo L., *Derecho Constitucional* (obra colectiva), Errepar, Buenos Aires, 2014, “El perfil de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina”.
- Morello, A. M., “El caso ‘Regimiento La Tablada’, la Corte Suprema y las garantías constitucionales”, *JA*, 7 de febrero de 2011.
- Sudré, F., *Droit européen et international des droits de l’homme*, Presses Universitaires de France, 7ª edición, París, 2005.
- Sudré, F. y otros, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l’Homme*, Temis, 3ª edición, París, 2006.
- CIDH, Informe 30/97, Caso 10.087, Argentina, 30 de septiembre de 1997. Informe 12/97, Caso 11.245, 1º de marzo de 1996. Resolución 17/89, Informe Caso 10.037, Argentina, 13 de abril de 1989.
- Corte EDH, *La conscience de l’Europe*, Consejo de Europa, 2010, Third Millennium PL, Londres, 2010.
- Informe Anual 2012. *Caso Radilla Pacheco vs. México*, 23 de noviembre de 2009. *Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, 24 de noviembre de 2006. *Caso La Cantuta vs. Perú*, 29 de noviembre de 2006. *Caso Almonacid Arellano y otros*, 26 de septiembre de 2006. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 25 de noviembre de 2005. *Caso Tibi vs. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, 30 de mayo de 1999. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Excepciones Preliminares, 4 de septiembre de 1998. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1, 46.2.a. y 46.2.b. CADH), Opinión Consultiva OC 11/90, 10 de agosto de 1990. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*, 29 de septiembre de 1999. *La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la CADH*, Opinión Consultiva OC 6/86, 9 de mayo de 1986. *Exigibilidad del Derecho de rectificación o respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la CADH), Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 CADH), Opinión Consultiva OC-5/85 13 de noviembre de 1985. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva, OC-2/82, 24 de septiembre de 1982.
- CSJN, Carranza Latrubesse, 6 de agosto de 2013. Felicetti y otros, 21 de diciembre de 2000. Acosta, C. B. y otros, 22 de diciembre de 1998. Estévez, José L., 3 de octubre de 1997. Bramajo, H. J., 12 de septiembre de 1996. Giroldi, Horacio D. y otro 7 de abril de 1995.



*Artículos recibidos por convocatoria abierta*

---



# *¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres?* Respondiendo a la famosa pregunta de Susan Moller Okin a partir de un caso argentino<sup>1</sup>.

Guido Leonardo Croxatto\*

## **Abstract**

El objetivo de este ensayo es responder a la famosa pregunta que se hiciera Susan Moller Okin en uno de sus últimos trabajos en la Universidad de Princeton: *¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres?*. El marco teórico que utilizaremos para repensar esta pregunta y los desafíos que el multiculturalismo supone para el derecho en América Latina es el feminismo radical norteamericano de Catherine Mackinnon, ya que, como explicamos en este trabajo, pensamos que este debate (multiculturalismo, feminismo y derecho penal) solo puede darse desde un feminismo esencialista de género, como el feminismo radical y no desde un feminismo no esencialista. Tomaremos un caso concreto (el caso Ruiz, en Salta, provincia pobre del norte argentino) para poner a la vista los vicios de lo que se ha dado en llamar –tal vez equivocadamente– la “defensa cultural”. Finalmente, sostendremos que la única manera de repensar críticamente el multiculturalismo es repensando el derecho en el cual todo el edificio teórico del multiculturalismo se sostiene: el derecho de salida. Este derecho será redefinido críticamente como una forma del derecho a la palabra. Sostendremos que un multiculturalismo que no defiende (sino que pone en peligro) los derechos humanos de la mujer

\* Abogado (UBA), LL.M. (FU) Doctorando en Derecho Penal (UBA-Derecho / CONICET), gcroxatto@zedat.fu-berlin.de.

1. Una versión preliminar de este trabajo fue presentada en el II Congreso Internacional de Filosofía del Derecho “Bajo Palabra” (“Filosofía, Derechos Humanos y Democracia”), de la Universidad Autónoma de Madrid en Noviembre de 2012, y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford, en 2013.

(por ejemplo, su derecho –y su libertad– de expresarse), ha dejado de ser en realidad lo que promete. Los derechos humanos de la mujer no pueden ser pensados ni vistos como un “límite” para el multiculturalismo, ya que sin esos derechos básicos no hay (y en consecuencia no debe hablarse de) multiculturalismo a secas.

Palabras clave: multiculturalismo, género, violencia, tradición, mujeres, pluralismo, Derecho.

### ***Is multiculturalism bad for women? Answering the famous question by Susan Moller Okin based on an Argentine case.***

#### **Abstract**

The purpose of this paper is to answer the famous question made by Susan Moller Okin in one of her last works at Princeton University: *Is multiculturalism bad for women?* The theoretical context I will use to rethink about this question and the challenges multiculturalism poses to the law in Latin America is Catherine Mackinnon’s extreme feminism, since, as I explain in this paper, I believe this debate (multiculturalism, feminism and criminal law) can only take place from a gender essentialist feminism, like radical feminism, and not from a non-essentialist feminism. I will take a specific case (the Ruiz case, in Salta, Argentina) to reveal the defects of the –perhaps wrongly– so-called “cultural defence”. Finally, I will hold that the only way to critically rethink about multiculturalism is by rethinking the right on which the whole theoretical building of multiculturalism is based: the right of exit. Said right shall be critically redefined as a form of the right to speak. I will hold that a multiculturalism that does not defend (but endangers) women’s human rights has actually ceased to be what it promises. Women’s human rights cannot be thought about or seen as a “limit” to multiculturalism, since without said basic rights there is no (and therefore we must not talk about) multiculturalism.

Keywords: multiculturalism, gender, violence, tradition, women, pluralism, law.

## **I. Introducción. Multiculturalismo, género y derechos humanos. Repensando la “defensa cultural”. Repensando la cultura.**

El objetivo de este ensayo es responder a la pregunta que se hiciera Susan Moller Okin en uno de sus últimos trabajos en la Universidad de Princeton: *Is multiculturalism bad for women? (¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres?)*<sup>2</sup>. Moller Okin se detiene, como veremos, a analizar los vínculos problemáticos entre género y cultura, o lo que es similar, entre feminismo y multiculturalismo para descubrir, de ese modo, determinadas tensiones.

El marco teórico que utilizaremos para repensar esta pregunta de Okin y los desafíos que el multiculturalismo supone para la democracia y para el derecho en América Latina es el feminismo crítico (también llamado feminismo radical norteamericano) de Catherine Mackinnon, ya que, como explicaremos en este trabajo, este debate (multiculturalismo, feminismo y derecho penal, o como sostiene Okin, los conflictos entre género y cultura) solo puede darse desde un feminismo esencialista de género, como el feminismo de Mackinnon y no desde un feminismo no esencialista, como es por ejemplo el feminismo cultural o feminismo de la diferencia, que tiene en Carol Gilligan (con quien Mackinnon discute) a su autora más representativa. Solo un feminismo esencialista puede dar debida cuenta de los conflictos entre género y cultura<sup>3</sup>.

Se busca definir los derechos humanos de las mujeres de modo que su universalidad no suponga ni represente un “límite” para el respeto intrínseco de las culturas indígenas (eurocentrismo) ni –detrás de la “defensa de

2. Texto de Susan Moller Okin en Cohen, Joshua; Howard, Matthew y Nussbaum, C. Martha. *Is Multiculturalism Bad for Women?*, New Jersey, Princeton University Press, 1999.

3. Sostengo que el debate pasa por dos puntos esenciales. El primero supone o nos exige repensar mejor la tensión entre universalismo-particularismo (autodeterminación). La segunda, la forma en que los tribunales latinoamericanos –en muchos casos con nula o escasa perspectiva de género– piensan el silencio de la mujer. A su vez, como dije, parto de un presupuesto inamovible: la única manera de entender el debate del multiculturalismo es desde un feminismo esencialista de género, como el feminismo radical norteamericano de Catherine A. Mackinnon. El debate del multiculturalismo, que abren autores como Benhabib o MollerOkin, no puede comprenderse desde un feminismo no esencialista.

esas culturas” – una pantalla para vulnerar –o permitir que el Estado tolere, justifique o permita en nombre de la defensa cultural la vulneración de– los derechos humanos de mujeres indígenas. No es una opción simple. Es una disyuntiva jurídica y ética que la justicia latinoamericana debe enfrentar a menudo. Pensar la respuesta de este dilema –o de esta tensión– es el objeto de este trabajo.

Como veremos, para pensar este dilema hará falta pensar los derechos humanos de las mujeres –no solo, pero fundamentalmente– indígenas en función del primer derecho del multiculturalismo, derecho en el cual todo el edificio del multiculturalismo se asienta: el derecho de salida. Si ese derecho no existe o no puede ser ejercido (por las mujeres de diferentes comunidades indígenas que deseen “salir” –abandonar– esas culturas que las oprimen pero que la justicia latinoamericana muchas veces con cinismo les arroga como “propias”), entonces el multiculturalismo como construcción teórica se derrumba, ya no se sostiene, y no puede ser usado en los tribunales para avalar o justificar el respeto de prácticas culturales que son a la vez violatorias de la integridad de las mujeres de comunidades minoritarias. Muchos varones anteponen estratégicamente –para no ser condenados por los Estados– el respeto a una “cultura” propia, respeto que, por otro lado, es obligatorio para los países que, como Argentina, han otorgado jerarquía constitucional a los instrumentos de no discriminación y respeto de la diversidad cultural.<sup>4</sup> Es entonces que surge esta tensión entre el respeto de la integridad y la dignidad de todas las mujeres –meta constitucional del Estado de Derecho– y el respeto de prácticas culturales que muchas veces, sin embargo, pueden entrar en contradicción con el primer punto: la integridad de la mujer. Su dignidad. Esta es la tensión más relevante que afronta en la actualidad la justicia en América Latina<sup>5</sup>. Este es núcleo de la tensión

4. Argentina incorpora, a través de la reforma constitucional de 1994, diversos tratados (con jerarquía constitucional) que obligan al Estado al respeto de las identidades y culturas indígenas. Es a partir de entonces que surge la tensión entre el respeto integro de esas culturas indígenas y todas las prácticas y tradiciones (rituales, valores) que le son propias, y el respeto irrenunciable de la dignidad inherente de cada mujer.

5. Marino Botero, Catalina. *Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Conferencias FLACSO. Ecuador. 2003. pp. 55-57. Marino Botero describe con claridad y lucidez, repasando la jurisprudencia en Colombia, la tensión entre género y cultura.

entre feminismo y multiculturalismo, entre género y cultura, una tensión que a menudo se resuelve en la Justicia, en los tribunales<sup>6</sup>. La pregunta más urgente que la justicia en la región debe responder: cómo respetar culturas que muchas veces hacen de prácticas violatorias o abusivas sobre las mujeres una “tradicición” que debería respetar la democracia. Que debería respetar el Estado.

Como veremos, existe una sola forma de resolver y afrontar esta tensión: y es no demostrando que esas prácticas son en sí mismas violatorias (sería el camino más sencillo, pero precisamente el mismo supondría formas de etnocentrismo y eurocentrismo, sino al interior de la propia cultura, demostrando que las mujeres indígenas carecen de un derecho esencial que sin embargo es la piedra de base sin la cual el multiculturalismo no funciona y en consecuencia esa misma cultura no debería –cuando existen abusos– ser respetada: el derecho de salida de la mujer. El respeto del Estado se base o se sostiene en esa premisa: en la existencia de ese derecho.

Con esto, sin embargo, no será suficiente, ya que la falta de derecho de salida de la mujer (que haría tambalear el edificio teórico del multiculturalismo y en consecuencia su aplicación en los tribunales, dando lugar a la “defensa cultural”) es una carencia que no puede probarse por sí misma, sino solo a través de otros derechos, vinculados, de algún modo, a aquél: derechos cuya ausencia refleje a su vez la ausencia de “salida” de la cultura. (Ninguna mujer oprimida por una cultura tiene el margen necesario para alzar su voz y decir “yo no puedo salir”, deberemos probar esto –esta imposibilidad de salir– de otra manera, con una vía indirecta) Hará falta, a su vez, repensar y definir este derecho de salida, base del multiculturalismo, de una manera muy particular: como una forma del derecho a la palabra, del derecho a la libertad de expresión de la (s) mujer (es) (indígenas), la cual, mientras se presume (con la defensa cultural) que es libre, no es, sin embargo, las más de las veces, escuchada.

En tal sentido, tomaremos un caso concreto (el caso Ruiz, en Salta, una provincia pobre del norte argentino) para poner a la vista los vicios de lo que se ha dado en llamar –tal vez equivocadamente– la “defensa cultural”. Finalmente, sostendremos que la única manera de repensar críticamente el

6. Okin, S. M. “Feminismo y Multiculturalismo. Algunas Tensiones”. *En Revista Feminaria*, Año XV, N 28/29. 2002.

multiculturalismo es repensando, como dijimos, el derecho básico en el cual todo el edificio teórico del multiculturalismo se sostiene: el derecho de salida. Este derecho será redefinido críticamente como una forma del derecho a la palabra, repensando la libertad de salida a partir de esa “primera libertad” que es la libertad de expresión, donde una mujer no pueda expresarse, no podría sostenerse que es “libre” y que tiene el “derecho” de salir. Diremos que carece de ese derecho. Y cuando eso sea así, se terminará para el Estado esa obligación constitucional de respeto a la diversidad cultural, se desvanece la tensión y la dignidad de la mujer pasa a ser el valor prioritario que debe ser defendido, resguardado.

Sostendremos que un multiculturalismo que no defiende (sino que pone en peligro) los derechos humanos de las mujeres, ha dejado de ser en realidad lo que promete. Los derechos humanos de la mujer no pueden ser pensados ni vistos en rigor –como hace parte de la doctrina– como un “límite” para el multiculturalismo, ya que sin esos derechos básicos no hay (y en consecuencia no debe hablarse de) multiculturalismo a secas. El multiculturalismo no sería, en consecuencia, lo que promete. Un multiculturalismo que no respeta los derechos y la integridad de las mujeres (sean o no indígenas) no es en modo alguno multicultural. Esto es lo que nos permite ver, precisamente, el esencialismo de género, que parte de la idea de que en todas las culturas existe un presupuesto implícito no discutido por ninguna de ellas: la violencia sobre las mujeres (sean o no sean indígenas). Esto sería, según el esencialismo de género, independiente de la cultura y del estrato social. El multiculturalismo estaría reproduciendo la violencia que dice venir a eliminar en nombre de la tolerancia. Así nos encontraremos con un nuevo desafío para la democracia: repensando la “defensa cultural”, estamos obligados a repensar la cultura, estamos obligados a repensar lo que entendemos por cultura y también lo que entendemos por Derecho<sup>7</sup>.

7. Nancy Fraser propone un análisis con dos dimensiones (Lo que la autora llama “Una aproximación bidimensional a la justicia de género”). “Para evitar truncar la problemática feminista, e inocentemente coludir con el neoliberalismo, las feministas hoy necesitan visitar el concepto de género. Lo que se necesita es una concepción amplia y espaciosa, que permita acomodar al menos dos conjuntos de preocupaciones. Por un lado, esa concepción debe incorporar la problemática centrada en el trabajo, asociada con el socialismo feminista; por otro, debe dar lugar a la problemática centrada en la cultura”. A nosotros nos interesa en este trabajo este segundo aspecto. Fraser, Nancy.

## II. La “defensa cultural”, los derechos de grupo y la dignidad de las mujeres. Críticas y desafíos.

“Aquellos que plantean argumentos liberales a favor de los derechos especiales de grupo, deben mirar con cuidado las desigualdades dentro de esos grupos”. Moller Okin

Sostiene Iris Marion Young en su ensayo *Vida Política y diferencia de grupo. Una crítica del ideal de ciudadanía universal*, que la universalidad de ciudadanía concebida como generalidad siempre excluyó a las mujeres<sup>8</sup>. Se definió excluyendo a ese “otro”, para usar la expresión de Simone de Beauvoir, que siempre fue la mujer, ese *otro* contra el cual, cree Beauvoir, se escribieron todos los códigos<sup>9</sup>. Todo el Derecho<sup>10</sup>. Esto querría decir que la mujer no puede salir porque en un sentido propio, nunca estuvo tampoco “adentro” de la ciudadanía. De la cultura.

El derecho de salida, base de todo el edificio del multiculturalismo, constituye la única garantía real para el respeto entre culturas pero también

---

“From redistribution to recognition? Dilemmas of Justice in a ‘Postsocialist’ Age”, *New Left Review* 212, 1995.

8. Agrega Young, más adelante: “El intento de realizar un ideal de ciudadanía universal –que encuentra lo público encarnado en la mayoría antagónica de la particularidad, en lo común frente a la diferencia– tenderá a excluir o a poner en desventaja a algunos grupos, pese a que dispongan formalmente de idéntico estatus de ciudadanía”. Young, Iris Marion. “Vida Política y diferencia de grupo. Una crítica del ideal de ciudadanía universal” en Castells, Carme (Comp.) *Perspectivas feministas en teoría política*. Ed. Paidós. Madrid. 2010. Cap. 4. pp. 99-126. En el mismo trabajo compilado por Carme Castells puede encontrarse un capítulo sobre “Liberalismo Político, Justicia y Género” (Cap. 5, pág 127 y ss) escrito por Susan Moller Okin.

9. Beauvoir, Simone. *El Segundo sexo*. Ed. Sudamericana. Buenos Aires. 1999.

10. Sostiene Frances Olsen que “Las prácticas sociales, políticas e intelectuales que constituyen el derecho fueron, durante muchos años, llevadas a cabo casi exclusivamente por hombres. Dado que las mujeres fueron por largo tiempo excluidas de las prácticas jurídicas (lo cual, en América Latina, se mantiene aún hoy, muy lentamente las mujeres empiezan a ganar en la región un lugar en la administración de justicia), no sorprende que los rasgos asociados con las mujeres no sean muy valorados en el derecho”. Olsen, Frances. “El sexo del derecho”, en *Identidad femenina y discurso jurídico*, compilado por Alicia Ruiz, Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000, pp. 25-42.

entre países o Estados. Como sostiene John Rawls en su artículo sobre el derecho de gentes, es el respeto de ciertos derechos humanos básicos –que la doctrina suele reducir a los derechos humanos de primera generación, civiles y políticos, subestimando la importancia operativa, para poder ejercer estos mismos derechos, de los llamados derechos humanos de segunda generación, los derechos económicos, sociales y culturales, sin los cuales los derechos civiles no pueden nunca, en última instancia, ser ejercidos<sup>11</sup>– el que garantiza la tolerancia (la paz, el equilibrio) entre países, culturas y Estados<sup>12</sup>. El multiculturalismo como construcción ha ido un paso más allá, al reducir este debate, íntegramente, a un solo derecho: el derecho de salida. Esto quiere decir que una cultura (Rawls diría, un país) puede ser respetada/o o tolerada/o en tanto y en cuanto cada uno de sus miembros disponga, mínimamente, de ese derecho: el derecho a salir. Esto descarta toda intervención en esa cultura o país. Esto garantiza el respeto.

En América Latina, sin embargo, se ha advertido una derivación del multiculturalismo que opera en desmedro de los derechos esenciales de las mujeres. El punto crítico es, como fue mencionado, la forma en que ese derecho de salida se define. La constatación empírica de que las mujeres en muchas culturas (por ejemplo indígenas) no tienen el derecho (ni la posibilidad concreta) de “salir”, genera en las democracias el debate o la tensión acerca de la legitimidad de políticas públicas o judiciales de respeto y tolerancia a esas mismas comunidades indígenas que lesionan –a la luz de la legislación del Estado– derechos esenciales de la mujer. Libertades básicas. Judith Butler ha escrito que el desafío es promover el respeto de estos derechos (hoy lesionados) sin caer, del otro lado de la balanza, en formas solapadas “bien intencionadas” de imperialismo cultural. Parece un equilibrio difícil.

El modo en que se definen algunos derechos, por ejemplo, el derecho de salida de las culturas, no es una cuestión menor, es un problema central del liberalismo (el formalismo declarativo –de unos derechos pretendidamente

11. En América Latina subsiste aún el debate acerca de la “operatividad” (o exigibilidad) de estos derechos económicos, sociales y culturales. Se los presenta a menudo como derechos escindidos de la libertad civil y política, lo cual, en una región con altos niveles de pobreza extrema y desigualdad, no deja de ser un contrasentido, ya que la pobreza extrema inhibe toda libertad civil y política. Toda autonomía de la persona.

12. Rawls, J. “El derecho de gentes”, en Shute, S. y S. Hurley. *De los derechos humanos*. Trotta. Madrid. 1997.

“universales”, que luego no son tales– es un problema central de la modernidad), el liberalismo ha sido cuestionado por el formalismo de sus declaraciones, por declarar derechos que luego no pueden ser materializados<sup>13</sup>: el derecho de salida (de cada cultura) es uno de esos derechos, un derecho que está definido de una manera excesivamente formal, de tal modo que las mujeres (indígenas) que debieran poder ejercerlo, no pueden hacerlo, no sienten que tengan esa opción, esa posibilidad, o ese “derecho”. Esto lleva a muchas mujeres indígenas a callar, por miedo. El problema central es cómo la justicia y el derecho latinoamericano, dominado por jueces varones, interpreta ese silencio. Este derecho será redefinido críticamente como una forma del derecho a la palabra. Sostendremos que un multiculturalismo que no defiende (sino que pone en peligro) los derechos humanos de la mujer, ha dejado de ser en realidad lo que promete. Los derechos humanos de la mujer no pueden ser pensados ni vistos como un “límite” para el multiculturalismo, ya que sin esos derechos básicos no hay (y en consecuencia no debe hablarse de) multiculturalismo a secas.

La pregunta de fondo es hasta dónde en nombre del pluralismo y el respeto cultural se deben respetar prácticas lesivas de derechos humanos básicos. (Claro que esto también –estos derechos humanos básicos también– se definen desde una determinada cultura, la contracara de estos problemas es el relativismo. Pero los DDHH suelen operar como una barrera universalista, como un piso mínimo. Son lo que el jurista italiano Luigi Ferrajoli denomina “*la esfera de lo indecible*”). El multiculturalismo ha ido sin embargo más allá, ha trascendido en parte este problema relativismo-universalismo centrándose en un solo derecho: el derecho de salida. Por eso es tan importante este derecho y por eso queremos profundizar su análisis. Porque en él reside una de las claves del multiculturalismo y la democracia contemporánea. Ese derecho es la bisagra que divide las aguas de lo legítimo y de lo intolerable. El problema está, como dijimos aquí, en cómo ese derecho elemental se define; lo cual es elemental para comprender de qué manera se ejerce.

13. Esto explica el auge político de los derechos sociales, mal llamados por parte de la doctrina derechos humanos de “segunda generación”, olvidando el determinante rol instrumental que tienen (para darle volumen a la autonomía civil) sin los cuales los derechos civiles y políticos no pasan de ser meras promesas o ficciones, no derechos.

Se debe determinar también si existe un doble estándar de tratamiento a la luz del multiculturalismo. Cuando de por medio está la no asunción de una responsabilidad sobre abusos sobre las mujeres indígenas –defensa cultural–, muchos jueces suelen hacer lugar al multiculturalismo sin oponer mayores reparos, pero no es así cuando de por medio de la defensa cultural –como objeto de esa misma defensa cultural– están los recursos naturales o tierras fiscales, entonces los Estados suelen ser reacios al “reconocimiento” de las tradiciones y demandas de esa misma comunidad. Este punto parecería darle la razón a Okin: el multiculturalismo parece avanzar en los tribunales sólo cuando de por medio están las mujeres visas como “propiedad” de segunda categoría. Pero no cuando las comunidades reclaman a los estados importantes extensiones de tierra o recursos naturales. En esos casos, la defensa cultural es rechazada. Esto nos pone ante el problema de la doble moral, denunciado por Moller Okin en su ensayo.

En primer lugar, se debe brindar una definición de una práctica que ha crecido, como recuerdan Young, Okin, entre otras autoras, en los últimos veinte años. El avance del pluralismo jurídico, como parte del progreso de las democracias occidentales por constituir sociedades “abiertas” (Popper), ha generado conflictos no esperados al interior de esas sociedades democráticas. Conflictos generados al interior de la democracia<sup>14</sup>. El conflicto generado en los tribunales por la llamada “defensa cultural” es, acaso, el más complejo de todos ellos. Naturalmente, como recuerda Moller Okin, el hecho de que los actores –las víctimas– centrales de esos procesos o estas prácticas judiciales sean las mujeres hace, muchas veces, que no se le preste a estos fenómenos la debida atención<sup>15</sup>.

Por qué ponemos entre comillas las palabras “defensa cultural”. La razón es sencilla: porque la apelación a la cultura en los tribunales no sería en muchos casos otra cosa más que una excusa –un nuevo subterfugio jurídico– para evadir una responsabilidad penal. Para no asumir las consecuencias en la producción de un daño. Esto es lo que denuncia el feminismo

14. Pero el conflicto, como afirma Jacques Rancière, es la esencia de la democracia.

15. Okin subraya también que incluso los defensores de los derechos de grupo no toman debidamente en cuenta que los “grupos” no son a su interior tan homogéneos como sus defensores pretenden.

norteamericano<sup>16</sup>. Que la defensa cultural no es, por paradójico que parezca, la defensa de una cultura, sino la apelación estratégica como subterfugio jurídico, a la cultura para no asumir una responsabilidad legal en los tribunales. Para determinar si es o no es un subterfugio más que una genuina defensa de una cultura, es importante que todos los actores (hombres y mujeres, no solo varones) puedan dar su visión acabadamente sobre lo que conforma esa cultura. Cuáles son sus prácticas, sus tradiciones, sus valores. Cuando las mujeres son excluidas, entonces lo que la cultura significa para los hombres puede ser muy diferente –y a menudo lo es– de lo que significa para las mujeres. Lo que para muchos hombres puede formar parte de la cultura o de la tradición para muchas mujeres puede ser o significar abiertamente violencia. Trazar la línea entre una cosa y la otra (entre la violencia y la cultura, entre la violencia y la tradición) no siempre es sencillo. Menos cuando las mujeres no son escuchadas<sup>17</sup>.

“What is a cultural defense?”, se pregunta Alison Renteln en su libro *The cultural defense*. “The cultural defense is a legal strategy that would enable courts to consider the influences that allegedly affected the behavior of a defendant or plaintiff in a given case. In a criminal case it could result in a partial or complete excuse or it could be rejected entirely. (...) Cultural defenses are known to have been used in criminal cases involving animal

16. Okin, Susan M. “Justice and Gender”, en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 16, 1987. Pp-42-72.

17. “Es especialmente importante considerar las desigualdades entre sexos, por ser menos públicas y más difícilmente discernibles. Adicionalmente, las políticas diseñadas para responder a las necesidades y reclamos de las minorías culturales deben tomar en serio la representación adecuada de los miembros más débiles del grupo. Porque si el cuidado de los derechos de minorías culturales va a ser consistente con los fundamentos del liberalismo, no puede haber justificación para presuponer que los líderes auto-proclamados del grupo (ancianos y hombres), representan los intereses de todos los miembros grupo. A menos que las mujeres y específicamente las más jóvenes (ya que las mayores son obligadas a hacer cumplir las desigualdades de género) estén representadas en las negociaciones sobre los derechos de grupo, sus intereses pueden verse perjudicados, en vez de ser promovidos, sus garantías al ser otorgados estos derechos.” (Okin, S. M. Op. Cit. 1999) Lo importante, como se observa, es el grado de representación propia de las mujeres. Su participación directa en los procesos culturales. Donde no hay participación, no puede haber “salida” como derecho. Y en consecuencia, no puede haber “defensa cultural” para tolerar un abuso. No puede haber multiculturalismo.

slaughter, arson, bribery, child abuse, drugs, homicide, sexual assault, as well as many others types of offenses”.<sup>18</sup>

La defensa de una cultura puede confrontar contra el eurocentrismo inherente de los sistemas jurídicos occidentales (también contra el eurocentrismo de los jueces<sup>19</sup>) y presentar como legítima la defensa de una tradición que esos sistemas jurídicos muy a menudo a priori criminalizan<sup>20</sup>. La defensa de una cultura puede ser siempre una defensa justa. Esto no significa, sin embargo, que toda conducta criminalizada por los sistemas jurídicos deba ser (o pueda ser) eximida en nombre de una cultura. Solo será así cuando queda claro cuáles son los límites de esa cultura y sobretodo, cuando todos los integrantes de esa cultura sean escuchados. No cuando hay excluidos. Cuando hay excluidos, la definición de la cultura –brindada en los tribunales– no dejará de ser una visión parcial. Esto no se arreglaría tampoco con antropólogos y peritos. Haría falta más: haría falta que las mujeres –víctimas de estas prácticas “ancestrales” que las silencian– participaran activamente de estos procesos. Sean escuchadas.

La denuncia del feminismo es doble: la apelación a la cultura no solo se usa para justificar daños graves que padecen las mujeres, a su vez, inseparable de lo primero, la voz de la mujer no es oída tampoco respecto de esa cultura que se le arroga como “propia”. Son las dos caras de una misma moneda. Por eso la redefinición del derecho de salida es inseparable de la libertad de expresión.

Esta práctica solo funciona si la mujer no tiene poder para definir la cultura en que vive. Si los tribunales no toman debidamente en cuenta su visión sobre esa cultura. Por eso se adopta (o se finge) la “salida” como último argumento. El problema es que muchas veces las mujeres no salen –no buscan salir tampoco– por miedo, por no considerar que esa salida de ese mundo (que se les impone) exista (y mucho menos pensar que existe un “derecho” a ella). Por el sencillo hecho de que salir –intentar salir– significa arriesgar su propia vida. No han sido educadas para pensar que una

18. Renteln, Alison Dundes. *The Cultural Defense*. Oxford University Press, U.S.A.; Ed. 2005.

19. Eurocentrismo que está también presente en la enseñanza del derecho.

20. Por ejemplo los indígenas mapuches que reclaman por tierras y que en Chile fueron procesados bajo la ley de terrorismo.

“salida” fuera posible. Que hay otro lugar que no sea ese. El derecho toma esto invertido: cree que la mujer que no sale –que no “escapa” por miedo o desconocimiento de que es o sería posible– es una mujer que consiente. Una mujer libre. Conforme con “su cultura”. Con todas las violaciones, privaciones y violencias que padece. Por eso es menester repensar la salida a la vez que repensar la libertad de expresión de la mujer. Si la mujer no puede definir su cultura, entonces tampoco es libre para abandonarla. Esta es nuestra premisa. Si no puede hablar, no podemos presumir –y usar esa presunción legalmente y también cínicamente para tolerar los abusos– que puede salir. No puede. Para definir lo segundo (la salida como derecho), es menester, entonces, definir bien lo primero: que en esa cultura (de la cual la salida se presume) exista también la libertad básica de poder alzar la voz libremente y contra esa misma cultura. Donde eso no es posible, por el motivo que fuera, la salida no puede existir nunca como un derecho. La presunción de salida se derrumba. Es una falacia. Y lo que el multiculturalismo necesita para sostenerse no es un riesgo o una posibilidad, es un derecho. El derecho de ser escuchado sin temor a ser reprimido, asesinado, silenciado, es inherente y previo a toda “salida”. En una cultura que reprime a las mujeres, no puede presumirse legítimamente que las mujeres tienen sin embargo ese derecho esencial de salida que necesita el multiculturalismo para sostenerse.

Sostiene Okin que “por lo general, entonces, la defensa de “prácticas culturales” tiene mayor impacto en las vidas de mujeres jóvenes y niños que en la de los hombres y mujeres adultas, debido a que más del tiempo y la energía de las mujeres está dedicado a preservar y a mantener el lado reproductivo y familiar de la vida. Obviamente la cultura no es solo la de los hechos domésticos, pero ellos nos dan un enfoque importante de la mayor parte de las culturas contemporáneas”<sup>21</sup>. Y prosigue más adelante la autora, después de repensar los cruces entre género y cultura: “Pero lo más importante es que al no proteger a las mujeres y a los niños de minorías culturales, de la agresión, de la violencia de hombres y algunas veces de la violencia maternal, se están violando los derechos individuales del más débil mediante la defensa cultural. Cuándo una mujer originaria de sociedades patriarcales viene a Estados Unidos o en algunos casos a otros

21. Okin, S. M. Op. Cit. 1999.

países occidentales liberales, ¿por qué debería ella estar menos protegida de la violencia masculina que las otras mujeres? Muchas mujeres de minorías culturales se han quejado de esta doble moral aplicada en beneficio de sus agresores.”<sup>22</sup> Cuando Okin denuncia una “doble moral” (en beneficio de los agresores de las mujeres), está denunciando el funcionamiento de la justicia. Está objetando prácticas argumentales que opacan la violencia que padecen las mujeres (por ejemplo indígenas) en una cultura, porque saben que negar esa violencia en una cultura es un requisito para preservar esa violencia también en otras culturas, donde esa violencia a menudo no es vista. De allí la importancia del esencialismo de género, del feminismo esencialista. Por eso Okin denuncia la defensa cultural en la justicia como una forma de “intercambio” entre culturas mayoritarias y minoritarias: el objeto de intercambio es la mujer. Como se advierte, esta crítica solo puede realizarse desde un enfoque próximo al esencialismo de género y no desde un feminismo no esencialista. Esto explica, también, por qué la “opción de salida” para muchas mujeres (por ejemplo indígenas pobres) que predicán las democracias más civilizadas del mundo no es el fondo para esas mujeres una salida real, porque esas mismas democracias que las predicán como argumento para tolerar (abusos en) otras culturas, en rigor cuando esas mujeres logran salir (es decir, logran ejercer su derecho) tampoco son entonces “bien acogidas”, sino maltratadas, discriminadas, excluidas, sometidas, violadas, encerradas, o deportadas, vinculadas a redes de prostitución o de tráfico de drogas, es decir, sometidas nuevamente a formas de la violencia de género. Desde esta otra óptica también se confirmaría la lectura de Moller Okin. Hay una doble moral. La opción para las mujeres termina siendo siempre la misma: elegir entre distintos tipos de violencia. A eso quedaría reducida la “salida” de la mujer<sup>23</sup>. En el fondo la mujer no tendría a donde salir. (Esta es la base del esencialismo de género) No puede salir. Para la mujer “no hay salida”. Como dijimos, esto solo puede entenderse desde un esencialismo de género, que trascienda en su crítica la situación de cada cultura y aspire a una lectura comprensiva de la

22. Okin, S. M. Op. Cit. 1999.

23. Por eso mismo el feminismo (esencialista) aspira, en el fondo, a redefinir el Estado. Véase Mackinnon, Catherine A. *Toward a feminist theory of the State*. Cambridge, M. Harvard University Press. 1995.

situación de vulnerabilidad que viven las mujeres en casi todas las culturas. Y es, como afirma Okin, el género es uno de los factores constitutivos –sino el más determinante– de todas las culturas. Vencer, entonces, los vicios de la defensa cultural que denuncia el feminismo esencialista, es una forma de vencer la doble moral del derecho. La doble moral de la justicia. Es una forma de reivindicar los derechos humanos de la mujer.

Un ejemplo. Una mujer acaba de ser condenada por una corte tribal en India a ser violada por doce hombres de la tribu (de su cultura) por no poder pagar una condena de 400 dólares, que le fue impuesta por haberse enamorado de un hombre de una tribu diferente. La Ministra de Información de India deploró enérgicamente esta práctica. Esta condena. Pero eso no evita que la violación se produzca (legalmente) en nombre del respeto de las tradiciones y de la “cultura” de las distintas comunidades que habitan en ese país. Que esa “condena” aberrante sea producto incluso de normas (de sistemas de normas) que son respetadas en nombre del multiculturalismo y la diversidad. Una violación, en suma, que es producto del Derecho. La pregunta, una vez más, es dónde está el límite. Donde el “respeto” cultural (la cultura) se convierte en complicidad con la violencia. Qué entendemos por dignidad. Qué entendemos por derechos humanos, por género y cultura, y cómo logramos que estos derechos (que suponen siempre un piso universalista, donde las personas tienen una dignidad inherente, por eso pueden “salir”, porque son fines, no medios de su cultura, no objetos, no cosas) sean compatibles –pero también precisar cuándo no lo son– con el respeto entre culturas.

Los derechos humanos precisan un límite basado en la idea de dignidad, que impone tratar a toda persona –independientemente de la cultura en la que vive– como un fin, no como un medio.<sup>24</sup> Este es el costado universalista de los derechos. Sin dignidad no habría tampoco salida. Esto quiere decir que la idea de dignidad, a través de la construcción de la salida como un derecho universal, también trasciende a cada cultura. Porque la salida obligatoria presupone que toda persona es un fin, no un medio.<sup>25</sup> “A pesar de la evidencia de las prácticas culturales que controlan y subordinan a las

24. Kant, I. *Metafísica de las Costumbres*. Ed. Losada. Buenos Aires. 1998.

25. Empezamos a observar de este modo que el multiculturalismo es una construcción con elementos liberal-igualitarios, que no lo deslegitiman. Al contrario, ayudan a entenderlo y a entender su funcionamiento.

mujeres, ninguno de los defensores de los derechos de grupos o minorías culturales, ha encarado de manera adecuada los conflictos entre género y cultura o los conflictos entre el feminismo y el multiculturalismo”, señala Moller Okin en su ensayo. Y agrega, analizando el pensamiento liberal de Kymlicka, “A pesar que Kymlicka con justicia opina que no se debe conceder derechos de grupo a los grupos minoritarios culturales que practican discriminación sexual, sus argumentos a favor del multiculturalismo no toman en cuenta lo que él reconoce en otros textos: que la subordinación de la mujer es a menudo informal y privada, y que virtualmente ninguna cultura en el mundo, minoritaria y mayoritaria, pueda pasar el test que él propone de “ninguna discriminación sexual” en la esfera privada”. La esfera privada es la esfera que suele librar el derecho, de muchas formas, al control de los varones. La desigualdad tiene que ver con los cruces entre género y cultura. La cultura y el género tienen que ver a su vez con la construcción de esas esferas. Con la esfera pública y con la esfera privada.

Puede agregarse, en desmedro de lo que dice Okin, que incluso cuando esa discriminación sexual es abierta y formal, como ocurre en muchos países, aun así es legitimada por el multiculturalismo. El respeto de prácticas violatorias amparadas en la “cultura” es la última barrera que debe afrontar el género. La última barrera que debe afrontar el feminismo esencialista para reivindicar los derechos humanos universales de la mujer. Esos derechos humanos aun no son universales, la barrera la ponen precisamente las distintas culturas. Las distintas “tradiciones” que debe repensar el Derecho. El feminismo esencialista de género se opone precisamente a esta violencia, pensada como consustancial de todas las culturas, ya que la inmensa mayoría de ellas está construida, como recuerda Okin, sobre la dominación de las mujeres. En algunas culturas esta dominación se observa más, en otras tal vez se observa menos, pero eso no quiere decir en modo alguno que esa violencia y esa dominación sobre la mujer no exista. Se encuentra en todas las culturas, en algunas esa violencia es más formal, en otras más informal, en algunas culturas esa violencia es menos evidente, en otras, como en la India, es más clara. Por eso este debate sólo puede darse y pensarse desde un feminismo esencialista. Porque el esencialismo cruza todas las culturas –el análisis de cada cultura– desde ese prisma primero: la sumisión, el sometimiento de las mujeres. Su ausencia de derechos y garantías. Su ausencia de libertad. Su imposibilidad de salida.

### **III. La tensión entre género y cultura, piedra de toque del debate multicultural.**

Sostiene Catalina Marina Botero en su trabajo *Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, que: “Ahora bien, el marco normativo constitucional –el bloque de constitucionalidad– incorpora una indiscutible y difícil tensión. De una parte, consagra y garantiza los derechos propios de un Estado liberal y, de otra, reconoce la dignidad e identidad de minorías nacionales y les confiere el carácter de comunidades especialmente protegidas. Al respecto ha dicho la jurisprudencia colombiana: La Corte ha entendido que la consagración del principio de diversidad étnica y cultural, del cual se derivan los derechos fundamentales antes mencionados (derechos diferenciados en función del grupo), se encuentra en una relación de tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, toda vez que, mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones. Sin embargo, esta tensión valorativa no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia pacífica, motivo por el cual está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esta labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues, de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista (C.P., artículos 1º y 2º) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (C.P., artículos 13 y 70).” Haciendo eje en la jurisprudencia de Colombia, Marino Botero se pregunta: ¿Cómo resolver la tensión existente entre diversidad y unidad? ¿Deben los jueces, la administración o el legislador dar prelación a la realización de un proyecto económico que puede generar riquezas colectivas –y en consecuencia satisfacer derechos sociales y económicos de una parte de la población–, sobre el derecho de una comunidad indígena a la propiedad del territorio ancestral en el que habita y respecto del cual tiene una íntima relación espiritual de pertenencia? ¿Debe primar el derecho a la subsistencia de una comunidad indígena milenaria sobre los derechos humanos de quienes, desde adentro, promueven directa o indirectamente

tamente su disolución? ¿Cómo deben armonizarse los derechos colectivos a la seguridad y al desarrollo con los derechos especiales de las comunidades indígenas?, ¿Cómo pueden coexistir el principio de diversidad étnica y cultural y la primacía constitucional de los derechos humanos?”<sup>26</sup> Responder a esta pregunta es dirimir la tensión entre género y cultura presentada por Okin a partir de un término básico que está presente en la base del multiculturalismo: la dignidad, ya que la misma justifica el derecho de salida como tal internamente, como un derecho. Sin la dignidad, ese derecho no tendría sentido, porque no habría forma de imponerlo (justificarlo) desde otra cultura externa, es decir, de trascender el relativismo o el eurocentrismo. Entonces la defensa de la dignidad de cada persona no es una defensa externa al multiculturalismo. Está en su base.

#### **IV. Los derechos humanos de las mujeres. Entre el universalismo y la autodeterminación. Entre la defensa de la cultura y la defensa de la dignidad.**

“¿Por dónde empieza el feminismo?”, se pregunta Catherine Mackinnon, “El feminismo comienza por la sencilla observación de que las mujeres son personas. Luego avanza sobre la más compleja observación de que se les ha negado, para su desventaja, tan simple reconocimiento”<sup>27</sup> El multiculturalismo no es ajeno a esta pregunta. Las críticas del feminismo de autoras como Moller Okin al multiculturalismo, sintetizan este punto o esta falta que menciona Mackinnon. La falta de reconocimiento de la mujer como un ser con derechos. Con dignidad. Con libertades esenciales o básicas que le dan contenido a su carácter de persona. Que le permitan vivir en libertad. Libre de los abusos. Libres de la violencia. Esta violencia atraviesa, según el feminismo esencialista de género de autoras como Mackinnon, a todas las culturas. Sin embargo, el derecho penal no ha sido construido para oír o nombrar todas las violencias, como afirma Frances

26. Marino Botero, Catalina. *Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Conferencias FLACSO. Ecuador. 2003. pp. 55-57.

27. Véase Mackinnon, C. A. “Integrando el feminismo en la educación práctica”. en *Revista Academia*. Año 3. Número 6. UBA. 2005. pp. 157-175.

Olsen<sup>28</sup>. Solo algunas. Hay una gran parte de violencia (sobre las mujeres) que no es percibida por el derecho como tal. Como violencia. Sino que es vista y descripta y transmitida como tradición. Como norma. Como cultura. Como valores. Como espectáculo. Como libertad. Como emancipación sexual. Desnudar esto es el propósito esencial del feminismo norteamericano de Mackinnon. Hacer visible una violencia invisible. Que aun hoy el derecho no ve. Que se resiste a ser nombrada.

Según Amnistía Internacional, millones de mujeres en todo el mundo (140 millones, probablemente más) han sufrido la mutilación de sus genitales (a muchas se les cose la vagina para que conserven la fidelidad, o para que lleguen vírgenes al matrimonio<sup>29</sup>). Alrededor de ocho mil niñas y adolescentes al día y tres millones al año padecen la mutilación. Es una violencia silenciada y silenciosa, que no se denuncia. Al contrario. Se incorpora como “tradición”. Como “cultura”. (Nosotros diremos que una mujer, que una niña con la vagina cosida no tiene ninguna “palabra”, ninguna libertad, ninguna salida, una mujer a la que se le mutilan los genitales no es libre, no tiene libertad, esta esclavizada desde que nace, aunque el derecho presuponga, para su propia comodidad, que es libre). Para esto –legitimar esta práctica– que busca controlar la sexualidad de la mujer, se esgrimen razones culturales y religiosas, pero también razones jurídicas. La argumentación jurídica ha dado forma en los últimos años –en las últimas tres décadas– a la llamada “defensa cultural” (cultural defense). En ella un integrante de una comunidad determinada (fundamentalmente varones de comunidades indígenas) esgrime razones culturales (el respeto de pautas culturales ancestrales propias) para no ser condenado (s) o juzgado (s) por la comisión de un delito. La inmensa mayoría de esos delitos cobran dos formas: delitos contra la propiedad y delitos contra las mujeres. Pero en los dos casos, la respuesta de la justicia suele ser muy diferente. En un caso se hace lugar al “multiculturalismo”. En otro, no. Lo que dirime es lo que está de por me-

28. Olsen, F. “El sexo del derecho”, en *Identidad femenina y discurso jurídico*, compilado por Alicia Ruiz, Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000, pp. 25-42.

29. Estas intervenciones se hacen sin utilizar anestesia. (AI) Estas mujeres ven desde que nacen todo su cuerpo sometido a decisiones ajenas (de la cultura, la “tradición”, los valores), que les producen, desde que nacen, inmenso dolor. Desde que nacen se sienten víctimas despersonalizadas. Cuerpos sin voz. Ni derecho.

dio: cuando hay de por medio reclamos de tierras fiscales, los Estados no se muestran proclives a aceptar la defensa cultural. Al contrario, reprimen duramente a las comunidades indígenas. Pero distinto es el caso cuando de por medio están las mujeres. En esos casos la justicia sí parece proclive a aceptar esa defensa y tolerar abusos o delitos. Este doble estándar –o doble moral– debe ser combatido. Esta doble moral expresa las contradicciones denunciadas por el feminismo entre el género y la cultura, donde la cultura parece constituida y defendida para dominar el género.

La foto de una joven mujer afgana con su nariz mutilada por su marido dio la vuelta al mundo hace pocos años. Pero su marido no había infringido la ley ni cometido delito alguno. Al contrario. Había respetado una cultura propia. Una tradición y un sistema legal y hasta un sistema de valores. Estos son solo ejemplos de lo que muchas “culturas” –como dice Moller Okin– hacen con la mujer. De la violencia que muchos denominan cultura o tradición. Pluralismo. De una violencia atroz que muchas veces se escuda en el Derecho. Es escondida por el propio Derecho. Negada. La violencia de género es el problema más grave que enfrenta el Derecho en América Latina<sup>30</sup>.

Dijimos que el objetivo de este ensayo es responder a la pregunta que se hiciera Susan Moller Okin en uno de sus últimos trabajos en Princeton, *Is Multiculturalism Bad for Women?*. ¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres? Trataremos de responder a esa pregunta compleja, que todavía hoy interpela a los políticos y juristas argentinos, pone en jaque a las políticas de género de la región sudamericana, donde las políticas de género, que buscan visibilizar la violencia que padecen las mujeres, conviven muchas veces con las políticas de respeto a las prácticas culturales ancestrales de distintas comunidades indígenas, entrando muchas veces, sin embargo, en contradicción con ellas; el respeto a las prácticas culturales ancestrales ha ganado, casi al mismo tiempo que la mujer conquistaba sus derechos, otros derechos al respeto, que muchas veces entran en contradicción paradójicamente con el respeto a los derechos que ha conquistado la mujer. Por eso las políticas de género se deben repensar en el marco de un pluralismo jurídico y una democracia multicultural que no respeta solo a las mujeres,

30. No casualmente la región con los mayores índices de desigualdad del mundo (ONU, CEPAL)

sino, como diría Moller Okin, a las comunidades que muchas veces definden como cultura y tradición prácticas lesivas de los derechos de la mujer, prácticas opresivas y violatorias que los varones indígenas denominan cultura e incluso derecho.<sup>31</sup>

Este es uno de los dilemas del derecho: el multiculturalismo parece entrar en contradicción con el feminismo, y con los derechos humanos de la mujer.<sup>32</sup> El género parece entrar en tensión con la cultura. La defensa de la cultura (la “cultural defense”) parece entrar en contradicción con la defensa del género. Con sus libertades básicas. Esta es la paradoja que queremos dejar planteada en este trabajo. Judith Butler diría: cómo respetar a la mujer (indígena, cómo salvarla, cómo salvarle la vida) sin caer, al mismo tiempo, en alguna forma de imperialismo cultural. Esta es una contradicción del multiculturalismo y del derecho latinoamericano y argentino. (¿Es la idea de “dignidad” humana una idea necesariamente eurocentrista? ¿Debe descartarse por eso? ¿No se puede entonces –sin quebrar el multiculturalismo– apelar a la “dignidad” para salvar la vida de una mujer?) Que no existe, como veremos, para la mujer golpeada, mutilada, violada, un auténtico “derecho de salida” de las culturas que las oprimen. Culturas que las silencian y que sin embargo se les arrogan judicialmente como propias. La mujer está atrapada. Ese derecho de salida no existe. Porque la mujer no tiene palabra. Que ese derecho (que el multiculturalismo presume que existe) está definido de tal modo que la mujer oprimida jamás puede llegar a ejercerlo: el pretendido “derecho de salida”. Si demostramos que ese derecho formal no es tal como el multiculturalismo lo define o presupone, entonces el multiculturalismo mismo podría naufragar como construcción teórica. Como edificio. Porque depende de él para no caerse. La mujer está encerrada y silenciada mientras el derecho finge o presupone que es libre. Que puede salir, cuando muchas veces no puede ni siquiera alzar su voz sin poner en riesgo su propia vida.

31. Okin, S. *Is Multiculturalism Bad for Women?* Princeton University Press. 1999.

32. Uno de los desafíos del multiculturalismo es (como dicen Fraser o Touraine) el desafío del reconocimiento. De un otro que busca ser reconocido. Ese otro muchas veces, como dice Simone de Beauvoir, es la mujer. Otro contra el cual muchas veces se edifica el Derecho y se escriben los códigos.

No se puede reconocer una cultura que no deja salir a sus integrantes. Ser libres. Que los encierra. Entender esto es esencial para entender la situación de las mujeres. Por eso adoptamos, a su vez, un esencialismo de género.<sup>33</sup>

Nuestro primer presupuesto (nuestra vía indirecta para desmontar el multiculturalismo, es recurriendo a la libertad de expresión de la mujer, única forma de demostrar que la mujer no tiene “salida” es demostrando que la mujer –en muchas culturas– no tiene palabra) es que una mujer que no puede hablar, que está acallada, silenciada (por la cultura que se le impone como “propia”), no puede tener el “derecho” a salir de esa misma cultura que la silencia. No es tomada en cuenta. Puede tener la “posibilidad” (de salir), pero no el derecho. Puede “escapar” (correr un riesgo enorme) pero no tener un derecho. Y lo que el multiculturalismo necesita para construirse –para sostenerse en serio– no es cualquier cosa, no es un riesgo, un heroísmo, un arrebato por escapar, es un derecho: un derecho de salida<sup>34</sup>. Sin ese derecho (no la posibilidad de escapar y luego ser recapturada y condenada a ser apedreada por la comunidad), no hay multiculturalismo. El desafío es cómo probar que ese derecho de salida no existe cuando las propias mujeres que padecen la violencia en esa cultura –y por eso temen y no salen aunque el derecho presuponga livianamente que podrían hacerlo–, no la denuncian por miedo, porque han sido educadas para callar y de hecho callan. El desafío es, entonces, cómo pensar ese silencio. Cómo lo interpreta el derecho. Cómo lo interpreta la Justicia en América Latina. Qué es lo que hace –y qué

33. Sin un feminismo esencialista de género (como el feminismo de Catherine Mackinnon) no se puede dar ni entender correctamente el debate del multiculturalismo, porque no se puede comprender a fondo la tensión entre género y cultura, como afirma Okin. La única manera de hacerlo es desde el esencialismo de género. No desde un feminismo no esencialista. Un feminismo no esencialista no descubre esta tensión. No tiene herramientas conceptuales para desglosarla.

34. El test del multiculturalismo es simple. Se respeta una cultura mientras (en tanto) todos los miembros de esa cultura puedan salir, abandonarla. Ser libres. Sean tratados como personas. Como fines de la cultura. No como medios (sin dignidad). El problema que plantea el feminismo es que muchas veces el derecho presupone que personas atrapadas son libres cuando no lo son, que pueden salir cuando no pueden. Las mujeres son ese grupo silenciado. El problema que denuncia el feminismo es que el derecho muchas veces por comodidad (del hombre, en una sociedad patriarcal que gira alrededor de sus deseos e intereses) presupone que la mujer es libre, cuando no es así. Está presa.

es lo que debe hacer— la Justicia cuando se enfrenta con una mujer callada. Silenciada. Cómo piensa la justicia la libertad de esas mujeres de expresarse.

En este contexto, para ilustrar el debate, analizaremos brevemente el caso Ruiz, el caso de un indígena argentino wichi (de Salta) que interpuso la *defensa cultural* para no ser condenado por el delito de violación de la hija de su mujer, menor de edad, que a raíz de la relación con su padrastro —con quien vivía— quedó embarazada<sup>35</sup>.

De nada sirvió que la ex esposa de Ruiz (de la misma comunidad indígena) alegara que no era “tradición” ni “cultura” de esa comunidad (Wichí) que los padres o padrastros tuvieran relaciones sexuales con sus hijas después de la primera menstruación de éstas, como alegó su marido<sup>36</sup>. La justicia no escuchó a la mujer. Escuchó (y disculpó) al hombre. Para la justicia no hubo abuso. La justicia del Estado argentino (Salta, una provincia donde la violencia de género es sumamente grave, donde las redes de trata parecen gozar de enorme impunidad) entendió que el indígena no había cometido delito alguno porque al tener relaciones sexuales con la hija de su mujer solo “respetaba una tradición” (cultural)<sup>37</sup>, no tenía conciencia de cometer delito alguno.

Estos son los mensajes que brinda el derecho penal. Como diría Tamar Pitch, su poder simbólico. No solo la sentencia. Sino el mensaje que viene

35. SCJ Salta, 29/09/06, “C/C.R., J.F.- recurso de casación” (Argentina) 29/09/06. El caso testigo que tomamos para analizar el debate multicultural en el derecho argentino, es el caso Ruiz, que llegó a la Corte Suprema de Justicia de Salta en 2006. Ruíz logró imponer la idea de que al tener relaciones sexuales con la hija de su mujer menor de edad (y embarazarla) sólo respetaba “una tradición”. Una cultura. incluso cuando esto fuera cierto, esto no responde a la pregunta fundamental: por qué esta violencia debe ser tolerada, con el argumento que fuera, por la democracia. Por qué la democracia debe abandonar a las mujeres indígenas. Por qué debe hacerlo el derecho público tachado de “occidental” o “liberal” por quienes defienden, como afirma Okin, los derechos de grupo (sin ver, sin embargo, las desigualdades inherentes a esos “grupos”, donde las mujeres también son excluidas. La desigualdad no es un problema menor, es el problema esencial que explica la diferencia en el género detrás de la aparente linealidad-igualdad de la “cultura” en el “grupo”, cuyos voceros, sin embargo, no suelen ser las mujeres, sino los varones)

36. Que dentro la cultura Wichí se denomina “matrimonio privignático”

37. Pese a que su propia mujer lo denunció por violación de su hija, aunque luego, ante las amenazas que recibió en su propia comunidad, en su propia “cultura”, decidió retirar la denuncia, hacer silencio sobre lo que ella misma había dicho. La mujer de Ruiz fue intimidada y compelida a callar por el cacique mismo.

en ella<sup>38</sup>. Esto nos obligará a responder afirmativamente a la pregunta de Susan Moller Okin. El multiculturalismo sí parece ser, en muchos casos, (como éste, como todos los que observamos en India, aunque también en Argentina y en distintas comunidades de Brasil) malo para las mujeres. Y sus derechos. Porque sólo los hombres tienen, o parecen tener, aun hoy, en Sudamérica al menos, el poder concreto de definir y describir (de decidir qué es) su cultura. De tener palabra. Ese es un poder o un derecho que la mujer aún no tiene. Y tal vez nunca ha tenido. Este derecho la palabra es sin embargo el primer derecho, el primer paso que la mujer necesita conquistar para conquistar su (derecho de) “salida”. Una mujer sin palabra es una mujer sin salida. Atrapada. Es una mujer sin derechos. Esto es lo que hasta ahora no ha visto o no ha querido ver el multiculturalismo. Que el derecho de salida depende del derecho a la palabra. La palabra viene antes que el derecho. (Lyotard) El debate del multiculturalismo esconde así otro debate aún mayor: el debate por el valor de la palabra de la mujer oprimida. Violada. Castrada. Silenciada. Sola. Cómo se interpreta el silencio de esas mujeres pobres, indígenas, solas, desde el Derecho. Cómo se interpreta ese silencio en los tribunales. Cómo lo interpreta la justicia. Por eso sostenemos que para pensar la libertad de salida (de una cultura) se debe pensar primero la libertad de expresión de las mujeres. Sin esa libertad, la salida no es un “derecho”. Sin esa libertad no hay multiculturalismo. Hay violencia legitimada, que no es lo mismo. Esto es lo que denuncia el feminismo detrás de la “defensa cultural”. No la defensa de una cultura, sino un subterfugio jurídico (lo que los abogados llaman maliciosamente “una estrategia” legal) para amparar formas de la violencia sobre la mujer.

En la Argentina se asiste en los últimos años a un aumento –o exposición más abierta– de la violencia de género. A un reconocimiento de un problema social grave. El derecho se muestra del todo incapaz para contener y comprender esa violencia. Una mujer es asesinada cada día por cuestiones vinculadas al género<sup>39</sup>. Mujeres son quemadas, violadas, mutiladas, asesinadas. Estas mujeres no encuentran debida asistencia judicial. Nadie ni nada las protege. Veremos que la cuestión repetida de género y política puede ser reformulada como “género y libertad de expresión” ya que en Sudamérica

38. Tamar Pitch se refiere en varios libros al poder simbólico del derecho (penal).

39. Amnistía Internacional.

al menos, la palabra de la mujer no vale lo mismo que la palabra del hombre. Esto es determinante para la política. Y también para la igualdad y el derecho. Que la palabra de la mujer no tenga peso –el mismo peso que la palabra del hombre– es ya un antecedente de la violencia de género. Para conquistar la política la mujer primero tiene que conquistar la palabra, que durante tanto tiempo le ha sido negada. El multiculturalismo, para permitir que las mujeres salgan, primero tiene que permitir que las mujeres hablen. Una mujer que no puede hablar (en la cultura o en la justicia), una mujer silenciada, con miedo, es una mujer que no puede salir. Que está atrapada en su silencio. Que vive detrás de un muro.

Es importante advertir que para miles de mujeres en Sudamérica el debate del multiculturalismo no es un debate para solaz o comodidad de los académicos. No es un divertimento de la cultura académica argentina o europea. De la claridad de este debate conceptual dependen las vidas de millones de mujeres (por ejemplo, indígenas) que desde que han nacido han sido educadas para callar y ser objetos<sup>40</sup>. Para no existir y no expresarse.

## **V. Dos presupuestos. La igualdad. El feminismo esencialista y no esencialista.**

“Tu habla no sólo se articula de manera diferente sino que es silenciada, eliminada. Desaparecida” (Mackinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*)

Quisiera mencionar, antes de continuar, los dos presupuestos, desde los cuales reconstruyo y respondo a la pregunta de Susan Moller Okin, también sugerida por Seyla Benhabib<sup>41</sup>. Uno de esos presupuestos es que

40. Desde Aristóteles la mujer es definida como un ser pasivo, sin entendimiento activo que le permitiera participar activamente, como el hombre, de la esfera pública, de la política y el honor.

41. Benhabib, Seyla. *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*. Princeton University Press. 2002. Para una lectura crítica del multiculturalismo puede verse también: Zagrebelsky, Gustavo. *La virtud de la duda. Una conversación sobre ética y derecho con Geminello Preterossi*. Ed. Trotta. Madrid. 2012. Cap. 5. Pluralismo y multiculturalismo. Pp. 87-107.

el debate del multiculturalismo no puede darse desde cualquier feminismo, desde un feminismo no esencialista de género, sino solo desde un feminismo esencialista de género, como el de Mackinnon. El segundo presupuesto, es que el multiculturalismo, como espero demostrar, tiene siempre una raíz igualitaria. Que el multiculturalismo, aunque pueda parecer paradójico en un principio, no puede escapar del igualitarismo, atravesado por la idea de dignidad, esto es, la idea de personas con derecho de salida supone necesariamente la idea de personas fines, no de personas “medios” de esa cultura, en cuyo caso (si fueran meros medios) no podrían salir.

El debate del multiculturalismo (planteado por Susan Moller Okin) no se puede dar pues desde un feminismo cualquiera, por ejemplo, un feminismo no esencialista de género, sino solamente desde un feminismo esencialista, como el feminismo radical de Mackinnon y Dworkin. Es la única manera, la única vía de entender o pensar la situación de la mujer –sometida– a través de todas las culturas. Es la única manera de trascender la cultura (muchas de las cuales silencian a las mujeres, y defienden ese “silencio” como una tradición ancestral propia que debe respetar la democracia) para pensar a la mujer con derechos.

El multiculturalismo debe repensarse críticamente a la luz de la libertad de las mujeres, que son las que carecen, precisamente, de ese derecho: la libertad de expresión. La libertad de palabra. Sin esa libertad, como puede verse tomando los planteos de Fiss, no hay “salida” posible (derecho de salida posible) para la mujer. Una mujer que no puede hablar, es una mujer que no puede salir. Una mujer que no tiene palabra es una mujer que no tiene derecho. Pero sin ese derecho, como veremos, se derrumba el multiculturalismo. Este es el nudo de nuestra construcción argumental, crítica sobre el multiculturalismo, que le debe mucho a los posicionamientos de Roberto Gargarella<sup>42</sup> y de Owen Fiss<sup>43</sup>. La libertad de expresión es inseparable de la libertad de salida. Y sin esta libertad –sin este derecho– el multiculturalismo se derrumba. Deja de ser tal.

42. Gargarella, Roberto; *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Buenos Aires. Ad-Hoc., 2005.

43. Fiss, Owen M; *La ironía de la libertad de expresión. Usos y abusos de un derecho fundamental*. Barcelona. Editorial Gedisa, 1999.

(Andres Breivik, asesinó 77 niños en un campus de Noruega y dio una sola explicación, una sola palabra, un solo concepto para justificar sus crímenes atroces, palabra a la que tal vez no le hemos prestado aun la debida atención: el multiculturalismo. El odio al

## VI. El multiculturalismo y los desafíos de la sociedad abierta.

*“Sí, lo volvería a hacer. Esos chicos no eran inocentes, eran militantes del multiculturalismo”* (Behring Breivik, en el juicio por la masacre en Noruega)

El multiculturalismo no es solo un problema o desafío de América Latina, de Argentina ni es solo un problema de la mujer. El multiculturalismo parece ser un verdadero desafío para la democracia. Y también para el derecho. El multiculturalismo exige, en función de los desafíos políticos actuales, ser repensado.

La masacre en Noruega (77 jóvenes y niños asesinados “por ser defensores del multiculturalismo”, “militantes”) puso en el centro de la escena algo que Europa ya conoce bien: la fragilidad de la democracia en tiempos de crisis. Decenas de niños asesinados a balazos por ser “defensores del multiculturalismo”. El terrorista neonazi, Anders Behring Breivik, que al momento de la masacre tenía 29 años, tenía para sus crímenes atroces, que conmovieron a Noruega y el mundo, una explicación concreta (que desarrolló en el juicio público que se le siguió en Oslo, donde fue condenado a la pena máxima): el multiculturalismo. “No reconozco el sistema judicial noruego, porque actúa bajo mandato de partidos que apoyan el multiculturalismo” (...) “Actué en defensa propia”, dijo Breivik. “Sí, lo volvería a hacer. No asesiné personas inocentes, maté “militantes del multiculturalismo”. Breivik, que fue condenado a veintiún años de prisión, (máxima pena en Noruega) dijo en su país que no admitía la autoridad moral de los jueces por defender también los jueces “el multiculturalismo”. “Esos no eran chicos inocentes, eran activistas políticos que trabajaban por el multiculturalismo”<sup>44</sup>. Esa matanza volvió a poner en el centro de escena el debate (central en Europa, asolada por el drama migratorio) sobre el multiculturalismo.

---

“multiculturalismo” está detrás de la masacre. La razón política, discursiva, la motivación (explicitada) de sus crímenes fue esa: el multiculturalismo.

44. Nussbaum, M. *El ocultamiento de lo humano. Vergüenza, Repugnancia y Ley*. Ed. Katz. Buenos Aires. 2007. Cap. II.

## **VII. El primer paso del multiculturalismo. Cambiar la denominación del derecho. Lyotard y los derechos humanos como *derechos del otro*<sup>45</sup>. Una renovación que alcanza al lenguaje jurídico.**

Sostendremos, tomando a Lyotard, que el primer paso del multiculturalismo es cambiar la denominación del derecho. No es lo mismo hablar de derechos “humanos” que hablar de (los) derechos del otro. Puede parecer una distinción banal, pero no lo es. Cualquier proyecto político puede hablar en nombre de los derechos “humanos” (de lo que él considera que son “humanos”, desde el etno-euro-centrismo se habla y se ha hablado siempre de “derechos humanos” o derechos universales del hombre, que alcanzaban, sin embargo, a muy pocas personas); en cambio no sucede lo mismo con el concepto del “otro”<sup>46</sup>.

El concepto de “otro” tiene en el siglo XXI un contenido emancipador que no tiene ni siquiera el concepto de derecho. El concepto de otro es superior al concepto de derecho e incluso es un concepto superior al concepto de derechos humanos. Porque incorpora otra faceta que el concepto de derechos humanos por sí solo no presupone. Por eso lo necesita el derecho. Por eso la lucidez de Lyotard es haberlos juntado. Es haber juntado el concepto de derecho con el concepto de otro, de otredad. Parece una idea autoevidente, pero durante mucho tiempo estas dos ideas (la idea de derecho y la idea de otro) transitaron caminos separados e incluso contrapuestos, por ejemplo durante la colonización. El multiculturalismo viene a pensar esta frontera. Estos caminos fueron, durante la colonización, caminos opuestos. Ser “otro” era el ser que “no tenía derecho”. Por ser otro. El mérito de Lyotard es haber juntado dos cosas que en principio parecían separadas, que no

45. Véase también el libro *Fruta Prohibida. La construcción jurídica de la modernidad*. Ed. Trotta, Madrid,

46. Hitler podía decir incluso –aunque no le importaba, porque el nazismo deploraba de la modernidad, deploraba de la Ilustración, con sus abstracciones de derechos humanos “universales”– que respetaba los derechos “humanos” de los que solo el nazismo consideraba “humanos” (que eran muy pocos); pero no los derechos del resto de “Parásitos” (de ese resto de “otros”) que no formaban ni debían formar parte de la “raza superior”. Precisamente lo que el nazismo no podía decir era que defendía los derechos del otro, porque todo su proyecto se basaba en eliminar esa otredad. En eliminar ese otro. En desaparecerlo.

tenían (necesariamente) mucho que ver. Hemos superado así una barrera. Hemos incorporado, después del horror de los campos de exterminio, lo que estaba separado. Derecho y otredad. Donde hay derecho hay otredad. Hoy los otros si tienen derechos (aunque no sean como yo). No deben dejar de ser lo que son. No son negados. No son asimilados. Esto revela un cambio fundamental en la naturaleza de los derechos. Ahora sabemos que sin otredad no hay derechos.

Este es el primer paso del multiculturalismo. Ampliar la idea de derecho. Su naturaleza. Construir los derechos como derechos del otro. De este modo no se construye solo el derecho, se construye y se piensa al otro, solo así se sostiene una democracia. Se sostiene a partir de la idea de que hay “otros”. Otras ideas. Otras perspectivas. Otros intereses. Otras opiniones. Otros valores. Otras culturas. Diferencias. Esa otredad no puede desaparecer porque si desaparece el otro, desaparece, con él, la democracia. El pluralismo. Todos los intentos pasados por anular o desaparecer a los otros, fueron de la mano de la negación del derecho. Concretamente: del totalitarismo que asfixió a la democracia y asesinó a las personas. Sin otro no hay multiculturalismo posible. El primer paso es ver a ese otro. Escucharlo. Dejar de negarlo. Reconocerle un derecho. Una palabra.

Boaventura de Sousa Santos propone en su trabajo –como premisa para un diálogo fecundo intercultural acerca de los derechos humanos– una hermenéutica que tenga como premisa la conciencia de cada cultura de que es, necesariamente, fatalmente, incompleta<sup>47</sup>. Ese “diálogo” que propone Boaventura de Sousa Santos (justamente la idea de incompletitud va de la mano, desde los comienzos de la filosofía occidental, con los presocráticos, de la idea de otro) se puede asimilar al “interactive universalism” que propone Seyla Benhabib. “Interactive universalism, by contrast, accepts that all moral beings capable of sentience, speech, and action are potential moral conversation partners”<sup>48</sup> (Benhabib). Esto se vincula necesariamente a la idea de un “otro” (con derechos, Lyotard). La incompletitud (Sousa Santos),

47. Sousa Santos, Boaventura. “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”. En *Revista El otro Derecho*, número 28. Julio de 2002. ILSA, Bogotá.

48. Benhabib, Seyla. *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2002 (Cap. 4. Multiculturalism and Gendered Citizenship. Cap. 5. Deliberative Democracy and Multicultural Dilemmas) Benhabib, Seyla. *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens*. Cambridge University Press. 2004.

la idea de universalismo interactivo donde todos somos interlocutores reconocidos (Benhabib) supone la idea de Lyotard: los derechos humanos como derechos del otro. Sin un otro con derechos no hay un multiculturalismo posible. No hay diálogo. El multiculturalismo es hijo de una sociedad plural y democrática donde todas las verdades y todas las culturas, como dice Sousa Santos, son “incompletas”. Se necesitan recíprocamente.

“El reconocimiento de la incompletitud y debilidad recíprocas es una condición sine qua non para un diálogo intercultural.”<sup>49</sup> Hasta ahora los diálogos (que encarna el derecho) no se hacen desde la incompletitud y la debilidad, sino desde la imposición y el prejuicio. Desde la idea implícita o no de que mi cultura “es mejor que la otra”. (Porque es la mía) Desde una figura de lo humano. (Nussbaum-Capella) Eso es lo que impide el multiculturalismo. Esta hegemonía censura el dialogo. Socava el derecho del “otro”. De los otros con sus formas de vida. El totalitarismo ha ido de la mano de políticas expansivas, imperialistas. No de la integración y el debate sino de la conquista y la lucha. De la imposición. De un modelo estrecho (eugenésico, y patriarcal) de lo “humano”. El desafío es cómo realizar el multiculturalismo, que es uno de los pilares de la democracia. Para esto, primero tenemos que estar de acuerdo en que el multiculturalismo es deseable. Para eso, debemos atender y responder primero a las críticas del feminismo. Resolver las tensiones entre género y cultura.

### **VIII. Género, cultura y democracia. Repensando las formas de la participación.**

“Puede haber consenso entre los hablantes, pero no habrá razón mientras haya excluidos del diálogo<sup>50</sup>.” (Habermas)

Dicho esto, explicitado entonces que no entendemos el multiculturalismo como un problema sino como un desafío (como una esperanza y una oportunidad) para la sociedad y para el derecho (como un desafío positivo para la democracia), queremos analizarlo desde otra perspectiva,

49. Sousa Santos, B. Op. Cit. P. 12

50. La mujer puede ser vista como ese gran excluido del diálogo que menciona Habermas.

queremos analizar el multiculturalismo críticamente desde el feminismo y las demandas concretas de la mujer. Queremos pensar el multiculturalismo para pensar si las críticas de Moller Okin, y parte importante del feminismo contemporáneo (por ejemplo el feminismo de Mackinnon, que no en vano defiende, en aparente contraste con este multiculturalismo, un esencialismo de género), son justas. Si el multiculturalismo tiene un flanco débil<sup>51</sup>.

Para eso no nos detendremos en cualquier derecho o aspecto teórico del multiculturalismo, sino en un concepto (o derecho) muy concreto, porque creemos que de él, de su solidez y coherencia, depende todo el edificio teórico del multiculturalismo: el derecho de salida (de la mujer), que nosotros construiremos como una forma del derecho igualitario a la palabra<sup>52</sup>. Todo el multiculturalismo depende para sostenerse de defender con ahínco este derecho (presumir que las mujeres silenciadas y golpeadas, de alguna manera confusa, lo tienen, tienen el derecho de “salir”<sup>53</sup>, de salida, solo así se puede argumentar o justificar el respeto de esa cultura desde otra cultura que no es la que oprime a las mujeres pero eventualmente tolera o respeta los abusos que padece la mujer en nombre de una “tradicción”). Si este derecho de salida, la forma en que el multiculturalismo lo entiende, lo construye y lo defiende en los tribunales, no es tan sólida como parecería a primera vista, (nosotros diremos que es un derecho definido en forma excesivamente formal, que da por sentado que la mujer indígena por ejemplo tiene derechos o posibilidades que no tiene, justamente por

51. Okin, S. M. “Feminismo y Multiculturalismo. Algunas Tensiones”. En *Revista Feminaria*, Año XV, N 28/29.

52. No casualmente un derecho que Lyotard iguala a la importancia del derecho a la otredad. El derecho a ser otros (es el derecho a tener derechos como “semejante”, Arendt) es inescindible del derecho a la palabra.

Nosotros pensamos que el multiculturalismo va de la mano del igualitarismo. No se puede construir un multiculturalismo que no sea igualitarista. Hay un costado necesariamente igualitario en el multiculturalismo, sino no tiene consistencia filosófica el proyecto teórico del multiculturalismo, que se asienta sobre determinados derechos. Uno de los primeros pasos de esa igualdad es la igualdad de palabra.

53. Nosotros diremos que no tienen derecho a salir (no podemos pensar ni presuponer que tienen derecho a salir) si ni siquiera tienen derecho a expresarse. A hablar. Esta es la vía que elegimos para probar que no existe el derecho de salida. Una vía indirecta a través del derecho a la libertad de expresión. A la palabra.

ser indígena y no vivir en democracia) entonces el edificio mismo del multiculturalismo está amenazado: se derrumba. Pasa a ser una construcción teórica utópica (euro-céntrica) para comodidad de nuestras conciencias (democracias) occidentales, como denuncia Okin. Pero que amenaza a la mujer que queda fuera de otra cultura (en el caso de Argentina, mayoritariamente occidental-cristiana). La mujer queda así atrapada entre los abusos de una cultura (que se le dice que es “su” cultura) y las ambigüedades de un multiculturalismo occidental demasiado apegado a los propios valores y estereotipos de Occidente, que termina entregando, como dice Mackinnon, una primera víctima: la mujer (máxime la mujer pobre, “ilegal”, indígena). Una víctima invisible y callada. Muchas veces la mujer se debate en esa encrucijada teórica. Y el derecho no hace mucho por ayudarla. No la mira. Las opciones para muchas mujeres pobres terminan siendo esas: elegir entre una violencia (la de la “propia cultura”, que define como tradiciones prácticas que lesionan a las mujeres) y la otra violencia, de la sociedad mayoritaria que la recibe pero en seguida la criminaliza, la tacha de indígena “ilegal”, la discrimina, la prostituye. Esto es lo que denuncia el esencialismo de género: como detrás de las aparentes “opciones” para la mujer el camino –detrás de la libertad– termina siempre en la violencia. La opción termina siendo siempre una sola.

No hace falta analizar todas las manifestaciones variadas y debates del multiculturalismo, sino un derecho solo en concreto, que está en la base misma del multiculturalismo. El derecho de salir. Si el derecho de salida se derrumba, se derrumba entonces todo el multiculturalismo. Porque la mujer no tiene entonces auténtico derecho de salida de esa que se dice (muchas veces con enorme cinismo en los tribunales argentinos y latinoamericanos) que es “su cultura”. Entonces el pretendido “respeto a otras culturas” deja de ser un argumento coherente para convertirse, como denuncia Okin, en una forma de “tolerancia” que los países (y las culturas y las democracias) ejercen entre sí sólo cuando están de por medio las vidas de las mujeres. Vidas de segunda categoría.

En última instancia, el debate nos llevará a pensar la libertad de expresión de las mujeres (como separada de la libertad de expresión de los varones). Qué significa esa libertad en las distintas culturas. Qué posibilidad tiene la mujer (por ejemplo, indígena) de hacer valer su palabra. Más concretamente: si una mujer no puede expresarse, no tenemos de dónde agarrarnos para sostener seriamente que esa mujer es *libre*. Y si no es libre, no

podemos presumir que tiene un derecho de salida que no tiene<sup>54</sup>, de una cultura que la obliga a callar en nombre de una “tradición” (que el multiculturalismo sin embargo respeta, para no condenar los abusos en los tribunales, ya que hacerlo significaría “vulnerar el respeto entre culturas”). Entonces el multiculturalismo no le sirve al derecho. Y la justicia no debiera valerse de él para legitimar los abusos de los varones que padece la mujer silenciada. Precisamente, el caso que analizaremos (el Caso Ruiz, en Salta) es una buena muestra de para qué sirve (para qué se usa, como diría Moller Okin) el multiculturalismo. Para oprimir –y silenciar– a las mujeres. Para callarlas. (Mientras las presenta como libres)

El desafío, naturalmente, es cómo sostenemos este análisis, y esta crítica al multiculturalismo, sin caer, en la defensa de las mujeres, en una forma de imperialismo cultural<sup>55</sup>. Lo primero que podemos agregar es que el imperialismo muchas veces se vale de excusas para justificar avances o invasiones o guerras (alegando, muchas veces falsamente, la defensa de un derecho). Pero esas “excusas” (como diría Rawls) se desdibujan cuando están de por medio los derechos humanos en serio. (Por ejemplo, durante el Holocausto) Cuando la defensa del derecho no es sólo una excusa sino una realidad. (Rawls sostiene que sólo el respeto pleno de los derechos humanos –que Rawls circunscribe a los DDHH de primera generación– excluye la intervención armada de un país en otro, que no los respeta<sup>56</sup>) Podemos decir que una cosa es hacer una guerra por afuera del Consejo de Seguridad de la ONU para encontrar (por ejemplo) armas de destrucción masiva que

54. Porque si no tiene derecho a expresarse, mucho menos tendrá el derecho de “salir”. (como explico más adelante, por “derecho” no entiendo cualquier cosa, por ejemplo, un intentar un escape arriesgado la propia vida es posible, pero eso no es un “derecho”, es una acción heroica de las mujeres, que no es lo mismo. Lo que necesita el multiculturalismo para tener consistencia no es una acción heroica. Es un derecho)

55. Butler, J. *Violencia de Estado, guerra, resistencia*. Ed. Katz. Buenos Aires. 2011. Pa-reciera que el esencialismo de género y la imposición de una cultura van de la mano, pero es exactamente al revés. Al ser la explotación de las mujeres el rasgo que define a cada cultura, el esencialismo de género no conduce a imponer un modelo, sino a desnudar un abuso. Como ese abuso es común a muchas culturas (algunas feministas sostienen a todas las culturas) es que hablamos de esencialismo de género.

56. Rawls, J. “El derecho de gentes”, en Shute, S. y S. Hurley. *De los derechos humanos*. Trotta. Madrid. 1997.

jamás existieron, torturar y matar gente (arrojar bombas) “por error”. Pero muy distinto es pensar una cultura (la tolerancia jurídica con una cultura) que hace de la violación y castración explícita de mujeres (niñas) o la mutilación de mujeres un “derecho” o una “tradicción” cultural, es decir un “valor” “ancestral” que debe respetar la democracia. ¿Qué debe hacer el multiculturalismo ante eso? ¿Debe callar? ¿Debe “respetarlo”? ¿Qué significa respetar una práctica cultural que se cobra vidas? (significa puro cinismo, desprecio a la mujer, dirá Okin, Mackinnon, en nombre de la “tolerancia”) ¿Implica la castración (las vaginas que se cosen a mujeres o niñas en India para que sean fieles o sean desvirgadas en el matrimonio por sus maridos) una forma de “libertad”? Atacar esto es ser “imperialista”? Pero no atacarlo es ser cómplice de otro imperialismo (normalizado y por ende no visto. El abuso invisibilizado –como “cultura”– de las mujeres también puede esconder una política imperial. Para las mujeres que lo padecen eso también es imperialismo. Imperialismo sobre sus cuerpos mudos, negados<sup>57</sup>) ¿De quién? ¿Qué libertad se protege? ¿Y qué libertad se silencia? ¿La niña cuyos genitales son mutilados o cuya vagina es cosida –ante el silencio del derecho público– para que sea “fiel” es libre? ¿Estamos pensando en ella cuando hablamos de libertad? ¿Una mujer con la vagina cosida, tiene palabra? Tiene (derecho a tener una) salida? Allí sí puede descubrirse una contradicción o un abuso del multiculturalismo. Y la pregunta es qué debe hacer el derecho. Qué debe hacer la sociedad ante esto. Qué debe hacer la democracia.

Muchas veces el derecho no sabe cómo comportarse. Piensa que encontrar un mínimo (de respeto, que trascienda toda cultura) implica caer necesariamente en formas (veladas) autoritarias de euro-centrismo o de imperialismo cultural, cuando no es así<sup>58</sup>, e incluso cuando lo fuera, como dice

57. Véase las críticas de Mackinnon a la pornografía. Allí también se define el silencio –y no la libertad– de la mujer.

58. Justamente el problema es que se ha abusado de ese discurso para luego no defender derechos, sino vulnerarlos. Esto configura una gran tragedia discursiva, una enorme tragedia: la pérdida de valor de la palabra. El problema con la “intervención humanitaria” es que hemos perdido confianza en la transparencia de sus “verdaderos objetivos”, pero eso no significa que sus objetivos “ideales” valgan la pena. Por eso precisamente se los utiliza para enmascarar otros objetivos menos nobles. Que se haya utilizado ese discurso para justificar acciones criminales o invasiones militares no significa que esos derechos (cuya protección se declamaba) no deban ser defendidos. Sería una paradoja que no

Nagel, no parece siempre una crítica lo suficientemente sólida o atendible cuando lo que está en medio son vidas humanas. Muchas mujeres lapidadas, violadas, castradas, no tendrían problemas en que se las salve, se salve su vida con cualquier argumento, aun cuando se hiciera en nombre de la “dignidad” eurocéntrica o el concepto esencialista de Mackinnon de la mujer, lo que quieren es salvar su vida, que no se las deje morir en nombre de un cínicco “respeto académico venial a otra cultura” que como dice Okin se ensaña siempre especialmente, casi exclusivamente, con la mujer<sup>59</sup>.

El multiculturalismo no puede ser una forma velada de la violencia de género y mucho menos un ardid para fomentar, tolerar o esconder el autoritarismo y el sometimiento. El relativismo tiene un límite (ético, la idea de dignidad, el piso de los derechos humanos universales. Justamente esta es la lección de la segunda guerra mundial. Para no volver a los campos. Para no “tolerar” eso: los campos de exterminio. La matanza. La tortura no pueden “tolerarse”) y es el límite que traza precisamente el derecho, por

---

defendamos esos derechos humanos, porque los que dijeron que iban a hacerlo, no lo han hecho. Es el mismo argumento que despliega Habermas cuando propone que retomemos el proyecto –según él inacabado– de la modernidad, un proyecto de tolerancia y derechos universales al cual el multiculturalismo, sin dudas, está vinculado.

59. Cuando lo que está de por medio no son las mujeres, sino por ejemplo los territorios (los recursos naturales o terrenos que reclaman como propios las poblaciones indígenas) los Estados no se muestran tan multiculturalistas. Al contrario. Allí no apelan con tanta facilidad –Okin diría con tanto cinismo– al “multiculturalismo”, a la defensa cultural. Solo lo hacen cuando de por medio está esa “propiedad” de segundo rango: la mujer. La mejor prueba son las propias comunidades indígenas, a las que se les reconoce su “cultura” en lo atinente al tratamiento de mujeres y niñas, pero que son duramente reprimidas en la región (el ejemplo abarca a Chile, a Argentina, a Brasil, a Perú) cuando usan su cultura –es decir, los mismos argumentos– para reivindicar como propias tierras que el Estado demanda para sí y sus empresas. Allí no juega ningún rol determinante el multiculturalismo. Allí las comunidades indígenas son duramente reprimidas y desoídas. En Chile por citar un ejemplo, las comunidades indígenas mapuches que reclaman tierras al Estado son continuamente criminalizadas y juzgadas bajo la Ley de Terrorismo. Amnistía Internacional ha denunciado el procesamiento de un menor mapuche en Chile bajo la Ley de Antiterrorismo. También la Iglesia chilena, el sacerdote jesuita Luis Huidobro. También la ONU ha denunciado la aplicación de esa ley al movimiento mapuche. El Relator Especial de Derechos Humanos y Contraterrorismo de la ONU, Ben Emmerson, sostuvo que el Estado chileno discrimina repetidamente a los mapuches al aplicarles la legislación antiterrorista “de una manera confusa y arbitraria que termina generando una verdadera injusticia”.

eso mismo es una construcción positiva, separada de la moral. ¿Cualquier práctica es justificada en el multiculturalismo? No. ¿No hay ningún lenguaje para evitar el abuso? Sí. (claro que tendremos que ver cómo llegamos a decir que eso que una cultura piensa que es “abuso” lo es –puede serlo– también en la otra<sup>60</sup>) ¿Los derechos humanos no pueden operar como un límite? De qué sirven entonces si no pueden evitar un crimen, una violación? La idea de dignidad humana es un presupuesto sin el cual el multiculturalismo, conceptualmente, no funciona<sup>61</sup>. Entonces la supuesta tensión entre particularismo y universalismo de derechos es insuficiente para comprender este debate. Sin embargo esa idea también proviene de una cultura. La dignidad es parte del cuerpo de ideas de base del multiculturalismo. La dignidad de cada persona es la que justifica ese derecho: el derecho de salida. Por eso decimos que el multiculturalismo tiene necesariamente una base de igualitarismo a través de la dignidad. Son conceptos que están detrás de ese derecho. El derecho de salida de todo hombre y de toda mujer de la cultura que los oprime. Si no puede salir, no hay multiculturalismo. Porque no hay dignidad. (Ser como fines, hay seres como medios) Hay totalitarismo. Exactamente lo contrario. El totalitarismo trata a las personas como medios, por eso las esclaviza<sup>62</sup>. Una mujer que no sale, es una mujer esclavizada. El respeto entonces de los demás países y culturas ya no se justifica. Empieza a ser

60. Esto lo demostraremos diciendo que la mujer carece de muchos de los derechos que se le arrogan (dentro del multiculturalismo) para mantenerla dentro de las culturas que la silencian. El abuso aparece cuando la cultura que debiera garantizar “el derecho de salida” de la mujer para que la permanencia de la mujer sea el fruto de una decisión libre, no garantiza ese derecho. Entonces su permanencia no es libre. Y si no es libre aparece una presunción de que las acusaciones de abuso o violencia que se vierten desde otra cultura, no son infundadas. Ni son el fruto del “imperialismo” eurocéntrico. En ese caso –pero solo en ese caso– se rompe la acusación de que defender la dignidad de la mujer es ser “euro-centrista”. Pero para que eso tenga sentido se debe cumplir (demostrar) primero que la mujer carece, en efecto, de ese derecho esencial que está en la base del multiculturalismo: el derecho de salida.

61. Army, René Paul. “Das Recht auf kulturelle Identität als Schranke für das Strafrecht in Lateinamerika” (The right to cultural identity as a barrier to penal law in Latin America), en *Journal für Entwicklungspolitik*, Vol. 20, No. 4, 2004, pp 8-24.

62. El desafío es verlas como fines. Tratar con libertad. Como seres dignos. Con dignidad. Libertad. Conciencia. Palabra. Voz. Sólo así podrán ser vistas por la Justicia –también por la sociedad– como sujetos con derechos.

exhibido como una muestra de cobardía. O de cinismo. Pero no de “cultura” democrática. De “tolerancia”. De “derecho”. De “tradición”. ¿Cualquier abuso, ablación, castración, puede quedar impune entonces en nombre de una “práctica ancestral”? ¿Son realmente libres las mujeres mutiladas, castradas en esas culturas supuestamente “propias”? ¿Pueden hablar? ¿Pueden hablar esas mujeres mutiladas, con la vagina cosida? ¿Tienen palabra? ¿Alguna vez las hemos oído?

Los derechos humanos parecieran representar una barrera o límite. Esto es lo que aquí llamaremos la base igualitaria del multiculturalismo, sin la cual el multiculturalismo mismo no funciona, no puede funcionar. El derecho de “salida” –piedra esencial del multiculturalismo– supone el respeto –la existencia misma– de individuos libres e iguales, y el ejercicio de esa libertad individual, de sujetos con razón, y dignidad, supone el igualitarismo.<sup>63</sup>

De todos modos nosotros consideramos que no se trata tanto de ponerle *límites* al multiculturalismo, como de entender al multiculturalismo de una manera diferente. Los derechos humanos (de la mujer) no pueden ser un *límite* porque sin derechos humanos de la mujer no puede haber *multiculturalismo* a secas. Esta es nuestra hipótesis. De esta manera se invierte o responde la pregunta de Okin. El multiculturalismo no puede dejar afuera a la mujer. El problema es quién está autorizado en cada cultura a decir qué es “cultura” (sólo el hombre) y qué no, ese es el problema (que nosotros solucionaremos parcialmente diciendo que debemos lograr, en principio, que la palabra de la mujer valga lo mismo que la palabra del hombre, esa es la única manera de construir una sociedad multicultural libre, donde todos puedan salir). Qué pasa con la “cultura” cuando parte de la cultura se convierte en violencia. Este es el problema central del multiculturalismo. Que muchas culturas (que piden ser respetadas) no respetan ni escuchan, ellas mismas, a su interior, a la mujer. No la dejan hablar y en consecuencia, tampoco salir. Porque la primera forma de salir es la palabra. La primera forma de salir es expresarse. Por eso Roberto Gargarella califica a la libertad de expresión como el “primer derecho”. El punto es que enmascaran –muchas culturas– ese silencio. Y el derecho muchas veces cae en esa trampa. Que piensa que la mujer silenciada es una mujer “libre”, que consiente. Cuando no es así. El

63. Sousa Santos, Boaventura. Op. Cit. 2002.

punto, siguiendo a Owen Fiss, es cómo pensar la libertad de expresión de la mujer castrada, mutilada, violada, que se casa con su violador para salvar el honor de su familia. ¿Son libres esas mujeres? ¿Cómo y a partir de qué definimos su libertad? ¿Por qué toleramos esto?, ¿Puede decirse que una mujer que es obligada a casarse con su violador tiene derecho de “salida”? ¿Tiene derecho a algo?, una joven que es embarazada por su padrastro, ¿tiene libertad?

El multiculturalismo sostiene y promueve el respeto de las distintas culturas al interior de un Estado. La tolerancia es parte esencial de la democracia. Claro que ese respeto se sostiene sobre un derecho esencial: el derecho de salida de las personas. Sin ese derecho el respeto legal se desmorona. No tiene asidero. Está vacío, se contradice. El multiculturalismo no puede respetar al totalitarismo. No se puede ser multicultural con el nazismo, o con el fascismo o con los campos. Esta es la paradoja, vieja en rigor, que viene de tiempos sobre el relativismo, que el multiculturalismo soluciona incorporando el derecho de salida como límite mínimo en la dignidad de la persona libre de “salir”. Justamente porque el multiculturalismo es una idea que parte de un presupuesto: la dignidad. El totalitarismo mancilla esa dignidad. Ve medios que apresa. No personas como fines. No tendría sentido como tal. No es eso lo que significa su “tolerancia”. El presunto derecho “de salida” que tendría la mujer oprimida (por ser mujer, violada, mutilada por ser mujer, esclavizada y abusada por haber nacido mujer) de abandonar esa cultura “suya”. Pero si probamos que la mujer no puede salir, no tiene ese “derecho de salida” en forma real, (sino solo formal, en el ideario simbólico de los juristas que construyen el multiculturalismo en las Facultades de Derecho) entonces el propio multiculturalismo como edificio se cae, y con él se cae el “respeto” a esa cultura (por ejemplo, indígena, que silencia a la mujer, aunque esto es perfectamente aplicable a cualquier otra cultura<sup>64</sup>), que deja de ser “cultura”. Empieza a ser violencia, abuso no vistos por el Derecho. Cambia el aspecto<sup>65</sup>.

64. Ya que todas las culturas, en mayor o menor medida, como sostiene Mackinnon (con su feminismo/ esencialismo de género) descansan en el abuso de la mujer.

65. Cover, R. *Derecho, Narración y Violencia*. Ed. Gedisa. Barcelona. 2001.

El derecho se ha desarrollado siempre en contra de la violencia<sup>66</sup>. Una de las formas que asume este proceso que narra Robert Cover es develar la violencia que hay en actos o hábitos que nos parecen “normales”, que nos parecen –o han parecido durante mucho tiempo– derecho. (violencia que no vemos porque es la “tradición”, la “cultura”, en la Argentina por ejemplo, parte de nuestra “cultura” se sostiene sobre la violencia y el abuso de la mujer consumidos como espectáculo diario, el erotismo es violencia, dice Mackinnon, una violencia que no vemos, al contrario, una violencia que defendemos, que disfrutamos, que consumimos) El multiculturalismo es parte de ese proceso que va en contra de la violencia. Naturalmente, el multiculturalismo es incompatible con la violencia que padecen las mujeres. El juez que exonera (como en Argentina) a un violador (indígena, que respeta su “cultura” ancestral violando a una niña y embarazándola) no ha entendido en qué consiste el multiculturalismo. Cuáles son sus postulados<sup>67</sup>. En qué consiste la dignidad que hace posible cualquier “salida”.

Por supuesto que no es fácil probar que la mujer no tiene en forma efectiva el derecho “de salir”, el derecho de salida<sup>68</sup>. Es una ausencia o una carencia que muchas veces no puede probarse. Por eso se recurre a modos indirectos. Los que defienden la prostitución de menores y los abusos de las mujeres en muchos campos y en muchas culturas descansan y han descansado siempre en ese postulado ya denunciado por Estrich: la dificultad

66. Zaffaroni, E. R. *Crímenes de Masa*. Ed. Madres de Plaza de Mayo. Buenos Aires. 2010. También Zaffaroni, E. R. *Hacia una dogmática penal del sur*. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2014. Introducción. pp. 1-10

67. La niña de doce años (que según su padrastro “aparenta más edad...”) no tiene la “libertad” de elegir no acostarse con su padrastro porque a esa edad –siendo menor y siendo mujer– no puede decir que no. No es libre. Por eso el juez se equivoca: porque no pondera correctamente (para usar un término de Robert Alexy) el silencio de la mujer (violada). En vez de entender ese silencio críticamente, lo reconduce en su contra. En contra de la mujer callada. Que calla por miedo. Por “costumbre”. Por “tradición”. De ese modo el juez es funcional al abuso. De ese modo, Moller Okin tiene razón. El multiculturalismo termina siendo malo para las mujeres. Porque los jueces no saben pensar el silencio de las mujeres oprimidas. Por qué callan. Por qué temen. Qué y por qué no quieren decir.

68. No poder probarlo no significa naturalmente que la mujer lo tenga. El problema con que nos topamos muchas veces es cómo interpretamos, cómo pensamos, el silencio de las mujeres. Este es un problema que analiza lúcidamente Owen Fiss en sus trabajos sobre libertad de expresión.

de la prueba. De allí las críticas de Andrea Dworkin a las formas en que la modernidad delimita y forma la esfera privada, esfera destinada al dominio masculino sobre la mujer. Justamente vivimos en una sociedad y en una cultura que buscan que muchos de los delitos y violencias que padecen las mujeres *no puedan probarse*. Y precisamente por eso es que la palabra de la mujer vale menos. Nosotros entendemos que hay una sola forma de hacerlo (contestar la pregunta de Okin) y es una vía indirecta, no probar que la mujer no tiene el derecho de salida, (no hay manera de hacerlo) sino probar que el derecho de salida es –para la inmensa mayoría de las mujeres por ejemplo indígenas mutiladas o forzadas a tener relaciones sexuales con sus padres o dueños– una ficción del derecho, probando que la mujer en esa cultura (por ejemplo, indígena, que el multiculturalismo respeta amparado en el derecho de salida que la mujer indígena tendría pero en general no tiene<sup>69</sup>) carece de otro derecho aún más esencial y básico que hace también –casi una condición– a la salida de la cultura<sup>70</sup> (es la condición sin la cual esa salida –ese otro derecho– no puede pensarse<sup>71</sup>): la libertad de expresión<sup>72</sup>. Si la mujer carece de libertad de expresión (la menor violada y embarazada a los doce años por su papá carece de palabra) carece de “salida”. Carece de “derecho de salida”, como pretende el multiculturalismo, o más que el multiculturalismo,

69. Es difícil pensar que una mujer esclavizada, castrada, mutilada, silenciada, lapidada, pueda tener “el derecho” a salir de esa (su) “cultura”. Incluso en el caso de los esclavos que “consienten” la esclavitud, el derecho ya no la tolera (porque interpreta la esclavitud como una violencia). Algo semejante podemos pensar de las mujeres esclavizadas y silenciadas que no alzan su voz para oponerse (si no pueden hablar menos tendrán el “derecho” de “salir”), simplemente por miedo a perder la propia vida. Estos son los aspectos críticos que puntualiza el feminismo.

70. Me refiero a la salida como “derecho” y no como “posibilidad”. La salida como derecho supone que la mujer puede “decir” (expresar) que quiere irse. La salida como posibilidad supone que la mujer puede “escaparse”. Huir poniendo en juego su vida. Pero como dije antes, el multiculturalismo no necesita esto. El multiculturalismo necesita un derecho, que no es igual. No es lo mismo el derecho a salir que la posibilidad de escapar. Una cosa es un riesgo y otra, un derecho.

71. ni ejercerse. Porque la “salida” misma se ejerce también a través de la palabra.

72. La libertad de expresión es entonces la única –primera- forma de pensar la salida. Una mujer que no puede hablar, no puede salir. Una mujer que no puede alzar la voz, no tiene derechos.

los propios jueces argentinos –por ejemplo en Salta– cuando lo aplican maliciosamente para amparar los abusos del hombre.

Ahí sí podría haber un “intercambio de mujeres” (propiedades, “recursos”) como dice Moller Okin. Si podemos probar que la mujer carece en “su” propia cultura de ese derecho (esencial a expresarse, a hablar, a alzar la voz) entonces podemos concluir válidamente de allí que esa mujer (que no es libre) carece del otro derecho (más fuerte aún) que es el derecho a abandonar esa cultura, derecho de salida, derecho (y no solo posibilidad, no hay que confundir la posibilidad con el derecho) de cuya validez depende, como dije, el multiculturalismo en sí. El derecho de salida<sup>73</sup>. Así el multiculturalismo queda amenazado y no puede arrojarse fácilmente ya a la mujer las consecuencias de la cultura que la silencia, que le niega su palabra, la mutila, diciendo que la misma cultura que la obliga a permanecer callada (y abusa de ella y su hija) es sin embargo “su” cultura. Que ella la elige. El silencio de las mujeres empieza a significar otra cosa que el derecho no ve o no ha visto. No consentimiento. Sino temor. Miedo. No derecho. Sino acoso. Abuso. Olvido. Por eso hay que desnudar la “tolerancia”. El significado del “respeto” de la diversidad.

Pensamos que el derecho a expresarse libremente es un derecho más simple que el derecho (no escapar o irse, sino el derecho a “salir”) de una cultura. La mujer que no puede expresarse, no tiene el derecho a “salir” de esa “cultura” porque no tiene la libertad de discutirla, menos de abandonarla (justamente, es tratada como un objeto, cuya voz no cuenta: una posesión sometida, un recurso). Podrá escapar pero no tener el “derecho” de salir de la cultura. Y lo que necesita el multiculturalismo para construirse es precisamente eso: un derecho. El derecho de salida en forma plena. Y real. Si la mujer no puede expresarse, nunca podrá salir de esa cultura. Si no puede hablar, no puede salir. (No tiene derechos, el derecho es un concepto que en muchas culturas no pertenece a la mujer. Pertenece solo al hombre, el hecho de ser mujer como dice Mackinnon significa ya per se la condición de los que no tienen derecho<sup>74</sup>) Y en nuestra opinión, la inmensa mayoría de

73. Es la base del edificio. Ese derecho muestra precisamente que el multiculturalismo trata a la persona como un fin libre, con dignidad.

74. Facchi, Alessandra. “El pensamiento feminista sobre el derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”, en *Academia*. Año 3. Número 6. Ed. UBA. 2005. pp. 27-49.

las mujeres o niñas mutiladas, son mujeres que no hablan. Que no pueden hablar. Que nunca han hablado. Son mujeres que llevan el silencio en su propio cuerpo. Su cuerpo mutilado o violado es un cuerpo callado. Un cuerpo que calla. Mudo. Obligado a callar. Se les ha enseñado que su voz –su palabra– no cuenta. Por eso no la dicen. No tienen palabra. Tienen y sienten temor. No libertades.

Digamos rápidamente que una cosa es tener “el derecho” de salir, el “derecho” de salida, de la propia cultura, que tener la posibilidad física de escapar, de irse, arriesgando la vida. Eso no es un derecho. De esta manera nos adelantamos a quienes nos dirán que la mujer puede muchas veces escapar. Claro que puede. Pero eso no es un derecho. Es un riesgo que corre la mujer. Un riesgo muy grande. Y justamente porque es grande muchas veces no lo corre. Pero eso no es un derecho. Y justamente lo que el multiculturalismo necesita para sostenerse es un *derecho* de la mujer. No que la mujer escape golpeada de su casa de noche con el riesgo de ser descubierta y devuelta y torturada, lapidada o castrada por su hombre, amo o marido. Eso no es un derecho. Es un riesgo, como dije, que las mujeres algunas veces corren. Pero no siempre. Y el multiculturalismo sería muy sádico si construyese su edificio teórico (para comodidad de la democracia) asentado sobre esa posibilidad remota o sobre esa exigencia casi imposible a la mujer abusada.<sup>75</sup> Lo que el multiculturalismo necesita para construirse es un derecho. Y eso es precisamente lo que estas mujeres no tienen: un derecho, un derecho de “salida”.<sup>76</sup> No pueden alzar su voz.

La base teórica esencial del multiculturalismo es el derecho que le asistiría a la mujer (violadas, castradas, golpeadas, quemadas) de “salir” de esa cultura. Pero sostenemos aquí que ese derecho es una falacia y que está definido en forma circular y formal, de modo tal que la mujer que supuestamente lo tiene, no puede ejercerlo. Es decir, euro-céntrica y en última instancia, contradictoria. Por eso no puede ser en rigor ejercido por quienes

75. Olsen diría que esto se debe a que el derecho siempre ha sido pensado por hombres. Para beneplácito de los hombres. No de la mujer.

76. Tal vez justamente porque no lo tienen es que el multiculturalismo necesita “presuponerlo”, presuponer ese derecho inexistente en la mujer. Es un derecho que necesita ser fingido para que funcione la ficción de la mujer libre, base del multiculturalismo. Si la mujer carece de ese derecho, entonces los jueces no pueden aplicar ya el multiculturalismo sin caer en una forma de legitimación de la violencia, como denuncia Okin en su trabajo.

debieran ejercerlo: las mujeres, por ejemplo, mujeres indígenas. La salida es un concepto que no existe. No se contempla para muchas mujeres indígenas pobres. “Mujer” y “salir”, mujer y derecho, mujer y voz, mujer y palabra, son conceptos que no van juntos en muchas culturas. La mujer no tiene ese derecho y por eso no lo ejerce. Porque no sabe que existe. Nadie quiere lo que no existe. Lo que no se puede querer. Lo que está prohibido<sup>77</sup>. Con esto queremos decir que el derecho de salida del multiculturalismo no es un verdadero derecho (de la mujer). Y que presumir que ese derecho es un derecho efectivo que existe cuando no es así, es peligroso, porque la mujer queda negada, mientras se presume (o el derecho presume) que es libre. La mujer está presa, atrapada. Se le arrogan derechos que no puede ejercer. Se presume una libertad que no tiene. No habla porque no puede hablar. Y el multiculturalismo interpreta mal ese silencio, como dice Fiss. Interpreta ese silencio como una concesión. No como una violencia. Como parte de la violencia que padecen las mujeres a diario. El silencio es funcional al abuso. No se lo sabe ver. El derecho no quiere verlo ni interpretarlo. Esto no es nuevo. Como Olsen señala, el derecho siempre ha “tardado” en advertir la violencia ostensible cuando recae sobre la mujer y la ejercen los hombres. Siempre se le piden a la mujer “pruebas”. Como si las lapidaciones y castraciones no “hablaran” por la mujer. Como si hiciera falta “probar” la violencia con más “pruebas”. Pero este es un problema que excede al multiculturalismo. Es el problema de un derecho que no ve la violencia que padecen las mujeres. Que la “reinterpreta” en su contra. No en su favor. (En favor del hombre) De todos modos, lo máximo que puede decirse en este caso es que el multiculturalismo es parte del problema. Pero también, como veremos, de la solución.

Dejamos sentada entonces una contradicción teórica en el multiculturalismo. Y la analizamos también a partir de consecuencias, mostrando cómo en nombre del multiculturalismo y los derechos humanos (del hombre, agregaría Mackinnon, los derechos humanos del hombre, no de la mujer) se lesionan o se olvidan los derechos humanos básicos de la mujer. Se olvida que ella también tiene una palabra que debe ser escuchada. Que ella también tiene derecho. Que no es solo un objeto.

77. De este modo, culpar a las mujeres porque “no salen” es culpar a las mujeres por creer lo que les han obligado a creer: que son objetos. Es culparlas por ser víctimas.

Nosotros podemos presuponer que la mujer tiene ese derecho de salida. Pero lo que importa (lo que hace tambalear al multiculturalismo) es que esa mujer (por ejemplo, indígena) no lo ve así. Ella no siente que tenga esa oportunidad, esa posibilidad. O ese derecho. (Muchas veces esas mujeres “deciden” casarse con sus violadores, “deciden”, convivir con sus violadores porque no ven otra oportunidad, otra posibilidad, otro destino) La mujer se siente a menudo condenada. Asume que su voz “no cuenta”. Se auto-silencia, como dice Fraser<sup>78</sup>. La sociedad le dice a la mujer que no puede y no debe expresarse. El drama del multiculturalismo es el silencio, que toma a la mujer silenciada como una mujer conforme y libre. Como una mujer que consensua su cultura porque (presupone formalmente el multiculturalismo) si no quisiera “se iría”. Pero las mujeres nunca se van y muchas veces no pueden hacerlo. No saben hacerlo. Por eso no hablan. Porque la salida no existe. Incluso cuando son quemadas vivas, lapidadas, castradas, se quedan. Callan. Permanecen. Pero no deberíamos interpretar esto como una muestra de consentimiento ni de libertad. Sino como una forma compleja de represión: la represión autoimpuesta.

Sostuvimos que el derecho de salida está mal definido, y encarna en última instancia una contradicción teórica seria del multiculturalismo (que no sería “multicultural” en su base). Entonces el multiculturalismo, en principio, se desmorona. Y el silencio de la mujer (oprimida) debe ser reinterpretado por el derecho. El problema, como dirán Fiss o Judith Butler, es cómo pensar ese silencio. La ausencia de la palabra de la mujer. La salida, pensamos, es una sola, y es la propuesta por Mackinnon: la elevación de conciencia. El multiculturalismo no es un mero debate teórico. Es un problema que se sucede en los tribunales y de cuya claridad conceptual penden las vidas de muchas mujeres a las que se les ha enseñado desde que han nacido que su palabra no cuenta. Que no tienen voz ni derechos. Y la mujer (y este es el drama del multiculturalismo) termina por creerlo. Termina por callar.

78. Fraser, N. *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico con Axel Honneth*, Madrid, Ediciones Morata. 2006.

## **IX. Owen Fiss y una pista para responder la pregunta de Moller Okin**

¿Hasta dónde el respeto de una identidad cultural nos obliga a permanecer en silencio frente al abuso de una mujer (indígena)?, ¿Dónde trazar la línea donde termina el respeto, la tolerancia, y empieza el abuso? ¿Cómo no ser tachado de euro-céntrico en esa crítica que reivindica los derechos (humanos, la dignidad) de la mujer mutilada o abusada? La mutilación es silencio. El abuso es silencio. Es un cuerpo silenciado. Sin voz. ¿Se desvirtúa el derecho de salida por esta acusación? Creemos que la solución está en la forma en que se piensa el silencio de la mujer<sup>79</sup>. Es decir: todo el edificio teórico del multiculturalismo se construye alrededor de un solo derecho: el derecho de salida. La pregunta a responder entonces es si estas mujeres indígenas tienen o no tienen ese derecho. Más aún: si no lo tienen ¿cómo habrían de expresarse? Si no pueden salir (de la cultura), tampoco pueden hablar (en la cultura). Y si no pueden expresarse (por temor a que hablar signifique directamente la muerte, la lapidación, la violación) ¿cómo sabremos qué es lo que ellas piensan? O dicen? ¿Cómo sabremos si estas mujeres están de acuerdo o no con que digamos que esa cultura que las oprime es “su” cultura? (pero precisamente no hablan, no pueden decir que no, que esa no es su cultura) Si logramos desmontar esto habremos logrado desmontar la esencia misma de la “defensa cultural”. El uso malicioso del multiculturalismo que se hace en el derecho. Habremos roto la paradoja que nos muestra Okin, cuando argumentos de respeto y tolerancia, terminan abriendo paso a formas de crueldad, violación, tortura.

Lo que no es legítimo es la tolerancia a la opresión. El que tolera la opresión no es “tolerante”. Es cómplice. Esto es lo que denuncia el feminismo: la complicidad. La complicidad revestida. La solución es la que nos da Habermas: el multiculturalismo no es real mientras haya excluidos del diálogo. La mujer no tendrá salida mientras esté excluida del diálogo entre culturas. Y la mujer es muchas veces la gran excluida del diálogo. Y muchos de

79. Una mujer con la vagina cosida que es “casada” y cuya vagina es reabierto con un cuchillo, y obligada a tener relaciones sexuales después de “casarse” no es “libre”. No debe ser vista por el derecho como una mujer “libre” con palabra. Sino como una mujer atrapada. Silenciada. Inconciente. El desafío es la construcción de conciencia (Mackinnon) para alcanzar la construcción de derechos.

los que callan (no reclaman porque están silenciados precisamente por esas “culturas” que “representan” los varones, las mujeres no reclaman porque están siendo mutiladas, no reclaman porque tienen la vagina cosida desde los nueve años, no reclaman porque son obligadas a casarse con sus violadores, no reclaman porque no saben dónde o ante quién se reclama qué cosa, qué otra posibilidad existe y no se conoce, no reclaman porque no saben que se puede reclamar, qué consecuencias más graves tiene el reclamo, todo su mundo lo dominan los varones) no callan porque quieren callar<sup>80</sup>. El silencio no es libertad. El silencio es y esconde un abuso. El derecho ha interpretado mal el silencio. El multiculturalismo debe ayudar al derecho a repensar ese error.

La mujer que calla no es libre. Callan porque son acalladas. Callan porque son obligadas a callar. Porque no tienen palabra. Porque su realidad es el silencio. Callan porque no saben lo que es la palabra. Cómo funciona. Cómo se dice. Porque internalizan la opresión. Porque son educadas para no buscar/desear otra cosa. Porque son educadas para tolerar (¿disfrutar?) el abuso, la tradición, “los valores”. Callan porque son educadas para ser objetos. Callan porque el derecho (nuestro Derecho, un derecho sin otros) no las escucha. No sabe escuchar. No fue hecho para escuchar. Sino para oprimir. Se hizo a partir del silencio de la mujer mucho de lo que nosotros hoy llamamos “Derecho” o cultura o tradición (también la esclavitud era Derecho, cultura o tradición en su momento, hasta que dejó de serlo, hasta que dejó de ser Derecho). Por eso es lógico que la palabra de la mujer, palabra que recién ahora comienza a escucharse, nos inquiete y genere en todo los ámbitos del derecho, como dice Owen Fiss, un dilema. Una pregunta. Un cambio.

## **X. El caso Ruiz y las preguntas pendientes de la modernidad (que son las preguntas pendientes de todo el derecho)**

“Otra opinión, sin embargo, expresan las propias mujeres indígenas cuando tienen oportunidad de expresarse sobre estos temas, circunstancia destacable en el marco de los agravios formulados por la recurrente.” (Caso Ruíz, del voto en disidencia de la Dra.

80. Porque incluso hasta para salir, para hablar, para estar viva, hay que pedir permiso.

María Cristina Garros Martínez; el problema, naturalmente, es que las mujeres muchas veces no tienen esa oportunidad esencial que menciona la jueza: la simple oportunidad de expresarse, de ser escuchadas)

La Corte salteña anuló en 2006 la detención de un ciudadano wichí acusado de violar a su hijastra (Estela Tejerina), entendiendo que al procesarlo no se había ponderado correctamente el respeto a la identidad indígena. La madre de la víctima, pertenecientes ambas a la misma comunidad que el imputado, denunció a su pareja por haber violado a su hija, quien se encontraba embarazada al momento de formular la denuncia (en junio de 2005). El embarazo fue advertido por la directora de la escuela a la que concurría la niña. Al ser llamada a ratificar sus dichos en sede judicial, la madre de la menor modificó su declaración (después, según testigos, de haber sido amenazada por el cacique de la comunidad, de haber sido amedrentada en varias oportunidades) y afirmó que él estaba conviviendo desde hacía un año con su hija, lo que es costumbre entre la comunidad.

La investigación judicial continuó; en primera instancia se ordenó la detención de Ruiz, acusado de abuso sexual agravado. Tras los recursos correspondientes, el caso llegó a la Corte Suprema Provincial, que justificó su decisión aduciendo que las pautas culturales de la comunidad wichí conforman un modo de vida conocido como matrimonio privignático y que el acusado no tuvo conciencia del incumplimiento de norma jurídica alguna. Este caso es un resumen de lo que se denomina “defensa cultural”, donde más que defensa de una cultura, lo que hay es una apelación a la misma con el objeto de no recibir una condena penal. Las víctimas de estas prácticas suelen ser las mujeres.

La madre de Estela Tejerina, la menor embarazada por su padrastro, sostuvo, en un comienzo, antes de retirar la denuncia, que hubo violación. Ruiz decía que solo hubo respeto de una tradición ancestral propia (Wichí) que consiste en tener relaciones sexuales libres con la mujer a partir de la primera menstruación de ésta, (lo que en la cultura Wichí, como dije, se denomina “matrimonio privignático”). Como se ve, en el fondo de este debate, lo que se opone es, una vez más, detrás del debate del multiculturalismo, como tantas otras veces en la Historia, es la palabra del hombre contra la palabra de la mujer, esta es la tensión entre género y

cultura<sup>81</sup>. Podemos decir que el género pertenece a la mujer, como esfera de reivindicación, pero la cultura pertenece al hombre, por lo menos hasta que la palabra de la mujer no valga lo mismo que la(s) palabra(s) del hombre, la cultura estará, como denuncia el esencialismo de género, en manos de los varones. Esto es lo que intenta de-construir el feminismo: el dominio de la cultura por parte de los varones.

Ruiz alegó que en su cultura la decisión la toma siempre la mujer. No el hombre. Y también dijo que la hija de su mujer no tenía la edad que figura en el DNI, que era más grande. También dijo que la relación fue consentida. El fondo del debate es si el Poder Judicial debía condenar a un indígena wichí que se defendía alegando un derecho propio, y una propia cultura que la democracia debe respetar (según lo establecido en la Constitución argentina<sup>82</sup>, y en los Pactos internacionales a los que adhirió el Estado argentino). Es lo que Okin denomina “defensa cultural”. No se defiende, en rigor, la cultura. Se usa la cultura (la apelación a una cultura) como pantalla para no ser condenado por un abuso<sup>83</sup>. Y en la mayoría de los casos las que pagan las consecuencias de esta nueva estrategia jurídica (de esta “defensa cultural”) son las mujeres. ¿Qué debe hacer, pues, el Derecho? ¿Debemos renunciar al multiculturalismo?, ¿Qué debe hacer la democracia? Son muchas, como se ve, las preguntas dentro de la gran pregunta del multiculturalismo. Pero no podemos responder aquí a todas. Sólo aspiramos a dejar planteado un

81. Y naturalmente la que tiene preeminencia cultural y también preeminencia jurídica es la palabra del hombre.

82. Con fundamento en los arts. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional y del art. 15 de la Constitución Provincial tucumana que garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas.

83. El problema es que la “defensa cultural”, llevada a un extremo, desvirtúa al Derecho mismo. Cualquier persona puede alegarla, la cultura siempre tiene un límite que no es preciso. (Hart, regla de reconocimiento) El derecho existe precisamente por eso: para poner un límite. La única manera de ponerle un freno a esta defensa cultural, a los abusos a que ha dado lugar, que han sido denunciados por el feminismo en todo el mundo, es precisamente recuperando el piso universalista del multiculturalismo –lo que lo separa del mero relativismo cultural– que es la idea de dignidad, expresada en el derecho de salida. La mujer objeto, como recurso, es un medio, que no puede salir. Está mudo. No es libre. Está atrapada. Eso no puede ser respetado en nombre de la cultura.

problema. A hacer visible una contradicción, la de un multiculturalismo mal entendido. Mal pensado. Mal aplicado<sup>84</sup>. La de un multiculturalismo

84. Tengamos en cuenta que en Sudamérica crece la trata y la desaparición de mujeres secuestras para la explotación sexual, según advierte Amnistía Internacional. El caso de Marita Verón –desaparecida presuntamente con fines de explotación sexual en la provincia de Tucumán– es solo un dramático ejemplo. De allí la importancia de visibilizar ese delito. Por desgracia, la Justicia parece estar operando en América Latina en sentido exactamente contrario. El caso más resonante, por su resultado (la impunidad de los abusadores) y su debilidad argumental, fue el caso del Superior Tribunal de Brasil, que en Marzo de 2012 (el 27 de marzo de 2012) decidió liberar a un acusado de violar a tres menores de edad bajo el argumento de que las chicas de entre doce y catorce años de edad eran conocidas como “prostitutas”, que hacían de la prostitución su “forma de vida” (la trata como “cultura”, como “sub-cultura”, una perversión notable del multiculturalismo, una tergiversación argumental pocas veces vista, que refuerza con cinismo y de modo brusco las propias críticas de Susan Moller Okin, las amplifica, les da un grado de evidencia que nunca imaginó su autora que podían tener.) El Superior Tribunal de Justicia justificó el fallo afirmando que mantener relaciones sexuales con menores de 14 años no siempre debe ser considerado como un delito de violación, tal y como afirma el Código Penal brasileño, y sostuvo que las tres niñas “ya se dedicaban a la práctica de actividades sexuales desde hace mucho tiempo”. (*La Nación*, Buenos Aires, 29 de Marzo de 2012) Esta inversión –culpar a la víctima, y no al victimario– es uno de los ejes de la violencia de género en la región y en el mundo. Es justamente debido a que la sumisión de la mujer por el hombre parece “lo normal”, la “cultura”. Una “forma de vida”. El abuso no se ve. El número de este proceso no fue divulgado en Brasil para preservar la imagen de las mujeres menores involucradas. Es importante destacar que el STJ, en Agosto de 2012, es decir apenas seis meses después de su primer pronunciamiento, y debido al escándalo que el mismo produjo, anuló esa decisión, por la presión también de la Presidencia de Brasil, a través de su Secretaria de Derechos Humanos, que entendía que a través de aquella sentencia se consagraba en Brasil la “impunidad de los violadores de menores de edad” (“esta decisión significa construir un camino de impunidad”, afirmó María do Rosario, Secretaria de DDHH de ese país) . En el último pronunciamiento, el STJ condenó al imputado –antes absuelto– por cometer el crimen de estupro. Pero eso fue la consecuencia de la enorme presión política y civil sobre la primera decisión del tribunal brasileiro. Algo similar sucedió en Argentina con el caso de María Verón, secuestrada con fines de explotación sexual. En Noviembre de 2013 una corte de Tucumán (Argentina) absolvió a todos los acusados (entre quienes se contaban policías y dueños de “licorerías”, eufemismo de los prostíbulos en el norte argentino) de haber organizado el secuestro y mantener aun cautiva a María Verón, explotaba en una red de trata. La decisión de la justicia causó tal estupor en la sociedad argentina y entre los partidos políticos, que meses después dos miembros del tribunal de Tucumán presentaron su renuncia. El tribunal terminó revocando la decisión un año después y condenó por encubrimiento a muchos

que tolera lo que debe combatir: el abuso de las mujeres. La opresión de las mujeres<sup>85</sup>. Donde haya una mujer oprimida, donde hay violencia, no puede nunca multiculturalismo. Hay abuso. Oposición. El multiculturalismo, cuyos desafíos se observan sobretodo en el derecho penal, en la justicia penal, tiene la misión de redefinir el derecho público. De redimir el silencio. Sin el derecho de salida, no hay cultura abierta. Hay encierro. La cultura no puede ser una cárcel. Una prisión. (Y las primeras que padecen esa prisión son las mujeres)

## **XI. La triple condición: mujeres discriminadas por ser pobres, por ser mujeres y por ser indígenas.**

Puede verse como corolario también un caso del Superior Tribunal de Justicia de Formosa<sup>86</sup>, otra provincia pobre del norte argentino, donde la violencia de género en el marco de comunidades indígenas suele ser judicializada pero en seguida desviada a través de la “defensa cultural”, representando este caso, sin embargo, una excepción o un anverso a la lectura

---

de los imputados que antes habían sido absueltos. (Corte Suprema de Justicia de Tucumán. Causa Iñigo, David Gustavo, Andrada, Domingo Pascual, González Sofía de Fátima, Medina Myriam Cristina, Derobertis Humberto Juan S/ Privación ilegítima de la libertad y corrupción”. Expte.: P23554/2002. Sentencia 1098/2013) Como se ve, la violencia de género es en América Latina uno de los mayores desafíos que enfrenta la Justicia, que actualmente se encuentra en un proceso de transformación.

85. En otros casos el mismo tribunal (Corte Suprema de Salta) ha establecido de modo claro la importancia de preservar, a partir de la discusión generada en el caso Ruiz, la autonomía ética y sexual de los menores de edad y la importancia de que esa autonomía también se extienda de modo claro a la esfera de la propia familia, independientemente de cual sea la cultura. De este modo, también fueron condenados familiares (por ejemplo, un padre que prostituía a sus dos hijas menores de edad) que lesionaban la autonomía sexual de sus hijos. Esto supone elevar el margen de protección, ya que una cosa es preservar a una persona de los abusos y otra distinta, más segura, es preservar su autonomía. Es decir, su esfera de decisiones personales. El camino para este desarrollo en la jurisprudencia del tribunal no ha sido fácil. La discusión generada alrededor del caso Ruiz en 2006 fue decisiva para rescatar la importancia de preservar la autonomía sexual de los menores. (Véase C/C Arias, Roque Salomón; Bejarano Suárez, Edita; Asís, Adelaida Vanesa. Recurso de casación. 13/11/2012)

86. 29/04/2008. Caso González, Rubén Héctor-Bonilla, Hugo Oscar Santander, Sergio André (prófugo) sobre abuso sexual. Superior Tribunal de Justicia de Formosa.

anterior, ya que en este caso se pondera, a diferencia del voto mayoritario del caso Ruiz, con una perspectiva de género. En este caso, el Superior Tribunal de Justicia de Formosa, en un fallo dividido, confirmó la condena a dos hombres que habían violado a una menor de edad de origen wichi. En el caso, se dio por probado que el abuso existió, aunque los condenados alegaron –en este caso, a diferencia del caso Ruiz, sentenciado apenas dos años antes– que la relación fue a cambio de dinero. Una de las pericias fue sumamente deficiente, al punto de ser calificada –la menor víctima del abuso– de esquizofrénica por el tribunal. No obstante, se valoró también el contexto cultural, haciendo mención a que “No es ocioso señalar que las mujeres indígenas han sido históricamente oprimidas y excluidas, por una triple condición: la de ser mujer, la de ser pobres, y la de ser indígenas, como producto de un proceso histórico-cultural que no solo puede verificarse empíricamente (...) Ese es el contexto que no debe perderse de vista en esta causa, afirma críticamente el tribunal de Formosa, y que sumado al que expone el voto de la mayoría en el fallo impugnado, asigna un marco teórico relevante para el análisis y la decisión del caso”. En este caso queda demostrado que las mujeres wichi son víctimas abusadas dentro pero también fuera de su propia cultura, como afirma el feminismo esencialista. En este sentido debe plantearse qué objeto tendría la “salida” para estas mujeres, que cuando “salen” también son violadas, violentadas, abusadas. No son libres. (Aleccionador y simbólico resulta este pasaje del fallo, en palabras del Ministro Dr. Ariel Gustavo Coll: “Que la diferencia estriba en que los acusados, sostienen que la relación sexual fue consentida y a cambio de dinero, en tanto la víctima, afirma que fue precedida por un acto de violencia e intimidación”<sup>87</sup>. Una vez más, lo probable es que ambas partes tengan visiones y definiciones muy diferentes de lo que es la “violencia”).

Lo determinante en este caso fue, sin embargo, que en este caso el padre de la menor wichi violada fue quien realizó la denuncia. Es decir que estaba en juego una vez más no solo la palabra de la mujer menor indígena violada y calificada en una primera pericia de esquizofrénica. Sino la voz de un hombre indígena sobre su propia cultura y tradiciones. En este sentido, este caso no altera el enfoque que hemos propuesto. Lo confirma. No

87. Página 4 del Fallo, del voto del Ministro Dr. Ariel Gustavo Coll.

sabemos cómo hubiera terminado este caso si la denuncia no hubiera sido realizada por un varón wichi.

Afirma el voto de la mayoría, en palabras del relator: “No creo que resulte necesario ingresar al análisis de cuestiones antropológicas, porque no está en juego en el caso que nos ocupa, una presunta oposición entre costumbres de pueblos originarios con la legislación positiva, la cual, en todo caso, siempre debe resolverse a favor del bloque de legalidad constitucional, como mandan los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando niegan la existencia de derechos constitucionales absolutos (Fallos 257:275; 258:267; 262:205, entre otros) y así surge del propio art. 8.1 del Convenio 169 de la OIT aprobado por Ley 24071, pero si entender que en el caso que nos ocupa, se ha puesto en crisis la protección integral a la víctima que debe brindar el Estado a través del servicio de Justicia. No es ocioso señalar que las mujeres indígenas han sido históricamente oprimidas y excluidas, por una triple condición: la de ser mujer, la de ser pobres y la de ser indígenas, como producto de un proceso histórico-cultural que no sólo puede verificarse empíricamente, sino que ya ha tenido recepción normativa a partir del Decreto 1086/2005, cuando aprueba el llamado “Plan Nacional contra la Discriminación”, refrendado por el entonces Presidente Kirchner, el Dr. Alberto Fernández y el Dr. Alberto Iribarne<sup>88</sup>, en cuyo anexo se consigna “que es el ámbito judicial un espacio donde aparecen frecuentes hechos de discriminación hacia los miembros de comunidades indígenas y en muchas ocasiones cuando los indígenas son víctimas de un delito, no se les reciben las denuncias o no se las investiga debidamente... las mujeres indígenas a su vez, son objeto de discriminación, tanto por ser mujeres, como por ser pobres como por ser indígenas”. Vencer esta triple condición (mujeres discriminadas por ser mujeres, por ser pobres y por ser indígenas) es uno de los objetivos centrales de las democracias en América Latina. Para eso sin embargo es menester vencer no solo la violencia de género en sí misma, sino los contextos de violencia social, pobreza y desigualdad extrema (América Latina es la región más desigualdad del mundo, según consigna la CEPAL) en que esa violencia contra las mujeres se origina y consolida.

88. Entonces Ministro de Justicia, Seguridad y DD.HH. de la República Argentina.

## **XII. Conclusión. El multiculturalismo como desafío para la democracia. Por qué el multiculturalismo puede servir para resolver las contradicciones (e hipocresías) de la democracia.**

A lo largo de este trabajo hemos preguntando repetidas veces si existe o no un auténtico derecho de “salida” para las personas (sobre todo para las mujeres) en sus culturas. Ese “derecho” de salida no descansa en una explicación unilateral, de la propia cultura que se analiza (este es el sesgo que suelen cobrar los análisis europeístas, para no reconocer los propios errores, para caer así en la “doble moral” que denuncia Moller Okin). Para que la salida sea un derecho también se necesita un “a donde” salir. Sin ese “a donde” la salida no se ejerce, no se piensa como posibilidad. Tampoco como derecho. Pero entonces la salida ya no debiera ser “presupuesta” por el solo hecho de que las personas, conscientes de esto, ya no la buscan. Es interesante, en este caso, las respuestas que han dado las democracias más avanzadas del mundo a este dilema. En España la policía que resguarda las fronteras –la Guardia Civil– acaba de impedir con balas de goma –que le costaron la vida a catorce personas– el ingreso a territorio español (Ceuta, enclave español del norte de África) de decenas de inmigrantes subsaharianos desesperados que cruzaban hambrientos y desolados largas extensiones de tierra en busca de una oportunidad, de un derecho elemental, de una vida sin privaciones<sup>89</sup>. Pero no lo han obtenido. La respuesta fueron

89. El 6 de febrero de 2014, centenares de subsaharianos intentaron llegar a nado a España y 14 de ellos murieron, tras haber sido “dispersados” con balas de Goma por la Guardia Civil española. (“Si los muertos fuesen “blancos, españoles y con DNI”, el director general de la Guardia Civil, Arsenio Fernández de Mesa, hoy no habría ido a su trabajo y el delegado de la ciudad autónoma de Ceuta estaría cesado en sus funciones, afirmó entonces el dirigente socialista (PSOE) Antonio Hernando. “Pienso que si no fuesen negros, pobres e indocumentados, alguien ya habría dimitido”. También remarcó que “no hay seres humanos de segunda” y que los fallecidos “tienen derecho a que se haga justicia y pague por ello quien dio la orden de disparar y quien la ampara”. Véase “España debe explicar el tiroteo en Ceuta”, *Diario Página 12*, Buenos Aires, 15 de febrero de 2014. Como se ve, este hecho evidencia no solo un “doble estándar” de tratamiento (ciudadanos de un lado, con derechos, del otro “ilegales” sin “documentos”), sino también que el fracaso de la “salida” como derecho depende o pende de ese doble estándar de tratamiento. Mientras esto subsista, el multiculturalismo no puede sostenerse, porque no existe el derecho a salir. Más bien existe una prohibición de salida. La

las “balas de goma” para “dispersar inmigrantes indocumentados”. Por el contrario, la respuesta de la democracia en ese caso, como en tantos otros, fue la misma: represión y expulsión, cuando no directamente la muerte. La negación no solo de la “salida”, sino del “derecho a querer salir”. Se los reprime por el solo hecho de intentarlo. De escapar. Esto demuestra que no solo no existe un “derecho”, muchas veces existe incluso una “prohibición” de salir. Una prohibición de salida. Se invierte así la base del discurso multicultural democrático de mayor “tolerancia”. El caso de España es elocuente, pero no es el único, lo mismo se observa en Italia (las tragedias humanitarias de Lampedusa, el llamado “mar de la muerte”, se repiten con sangrienta periodicidad, ante la impasibilidad de nuestras democracias, y de nuestro silencio); Francia, Alemania: la deportación es así la regla. El maltrato de los inmigrantes “ilegales” es continuo. Su deshumanización es un hábito político: se ve “ilegales” sin derechos, no personas “con derecho a salir”. Esto demuestra que estas personas no tienen en la regla ningún derecho a “salir”. Derecho alguno. La salida no configura, pues, un derecho. Si la práctica desmiente así la base misma del edificio en que se sostiene el multiculturalismo, entonces el desafío de la democracia sigue siendo hacer del multiculturalismo una realidad, y no una teoría, o, como dice Okin, un doble discurso. Pero mientras la salida no configure un derecho, la “defensa cultural”, como estrategia judicial, no se sostiene, porque se desdibuja su presupuesto básico. Mucho menos cuando de por medio están las mujeres silenciosas, que no pueden expresarse y que ya no buscan “salir” porque, como vimos, las otras culturas –que le prometen y reconocen formalmente ese “derecho” cuando le arrojan esa cultura como “propia” en la justicia– en rigor se lo niegan cuando pretenden ejercerlo de verdad, cuando quieren “salir”. Si la mujer no es libre, la cultura no puede servir de muralla para tolerar o justificar los abusos. O hacemos realidad el derecho de salida (un ejercicio concreto, con un “a dónde” real, donde el “a dónde” no signifique siempre más formas –u otras formas– de violencia sobre la mujer, violencia sobre la mujer pobre o indígena) o descartamos la defensa cultural como estrategia judicial defensiva amparada en los presupuestos multiculturales, que configuran, sin embargo, como vimos, una obligación para los Estados como

---

posibilidad de que quien quiera “salir” sea “dispersado” con “balas de goma” por ser un “ilegal”, un “indio”, un “indocumentado”, etc.

Argentina. Con esto queremos decir que la opción no pasa por descartar el multiculturalismo, como pretenden los sectores más conservadores de la política Europa<sup>90</sup>, sino en hacer realidad práctica, efectiva, el derecho de salida. La salida como derecho. El derecho a salir como posibilidad concreta. No como promesa. La respuesta de las democracias no deben ser las balas, ni las deportaciones, ni los homicidios enmascarados, minimizados porque son muertes de “inmigrantes”, “ilegales”, deben ser los derechos. Los derechos humanos universales del hombre y de la mujer, sin distinciones, derechos humanos sin distinción de ningún tipo. Cuando se “deporta” a una persona, cuando se la trata de “ilegal”, se le está diciendo en el fondo que carece de algunos (o de todos) de esos derechos humanos elementales. Esta actitud no es compatible con los principios básicos de una democracia. No solo no es compatible con el predicado multicultural, como vimos aquí, sino más aún, no es compatible con el predicado básico de una democracia liberal. Con el Estado de Derecho.

El multiculturalismo puede servir por eso para terminar, en primer lugar, con el doble discurso, o como sostiene Moller Okin, con la doble moral. Con las dos caras de la democracia y con las dos caras del Derecho. La democracia de los ciudadanos legales que luego arroja todo su peso contra los inmigrantes “ilegales”, hombres y mujeres (muchas veces indígenas que escapan de la opresión y el hambre) sin voz ni derechos, hombres y mujeres que se detienen y se deportan. Allí también se juega el “derecho de salida”. La deportación desmiente al derecho de salida. Europa borra con el codo lo que escribe con la mano. El derecho de salida no puede ser una teoría sin una práctica. Debe ser una práctica. Debe ser un Derecho. Se debería poder ejercer. Un derecho que no puede ser ejercido no es un derecho. Es una fantasía. Una ilusión. Una utopía. Pero no un derecho.

Para sostenerse (sin caer en una inconsistencia palpable) el multiculturalismo depende de defender a raja tabla el derecho de salida de la mujer. Las mujeres muchas veces no abandonan las culturas que las oprimen (lo

90. La canciller alemana Angela Merkel (CDU) repitió de modo insistente que en Europa, sobretudo en Alemania, “el multiculturalismo ha fracasado”, “Multikulti ist absolut gescheitert”, absolutamente fracasado. También su aliado francés, Nicolás Sarkozy, se quejaba de que en su país, Francia, hay “demasiados inmigrantes”. Este es el núcleo del debate por la salida, por el “derecho a salir”. Los “ilegales” son tratados como personas sin ningún derecho precisamente a “salir”, por eso son devueltos a “sus” culturas. A sus países.

cual no nos autoriza a decir que la consienten, solo podemos decir esto con mala fe, que es precisamente lo que denuncia el feminismo, todo depende de cómo se interprete el silencio autoimpuesto de la mujer<sup>91</sup>) y muchas veces no pueden hacerlo. Entre otras razones, porque además de mujeres, son pobres o porque las democracias occidentales no las dejan entrar, no las reciben, las deportan, contradiciendo el postulado esencial e inicial mismo de la libertad de “salida”. Por eso muchas mujeres (indígenas o no) no hablan. Porque la salida no existe. Incluso cuando son quemadas vivas las mujeres son forzadas a “quedarse” en su cultura. La mujer sabe esto. Cuenta con esto. Por eso actúa como actúa. Por eso calla. “Elije”. ¿Para qué querría la mujer un derecho de “salida” si las democracias occidentales civilizadas y desarrolladas que le arrogan ese derecho formal liberal a “salir” en el discurso, son las primeras en no recibirla, en deportarla, en criminalizarla, también en someterla? Para qué querría la mujer indígena argentina ese derecho “de salida” si salir de esa cultura para integrar otra –mayoritaria, por ejemplo en Argentina– significa, sin embargo, que se la siga maltratando (muchas veces aún más) y se la siga discriminando por india o pobre<sup>92</sup>? ¿Qué diferencia hay? Muchas veces la libertad de la mujer es eso, queda tristemente reducida a eso: a elegir entre distintas formas de violencia encubiertas bajo una supuesta libertad formal. El multiculturalismo no puede ser eso. Estas son las preguntas que se debe hacer la democracia si de verdad está dispuesta a defender el multiculturalismo. Si de verdad está dispuesta a defender la democracia. A ver a la mujer.

Decíamos que otra de las contradicciones son los límites estrictos a la inmigración de las democracias “civilizadas”. Hay límites internos y límites externos a la integración y al derecho. De las culturas académicas que enarbolan el multiculturalismo pero luego prohíben la entrada de los inmigrantes “ilegales”. Esta es la contradicción del multiculturalismo. Que las mismas democracias que hablan del “derecho de salida” de la mujer, cuando una víctima “sale” de la cultura, para el caso de que logre hacerlo, llegue viva, luego es convertida en una “ilegal” y es apresada, y deportada (sin acceso a un abogado o a un traductor), devuelta a la “cultura” de la que quiere

91. Fiss, O. “Qué es el feminismo”. En *Doxa*, 14. 1993 (Ponencia presentada en Madrid, 1992)

92. Se la prostituya, se la sumerja en una red de trata.

escaparse o es convertida en mula o prostituida: es decir, sometida una vez más a una nueva forma de violencia de género. Padece, una vez más, por ser mujer. Solo por eso. Parece así que la violencia y el abuso son un destino para la mujer más allá de toda cultura. La violencia persigue a la mujer (esto es lo que sostiene precisamente Mackinnon). Parece que la mujer está contra la espada y la pared. Pero entonces el problema de la violencia no es ya (solo) el multiculturalismo: es un problema que excede al multiculturalismo. Y esto es precisamente lo que sostiene el esencialismo de género. Por eso sostenemos que el multiculturalismo es, en rigor, la solución del problema. Y no, tal vez, el problema mismo.

El multiculturalismo, como vemos hoy en Europa, es una de las grandes promesas de la democracia (tal vez la única para vencer la discriminación y el estigma) y haríamos muy mal renunciando a él, en lugar de perfeccionarlo y corregir a quienes causan daño en su nombre. A quienes le causan un daño a la mujer (o compran la impunidad de los agresores varones en nombre de una defensa “cultural”, en defensa de una cultura) pensando que con eso le hacen un favor al multiculturalismo o al derecho, cuando lo están minando. Cuando Ruiz, en Salta, en 2006, logró ser sobreseído en nombre de la defensa de su “cultura/identidad<sup>93</sup>” (cuando muchas mujeres indígenas lo desmentían, pero la justicia salteño no ponderó por igual la voz del hombre y la voz de la mujer, justamente la palabra de la mujer no ha llegado a valer lo mismo que la palabra del hombre, por eso su palabra no es determinante a la hora de definir una cultura) lo que logró fue usar al multiculturalismo. Vaciarlo. Usarlo como una pantalla para negar un derecho. El derecho de la mujer. Pero el multiculturalismo no tiene por qué ser malo para las mujeres. Lo que sabemos, simplemente, es que puede serlo. Y en esto las feministas como Moller Okin tienen razón. Porque hasta el momento, lo ha sido. El multiculturalismo ha dañado a las mujeres porque ha sido mal pensado y mal aplicado por los tribunales. Porque se han pensado mal los “derechos de grupo”, superficialmente defendidos por el liberalismo. Estela Tejerina vivió en carne propia (en Salta) lo que denuncia Susan Moller Okin en Estados

93. Mackinnon diría: cómo puede ser “identidad” (cómo puede ser “cultura”) el abuso de una mujer. La violación de una mujer menor. Precisamente este tipo de casos confirman las denuncias del feminismo radical de Mackinnon. La violencia sobre la mujer es *cultura*. Es “tradición”. “Identidad”. Es Derecho.

Unidos. (Esto le da la razón al esencialismo de género de Mackinnon, que señala que el destino de la mujer –de toda mujer– es el ser abusada, trágico destino que trasciende o trascendería las culturas y los estratos sociales) El multiculturalismo ha sido malo para las mujeres. El desafío del derecho y el desafío del feminismo, es que deje de serlo. Que el multiculturalismo se integre plenamente a la democracia porque el multiculturalismo puede servir para enriquecer a la democracia. Para darle sentido al derecho. Para generar conciencia. Para que masacres como la de Noruega y otras masacres menos visibles, pero cotidianas, (como las que denuncia Mackinnon que padece a diario la mujer) no se repitan<sup>94</sup>, no sigan existiendo sin que el derecho se atreva a mirarlas. El derecho también debe abrir los ojos. Ver más. Ver lo que todavía no ha sido visto. Hay mucha violencia como afirma Robert Cover, que aún seguimos llamando cultura. O tradición. O espectáculo, “libertad”. El desafío del derecho es ver esto. El desafío del Derecho es dejar de ser cómplice de la violencia repensando lo que entendemos –y la forma en que ejercemos lo que entendemos– por sociedad multicultural. Sin derechos para la mujer, no hay multiculturalismo posible. Hay solo abuso. Hay solo violencia. Hay solo opresión.

Se trata de defender en definitiva el derecho de todas las mujeres a vivir, como se afirma en CEDAW<sup>95</sup>, una vida libre de violencia. Es decir, una vida libre. Una vida con libertad y autonomía. Digna. Con derechos. Donde defender la propia cultura no signifique ser silenciada. Abusada. Muerta. Donde defender la propia cultura sea para la(s) mujer(es) sinónimo de ser libre. Donde no haya tensiones entre el género y la cultura. Entre la voz de la mujer (o el silencio de la mujer) y la voz del hombre.

## **Bibliografía**

Army, René Paul. “Das Recht auf kulturelle Identität als Schranke für das Strafrecht in Lateinamerika” (The right to cultural identity as a barrier to penal law in Latin America), en *Journal für Entwicklungspolitik*,

94. Copelon, Rhonda. *Terror íntimo: violencia doméstica entendida como tortura*, en Derechos Humanos de la Mujer, perspectivas nacionales e internacionales. Bogotá. Ed. Profamilia. 1997.

95. Committee on the Elimination of Discrimination against Women.

- Vol. 20, No. 4, 2004, pp 8-24.
- Beauvoir, S. *El segundo sexo*. Buenos Aires. Ed. Sudamericana. 2007
- Benhabib, Seyla. *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*. Princeton University Press. 2002.
- Butler, J. *Violencia de Estado, guerra, resistencia*. Ed. Katz. Buenos Aires. 2011.
- Capella, Juan. *Fruta Prohibida. La construcción jurídica de la modernidad*. Ed. Trotta, Madrid, 2007.
- Cohen, Joshua; Howard, Matthew y Nussbaum, C. Martha. *Is Multiculturalism Bad for Women?*, New Jersey, Princeton University Press, 1999.
- Cover, R. *Derecho, Narración y Violencia*. Ed. Gedisa. Barcelona. 2001
- Facchi, Alessandra. “El pensamiento feminista sobre el derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”, en *Academia*. Año 3. Número 6. Ed. UBA. 2005. pp. 27-49.
- Fraser, N. *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico con Axel Honneth*, Madrid, Ediciones Morata. 2006.
- Fiss, Owen M; *La ironía de la libertad de expresión. Usos y abusos de un derecho fundamental*. Barcelona. Editorial Gedisa, 1999.
- Gargarella, Roberto; *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Buenos Aires. Ad-Hoc., 2005.
- Mackinnon, C. A. “Integrando el feminismo en la educación práctica”. en *Revista Academia*. Año 3. Número 6. UBA. 2005. pp. 157-175.
- Mackinnon, C. A. *Toward a Feminist Theory of the State*. Harvard University Press. Cambridge M. 1995.
- Nussbaum, M. *El ocultamiento de lo humano. Vergüenza, Repugnancia y Ley*. Ed. Katz. Buenos Aires. 2007.
- Olsen, F. “El sexo del derecho”, en *Identidad femenina y discurso jurídico*, compilado por Alicia Ruiz, Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000, pp. 25-42.
- Okin, S. M. “Feminismo y Multiculturalismo. Algunas Tensiones”. En *Revista Feminaria*, Año XV, N 28/29.
- Rawls, J. “El derecho de gentes”, en Shute, S. y S. Hurley. *De los derechos humanos*. Trotta. Madrid. 1997.
- Renteln, Alison Dundes. *The Cultural Defense*. Oxford University Press, U.S.A.; Ed. 2005.
- Sousa Santos, Boaventura. “Hacia una concepción multicultural de los

derechos humanos”. En *Revista El otro Derecho*, número 28. Julio de 2002. ILSA, Bogotá.

Zagrebelsky, Gustavo. *La virtud de la duda. Una conversación sobre ética y derecho con Geminello Preterossi*. Ed. Trotta. Madrid. 2012. Cap. 5. Pluralismo y multiculturalismo. Pp. 87-107.

# El delito como espectáculo. Reflexiones criminológicas sobre cómo los medios de comunicación tratan las cuestiones vinculadas con el delito

*Norberto Ricardo Tavosnanska\* (director) y colaboradores\*\**

\* N. Tavosnanska es el director del Proyecto de Investigación DeCyT (Derecho, Ciencia y Tecnología) de la UBA sobre Medios de comunicación y sensación de inseguridad. Tiene a su cargo la cátedra de Criminología del Ciclo Profesional Orientado de la carrera de Abogacía en la Facultad de Derecho de la UBA. A su vez, se desempeña como Juez titular del juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N°17 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; ntavo@hotmail.com.

\*\* Juan Bautista Libano, abogado, especialista en Criminología, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires por concurso desde el año 2010, profesor adjunto de Filosofía del Derecho en la Universidad de Flores y profesor de Ética y Derecho en el Instituto Lyceum; juanbautistalibano@hotmail.com.

Gabriela Ponce, abogada con orientación en Derecho Penal (UBA). Actividad investigativa: participante del equipo de investigación DeCyT 2012-2014 sobre Medios de comunicación y sensación de inseguridad. Antecedentes docentes: 2011-2013; Ayudante en la cátedra de Criminología y seguridad del Dr. Tavosnanska (CPO), Facultad de Derecho (UBA). Argentina; gabrielaponce9@yahoo.com.ar.

Sabrina I. Pascual, abogada con orientación en Derecho Penal (UBA), Magíster en Derechos Humanos y Democratización para América Latina (UNSAM-CIEP, 2013), Asesora en la Dirección Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Seguridad de la República Argentina, sa\_pascual@hotmail.com.

Sabrina Varela, periodista de Investigación UPMPM (Universidad Popular Madres de Plaza de Mayo), estudiante de Abogacía UBA, estudiante de posgrado en Diplomatura en Género y Derechos de las Mujeres ECAE, sabrinaavarela@gmail.com.

Mariana Herrera, abogada con orientación en Derecho Penal (UBA), integrante de los proyectos DeCyT Medios de Comunicación y sensación de inseguridad (director: Dr. Norberto Tavosnanska) y Mujer, tráfico ilícito de estupefacientes y cárcel (directora Dra. Cristina Caamaño), ayudante de la cátedra Criminología (UBA) del Dr. Norberto Tavosnanska, desde abril 2014, herreramarianasoledad@yahoo.com.ar.

Verónica Potes, abogada (UBA), Especialización en Derecho Penal, Jefa de Despacho de Primera, Tribunal Oral Criminal N°16; ayudante en Criminología y Seguridad (UBA),

## Resumen

En el presente trabajo se analiza, desde una mirada criminológica y semiótica, el modo en que los medios de comunicación tratan las cuestiones vinculadas con el delito. Para ello, brindaremos una breve explicación respecto de la relación existente entre la criminología y los medios de comunicación partiendo del método sociológico. Se analizarán los resultados obtenidos en el transcurso de la investigación efectuada en el marco del Proyecto UBA DeCyT sobre “Medios de comunicación y delito”.

Palabras clave: medios masivos, criminología, crimen y castigo, sensación de inseguridad.

## **Crime as a show. Criminological thoughts on how the mass media addresses crime related issues**

### Abstract

This paper analyzes, from the criminological and semiotic point of view, the way in which the media addresses issues associated with crime. We will provide a brief explanation regarding the current relationship between criminology and media using the sociological method. The results obtained during the investigation carried out within the framework of the UBA DeCyT project on “Mass media and crime” will be analyzed.

Keywords: mass media, criminology, crime and punishment, feeling of insecurity.

---

cátedra Dr. Norberto Tavosnanska; ayudante en materia Elementos del Derecho Penal y Procesal Penal de la Nación (UBA), cátedra Dr. Baigún; ayudante. Materia Teoría del Derecho (UBA), cátedra Dr. Guibourg.

Melina Ailen Peralta, abogada (UBA), docente con cargo de ayudante alumna de la materia Derecho de la Integración, cátedra Soto-González, publicaciones en la revista *Futuros Abogados Latinoamericanos*, sobre Derecho Administrativo, ponencia en el Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados “Democracia y derechos”.

## **Introducción**

En el presente trabajo brindaremos una breve explicación respecto de la relación existente entre la criminología y los medios de comunicación y el método sociológico en particular y, a partir de ellos, ahondaremos en los resultados que arrojó la investigación realizada en el marco del Proyecto UBA DeCyT sobre “Medios de comunicación y sensación de inseguridad”.

El análisis de la influencia de los medios masivos de comunicación sobre la llamada “sensación de inseguridad”, la figura del delincuente, como también sobre los funcionarios y magistrados del Poder Judicial, constituye un estudio que desde años ha interesado a la criminología.

En la actualidad, el interés por dicho análisis se ha visto maximizado en el contexto de la situación que trasunta nuestro país, como otros, específicamente por la reciente sanción de la Ley de Medios Audiovisuales y la jurisprudencia asentada por la CSJN,<sup>1</sup> implicando la generación de un nuevo paradigma en la forma en que los medios de comunicación deben asumir la responsabilidad de informar una noticia.

Esto nos ha incitado a proponer una investigación en el tema que a continuación desarrollaremos con mayor detenimiento.

## **I. Antecedentes de la investigación de Medios de Comunicación y delito**

El hecho de que este estudio se encuadre en una investigación DeCyT [Derecho, Ciencia y Tecnología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires] llamada “Medios de comunicación y sensación de inseguridad” no resulta azaroso si se considera cuál es el rol de la universidad en la formación de los futuros profesionales, la importancia de la labor investigativa en el campo de las ciencias sociales, y específicamente, dentro de ella, el área de producción de conocimiento jurídico relacionado con el sociológico, filosófico, económico y político. Como parte de la comunidad académica y de la comunidad civil, nuestro interés y voluntad es que esta investigación pueda brindar otra mirada respecto del papel que juegan los

1. Ley 26.522 Sancionada y promulgada en Octubre 10 de 2009 y “Grupo Clarín S.A y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa”.

medios de comunicación y la incidencia de los mismos, como generadores de opinión en la sociedad.

Por otro lado, con esta investigación no sólo se familiarizó a quienes recién se inician en el campo investigativo, en particular a los más jóvenes, sino que también se los dotó de una serie de herramientas analíticas (provenientes de la criminología, del periodismo, de la semiótica, entre otros), las cuales se hayan totalmente presentes en el fenómeno de la criminología mediática.

No obstante, es preciso señalar que el carácter “exploratorio” de esta investigación fue necesario para obtener una primera experiencia colectiva que sea de utilidad para la posterior formulación de hipótesis relevantes para una investigación que arribe a conclusiones más contundentes y aún más profundas.

Es que, en definitiva, este estudio es una investigación de carácter formulativo y exploratorio, que en los métodos sociológicos se denomina “estudios descriptivos”.

De esta manera, los datos que se expondrán en este trabajo, en el futuro, podrían ser analizados de manera concatenada a fin de realizar una investigación de índole comparativa sobre la evolución de las publicaciones de año en año, o mes en mes, con otros horarios, con otros medios, con publicaciones de otra temática, respecto de otros países, etc.

## **II. Hipótesis de la investigación**

La hipótesis que motivó este estudio y que originó la iniciación del proyecto DECyT fundamentalmente partió del cuestionamiento del rol de los medios masivos de comunicación al momento de tratar los temas relacionados con la comisión de delitos, violencia o demás conductas consideradas “desviadas” por el derecho penal.

Acreditamos la manipulación de algunas agencias de información,<sup>2</sup> que producen y que tienden a instalar en la sociedad una sensación de inseguridad pero entendiendo a esta última desde un concepto restringido y no amplio.<sup>3</sup> Para llegar a dicha conclusión, la investigación tomó en cuenta

2. Que algunos autores tales como E. R. Zaffaroni denominan “empresarios morales”.

3. Más adelante analizaremos el concepto de seguridad que esta investigación propondrá y cuál es la diferencia con la noción de seguridad que transmiten los medios masivos de comunicación.

los resultados a través del método cuantitativo realizado en el trabajo de campo, el cual constó de dos momentos específicos: la recolección material de datos extraídos mediante la observación de medios televisivos y medios gráficos.

Creemos que ante la ausencia de una política criminal clara y determinada, los medios llenan ese lugar manipulando la información y creando a menudo necesidades ficticias o exageradas.<sup>4</sup> Ello nos conduce a pensar el rol determinante que tienen los medios de comunicación en cuanto a la difusión del sentimiento de inseguridad que, tal como lo mencionamos anteriormente, se enrola en el sentido restringido del término. Cabe señalar que este precario diagnóstico discursivo, es decir, el de vincular exclusivamente la inseguridad con el ámbito de la seguridad personal, sea ésta física o de bienes individuales o colectivos, termina instaurando en la opinión pública la idea de que el origen de las tasas delictivas se debe a la falta de severidad en cuanto a los montos de las penas. Esta escalada del discurso en cuanto al endurecimiento del poder punitivo impulsada en un principio por los medios de comunicación y luego tomada por ciertos sectores políticos con responsabilidad institucional, provoca el impulso de medidas que responden a políticas de mano dura, aumento de penas, limitaciones en las excarcelaciones, aumento de la prisión preventiva, endurecimiento de criterios para otorgar la libertad condicional y salidas transitorias, como también la ampliación de recursos policiales a través de la reincorporación de personal retirado. Con lo cual el Estado, ante la falta de mecanismos de participación ciudadana más directos (el sufragio es esporádico en el tiempo y sólo refleja una voluntad política que lejos está de medir las cuestiones de preferencia individual sobre seguridad), actúa o reacciona en consecuencia y teniendo en miras cuál fue el impacto de la noticia en la opinión pública.<sup>5</sup> A su vez, es

4. Tavosnanska, Norberto, *Seguridad y política criminal*, Editorial Cathedra Jurídica, Buenos Aires, p. 32.

5. El reciente caso mediático que se trató del homicidio de la menor Ángeles Rawson generó un cúmulo de análisis en materia de criminología mediática. Una de las principales consecuencias de su excesiva exposición fue el avance del proyecto sobre el “Registro de violadores” que, finalmente, luego de haber sido hartamente debatido, fue sancionado el 3 de julio de 2013 y promulgado el 23 julio de 2013 constituyendo el denominado Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a delitos contra la integridad sexual. Si bien en este caso mediático, en su primer momento expositivo, las hipótesis de los diversos

interesante señalar el negocio rentable que surge en relación con el tema de la inseguridad, ya que a partir de los déficits del Estado en atender las necesidades y reclamos que genera la sociedad civil, los sectores medios, medios altos y altos de ésta que están en condiciones de afrontar el gasto acceden a la denominada seguridad privada. Encontrándose el ejercicio de la fuerza por parte del Estado, en relación con la seguridad física, desdibujado por la aparición de este nuevo actor que es la seguridad privada. Como diría Baratta, “estamos en presencia de una renuncia del Estado a la función que debería legitimarlo sobre la base del pacto social moderno”.<sup>6</sup>

Es decir que el monopolio de la seguridad y la punición está concentrado en pequeños grupos de poder económico y ello hace que, juntamente con la labor de los medios, se halle en un sistema o movimiento perverso y cíclico del cual resulta bastante complejo salir. Hay que tener en cuenta que el tratamiento que los medios realizan de los acontecimientos sociales responde funcionalmente a los intereses económicos y políticos a los cuales están subsumidos.

### **III. La relación de la criminología y los medios de comunicación**

La criminología sostiene un debate epistemológico en tránsito en el que se incluye la posibilidad de tratar el tema de la relación entre los medios masivos y el tratamiento de los temas relacionados con la violencia, el delito, conductas desviadas, o como se las llame.

---

medios de comunicación se centraban en la certeza de que la menor había sido violada, posteriormente dicha suposición fue descartada (aunque aún continúan las dudas sobre si aquello ocurrió o no), dicha circunstancia no bastó para el detenimiento del avance de dicho proyecto. No es materia de este trabajo el análisis de las argumentaciones que fundamentan estos proyectos, pero lo cierto es que las posturas que sostienen la inconstitucionalidad de este registro tienen verdadero sustento jurídico-penal. Las posturas “lombrosianas” del siglo XVIII ahora se tiñen de un nuevo *aggiornamento*, se jactan de ser respetuosas del derecho internacional de derechos humanos a pesar de encarnar las prácticas más estigmatizantes y discriminativas del poder punitivo.

6. Baratta, A., *Criminología y sistema penal*, Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004, p. 8.

Así lo entiende, entre otros, Eugenio Raúl Zaffaroni en su trabajo *Criminología Mediática*. Esto es así dado que en la actualidad los medios de comunicación masivos juegan un rol fundamental en cuanto a la construcción social que pretenden difundir. Es importante mencionar el papel que juegan los medios de comunicación, ya que éstos suelen reemplazar fácticamente los organismos del sistema penal, con resultados no deseados generando en amplios sectores de la sociedad pedidos de políticas criminales autoritarias y de abandono del sistema de derechos y garantías, términos considerados como insultos. Esto es claramente visible si nos detenemos a observar la elección de la terminología al momento de comunicar un suceso.<sup>7</sup>

Es muy común que al momento de comunicar o transmitir un hecho delictivo se condene mediáticamente al sujeto con la utilización de la expresión “delincuente”, entre otros conceptos alejados de las definiciones constitucionales. Creemos que esta elección no es azarosa sino que responde a un diseño de poder político y económico.

A modo de síntesis, podemos decir que el tratamiento de los temas delictivos y similares, en los *mass media* denota información y connota manipulación, para determinados objetivos de política criminal, decididos desde el Estado y posiblemente desde empresas o grupos económicos, vinculados con la información, o compraventa de mercaderías vinculadas con la protección de la propiedad privada y la seguridad física.

Esto nos lleva a concluir que los mensajes de los medios masivos tienen como objetivo “colaborar” con el proceso de marginalización y represión, en el marco de la selectividad del sistema penal.

#### **IV. ¿Qué entendemos por seguridad? Concepto amplio y restringido**

La noción de seguridad también ha sido incluida en las corrientes criminológicas modernas. En torno a la seguridad ciudadana se distinguen dos grandes conceptos. En el sentido restringido, “se vincula al sentimiento de confianza de la población por no verse expuesta a hechos de violencia

7. Tavosnanska, Norberto R., “Los códigos de los *mass media* en el tratamiento de los temas criminales”. *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales*, N°8, Buenos Aires, noviembre, 1996, pp. 18-19.

física”.<sup>8</sup> Según se ha dicho, trataría de la razonable expectativa de preservar y conservar los valores más importantes tales como la vida, la libertad personal, la integridad corporal o la libertad sexual.

Desde el sentido amplio, el alcance de la noción de seguridad no se circunscribe “a lo directamente físico, sino a obtener efectivamente el respeto de los derechos humanos para la satisfacción de las necesidades y la realización personal”. Siguiendo este criterio amplio, el Dr. Tavosnanska define el concepto de seguridad como “aquel estado o circunstancia económico-social estable, en donde la comunidad se beneficia (en mayor o menor medida) de todo el espectro o abanico de derechos y garantías contemplados en la carta magna y en los tratados internacionales de derechos humanos, con un marco político-institucional dedicado y capaz de salvaguardarlo”.<sup>9</sup>

No obstante, observa que el concepto de seguridad es de tipo biface compuesto por un plano objetivo y subjetivo. El primero refiere al sentimiento difuso de los distintos individuos tales como la sensación de [in]seguridad; el segundo hace a la satisfacción efectiva de las necesidades reconocidas o no como derechos.

Consideramos que los medios masivos de comunicación a través del análisis de determinados delitos e imponiendo la agenda mediática de los mismos no sólo influye en la opinión pública, sino que también influye directamente en las medidas de política estatal, las cuales responden a la salida rápida para calmar a la población con aplicación de políticas de mano dura. Lo que se conoce como fenómeno de inflación penal.

Tal como sostiene el Dr. Tavosnanska, esta inmediatez y provisoriedad de la respuesta estatal se encuentra estrechamente vinculada a la incidencia que se pretende ejercer o no, hacia el sentimiento o sensación colectiva de inseguridad: “Ambos planos de la seguridad urbana se encuentran vinculados, pero son independientes, es decir, si se produce una disminución en el marco del primero no necesariamente se producirá idéntica disminución (o disminución alguna) en el marco del segundo. Los medios de comunicación colaboran en generar el sentimiento individual y colectivo de inseguridad mediante la continua difusión de noticias sobre delitos que están

8. Tavosnanska, Norberto, *Seguridad y política criminal*, Editorial Cathedra Jurídica, Buenos Aires, p. 29.

9. Idem, p. 30.

relacionados con intereses tales como la propiedad, la libertad física y la vida. [...] En nuestra realidad, puede observarse que las medidas de política criminal adoptadas tienden a la disminución de su faz subjetiva”.<sup>10</sup>

De acuerdo a lo expuesto, es interesante señalar lo que plantea el Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos, el cual considera que la primera consecuencia del crecimiento de la criminalidad urbana la constituye el desarrollo de una perspectiva de inseguridad generalizada. Al engolar y cristalizar el conjunto de miedos de la población, se deriva en una impresión de abandono, impotencia e incompreensión frente al desarrollo de una serie de conductas violentas.

Este desconcierto alcanza tal punto que llega a poner en tela de juicio los fundamentos democráticos; a modo de ejemplo puede mencionarse el hecho ocurrido en la década del 70 con el Golpe de Estado de los militares en donde “...vastos sectores de la población recibieron sino con entusiasmo, al menos con alivio, la instauración de regímenes que prometían ley y orden, lo que no se debe explicar por una cultura autoritaria de la región, sino de una opinión calculada en donde las dictaduras, como la nuestra, han aparecido como males necesarios o males menores ante la incertidumbre por períodos de cambios o movilizaciones sociales. Con ello pretendemos remarcar que debe quedar en claro que el totalitarismo responde a los medios, apropiándose de ellos, ideologizándolos”.<sup>11</sup>

Es por ello que, tal como señala Naciones Unidas, es importante como forma de prevención apuntar a aquellas acciones que tengan por objetivo disminuir la percepción errónea o exagerada de la inseguridad.

En “Seguridad y Política Criminal” hemos señalado un aspecto que resulta ser el más preocupante sobre esta cuestión; es el que surge como saldo de debates y cambios abruptos de coyunturas políticas y mediáticas en relación a la materia de seguridad. Es donde nos preocupa la forma en que el Estado enfrenta tal problemática, no pudiendo escapar de las presiones de los poderes corporativos y de las presiones de la opinión pública, las cuales consideran que la única salida al problema de la inseguridad es el ejercicio indiscriminado de la fuerza estatal.

10. Idem, p. 31.

11. Idem, p. 34.

## V. Concepto de seguridad como mercancía

Por último, es interesante hacer mención del concepto de seguridad vinculado con el de mercancía, teniendo en cuenta que “la seguridad es una necesidad humana y una función general del sistema jurídico” y que en las últimas décadas se haya convertido en un “bien susceptible de comercialización” es que también se incluye esta característica económica. Y a su vez, esta cuestión última no hace más que reforzar lo visto en aquellas posiciones que se cuestionan el poder y cuyo elemento más sobresaliente es el sistema capitalista y sus consecuencias económicas en la sociedad.<sup>12</sup>

El concepto de la *seguridad, como surge del ámbito socioeconómico neoliberal, ha generado una tendencia hacia la privatización de los servicios de protección*. Que se trate de un bien privado da la idea de exclusión y pertenencia y, sin embargo, son cuestiones sumamente álgidas en nuestras sociedades por hallarse constantemente la pugna entre actores sociales. En estos sistemas, sólo algunos pocos serán protegidos mientras que un vasto sector es catalogado, seleccionado o tildado de peligroso y, por lo tanto, inseguro.

La sociedad siente *miedo* y peticona medidas inflacionarias que son las únicas que le producen alivio, como la ampliación de facultades por parte del personal de las fuerzas de seguridad. Ante la falta de recursos por parte del Estado para cubrir dichas exigencias, se produce la mercantilización del derecho de la seguridad personal, dando origen a la seguridad privada.

Dicho escenario, consecuencia de las políticas neoliberales, termina vulnerando derechos contemplados en la normativa constitucional e internacional.

Es decir, en un estado de derecho, en donde la seguridad individual y la colectiva están garantizadas no sólo por normas nacionales de jerarquía constitucional sino también aquellas derivadas del derecho internacional, se termina afectando los principios de igualdad y no discriminación.

Cabe hacer una referencia a la denominada “sensación de inseguridad” que aparecerá en varias cuestiones de este trabajo. Si bien se la atribuyó –en el ámbito argentino– a la década del 2000, pareciera ser que no corresponde

12. Tavosnanska, Norberto, *Seguridad y política criminal*, Capítulo I, “Seguridad como bien”, p. 34. Editorial Cathedra Jurídica, Edición Septiembre 2006, Buenos Aires.

a este momento sino que sus inicios se circunscriben a los 90, pues, según los datos relevados, se demostraba el aumento en la desconfianza popular sobre el sistema judicial, penitenciario y político.

Esto repercutió en las formas de representación mediática pasándose de los casos puntuales a la inseguridad como situación omnipresente. Esto implica entender que los sentimientos no tienen continuidad sino que son estados oscilantes, temporarios y con intensidad variable, marcados por la agenda de los medios de comunicación.

## **VI. La teoría del enemigo aplicada al discurso de los medios comunicacionales**

Habiendo brindado todas las herramientas que consideramos necesarias para la comprensión cabal de nuestro estudio (y lo que aquí exponemos en realidad es sólo su presentación), es pertinente recordar cómo aplicamos los conceptos anteriormente señalados a la investigación descriptiva.

Pero antes de entrar en el análisis de los discursos mediáticos vale hacer una breve introducción a la denominada teoría del enemigo penal.

Ella se basa en una serie de preceptos que generalmente pueden rastrear-se en los discursos punitivistas propios de los estados liberales modernos.

Estos mismos elementos no deben entenderse como la producción de una construcción histórica, sino que, por el contrario, todos los prejuicios y estigmatizaciones que se transmiten diariamente pueden encontrarse en siglos pasados.<sup>13</sup>

El Dr. Zaffaroni ha señalado que el primer discurso de emergencia del sistema penal, criminológico y aun procesal puede hallarse con la publicación del *Malleus Maleficarum* o *El martillo de las brujas*, obra de origen alemán, publicada en 1484, escrita por Kramer y Sprenger.

El enemigo a destruir era el diablo, pues según lo que se entendía en la época, él afectaba las almas de las personas, llevándolas a disentir con la autoridad y convirtiéndolas en herejes. Pero no afectaba a cualquier sujeto, a cualquier alma con la que se topara, sino que había un cierto grupo social,

13. Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal Parte Gral.*, Capítulo I, "Poder Punitivo y Derecho Penal", pp. 3, 4, 5 Editorial Ediar, Edición 2001.

que, por ser genéticamente más débil, también sería el que resultase más vulnerable a los tormentos; este sector no es otro que el de las mujeres. Era a ellas a quienes había que perseguir a fin de detectar posibles conductas desviadas y quienes debían ser exterminadas a tiempo en la medida de lo posible.<sup>14</sup>

Ahora bien, en el ámbito político, la verdadera justificación de este discurso hegemónico radicaba en que la mujer era la transmisora generacional de la cultura, por lo que si se buscaba una ruptura en la cultura existente y la creación de una nueva, entonces dicho género debía ser el punto de control.

A fin de alcanzar esto, depositaban en la mujer los peores prejuicios sociales y se las estigmatizaba de múltiples formas. Ejemplo de ello es la connotación de lo que denominaban carnal: “toda la brujería proviene del espíritu carnal que en las mujeres es insaciable... para satisfacer sus apetitos, se unen inclusive a los demonios”.<sup>15</sup>

Ahora bien, ¿cómo se reproduce aquello en la actualidad? Claramente, los discursos más estigmatizantes han sido aggiornados, pues las herramientas comunicacionales se han sofisticado en aras de aparentar discursos que supuestamente son más solidarios o colectivos y en realidad entrañan la exclusión misma de la sociedad capitalista.

Y es que también este tema es una suerte de excusa para hablar de un fenómeno que desde la década del 60 afecta a la totalidad de la población mundial. No nos estamos refiriendo a otra cosa que la globalización.

Para entender a fondo la cuestión tratada, es necesario analizar su faz económica y política y las implicancias en los discursos de emergencias para finalmente desentrañar sus vínculos con los medios masivos de comunicación.

Ahora bien, lo cierto es que hay mucha tinta sobre el tema de la globalización, por lo que su análisis sólo importará en lo que atañe la expansión del poder punitivo global y la creación de una nueva corriente neopunitivista. Implicará una suerte de caracterización de sus causas y sus efectos y nos permitirá ampliar las herramientas analíticas para una comprensión más cabal del tema.

14. Idem, pp. 202-205.

15. Kramer y Sprenger, *Malleus Maleficarum*, Editorial Orión, España, 1975, p. 51.

Asimismo, nos da lugar para la incorporación al estudio de la figura y el rol de las nuevas tecnologías, el modo que aquello ha permitido que los medios masivos de comunicación reproduzcan este discurso del enemigo en un tiempo brevísimo y cómo han potenciado sus alcances.

Hirsch, autor de *¿Qué es la globalización?*, expone que “la coyuntura del concepto está relacionada con algunos acontecimientos históricos importantes: el derrumbe de la Unión Soviética; el fin de la competencia entre los sistemas, la expansión de las relaciones de producción capitalista, que prácticamente no encuentra más obstáculos, etc. A esto corresponde también la existencia de una única potencia mundial determinante, un centro militar que domina la tierra: los Estados Unidos de América”.<sup>16</sup>

El autor explica que la noción de globalización “se asocia siempre a una doble significación. El concepto simboliza la esperanza de progreso, paz, la posibilidad de un mundo unido y mejor, y al mismo tiempo, representa dependencia, falta de autonomía y amenaza”. Y esto último lo explica en la medida que entiende que la globalización entraña en su esencia un proceso de índole económica, pues implica “la liberación del tráfico de mercancías, servicio, dinero y capitales, a la internalización de la producción y también a la posición cada vez más dominante de las empresas multinacionales”.<sup>17</sup> El poder se planetarizó y amenaza con una dictadura global: el potencial tecnológico de control informático puede acabar con toda la intimidad; el uso de ese potencial controlador no está limitado ni existe forma de limitarlo a investigar sólo hechos determinados.

La globalización también envuelve una dimensión ideológico-cultural a través de la cual se constituyen algunos focos de atención en los que se concentran, supuestamente todas las bondades del progreso mundial. Sería una suerte de contracara de los elementos que inicialmente hablábamos que se depositan en el enemigo. Es decir, ya no trataremos de aquello que nos avergüenza como sociedad, de los prejuicios, los estereotipos y las estigmatizaciones, sino que la globalización nos señalará aquello que es atractivo culturalmente.

16. Hirsch, J., “Qué es la Globalización”, Conferencia dictada en el ciclo “Globalización, transformación del estado y democracia”, 06/06/1997, Córdoba, p. 69.

17. Idem, p. 68.

Es así como Kuan Hsing Chen explica que “nuestro sentido del mundo y de lo real es definido por esta influencia de los *mass media* que reformulan nuestros sentidos del espacio y del tiempo: lo que es real no es nuestro directo contacto con el mundo, sino lo que es dado en la TV: la TV es el mundo”.<sup>18</sup>

En estos momentos resulta verdaderamente interesante analizar el rol de los medios masivos de comunicación durante la última dictadura militar argentina.

Marino y Postolski han señalado sobre la estrategia militar que “pese a declamar el liberalismo económico en todos los planos, durante los casi ocho años que ejercieron el poder, nunca cedieron el control de los canales y radios que gestionaban”. A continuación veremos algunos fundamentos de esta posición como también los recursos comunicacionales para lograrlo.

La estrategia comunicacional del gobierno militar era necesaria y funcional para “implementar el disciplinamiento de la sociedad argentina”. A través de estos recursos, lograban que cada hogar argentino, al estar aislados por el miedo, sólo pudiese consumir la información que los diferentes medios de comunicación transmitían en ese entonces. El círculo de generación de aislamiento, temor, odio y estigmatización era bastante evidente. De las 39 emisoras de TV existentes en marzo de 1976, 30 eran privadas, 8 oficiales y 1 oficial no comercial que pertenecía a la Universidad de Tucumán.

Retomando la cuestión de lenguaje, es evidente que, surgiendo de las fuerzas militares, el discurso bélico y la simbología propia de esas prácticas eran moneda corriente en el accionar. En el informe de la CONADEP se cita una frase pronunciada por el jefe de la delegación argentina, General Santiago Omar Riveros, que ante la Junta Interamericana de Defensa expuso: “hicimos la guerra con la doctrina en la mano, con las órdenes escritas de los comandos superiores”.<sup>19</sup>

A pesar que la guerrilla ya había mermado sus ataques y se encontraba derrotada militarmente en 1975, los militares que detentaban el poder entendían que el enemigo podía llegar a filtrarse en cualquier parte del espectro social (justamente la amplitud del término subversivo permitía a las

18. Kuan Hsing Chen, “The masses and the media”, *Theory, Culture y Society*, London, Sage. Volume 4, p. 234.

19. CONADEP, *Nunca Más*, Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, Eudeba, Buenos Aires, 2011, p. 13.

acciones estatales revestir de cierto carácter “racional” ante el potencial peligro que ese individuo podía llegar a entrañar) y por eso mismo “controlaban todo el entramado cultural, en lo que incluía medios de comunicación, libros y películas”.<sup>20</sup> Es que resultaba evidente que el plan económico que la dictadura propugnaba necesariamente debía ser acompañado de un cambio sustancial en las estructuras culturales imperantes en aquellos entonces pues claramente se trataba de una sociedad muy politizada y con un importante espíritu de lucha y revolución.

Es así imperioso para nuestro análisis el preguntarnos cuál fue el actor social que se encargó de transmitir, informar y aun propagar los valores defendidos por la dictadura militar. Todo este plan se materializó en forma de ley en septiembre 1980 a través de la sanción del decreto-ley de Radiodifusión 22.285, reglamentado por el decreto 286 del 24 de febrero de 1981.

La ley, de claro corte dictatorial, en su art. 7 establecía específicamente la protección a la doctrina de la seguridad nacional: “Los servicios de radiodifusión deberán difundir la información y prestar la colaboración que les sea requerida, para satisfacer las necesidades de la seguridad nacional. A esos efectos el Poder Ejecutivo Nacional podrá establecer restricciones temporales al uso y a la prestación de todos los servicios previstos por esta ley”.

Si nos metemos de lleno en la actuación específica de los grupos de comunicaciones, veremos que su plan distorsionador no tenía como herramienta típica la continua y repetitiva información de algún hecho de gran impacto social, sino que por el contrario, ellos se ocupaban de ocultar la información y la realidad imperante (desapariciones, robos de bebés, asesinatos sistemáticos).

## **VII. Nuestro análisis de los medios de comunicación: grupos comunicadores elegidos y metodología investigativa**

Ingresando en las implicancias de nuestra investigación y teniendo en cuenta el bagaje teórico que hemos expuesto, estamos en condiciones de aplicar dichas nociones a las noticias que fueron relevadas y analizadas.

20. Marino, S. y Postolski, G., “Relaciones peligrosas. Los medios y la dictadura entre el control, la censura y los negocios”, en *Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación*. Volumen III N°1, Buenos Aires, Enero/Abril, 2006, p. 1.

Pero antes de exponer por qué elegimos cada medio y algunos casos que fueron notoriamente interesantes desde la óptica mediático-criminológica, es necesario resaltar que los medios de comunicación no son exclusivamente emisores de mensajes; son empresas lucrativas, en general, grupos económicos que hasta ese momento contaban con un despliegue institucional que en varias ocasiones hacía preguntarse por el fenómeno del “monopolio de la información”.

Atravesando una etapa inicial la aplicación de la controvertida ley de medios audiovisuales, que hasta deriva en la interposición de un recurso extraordinario presentado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por los alcances de algunos de sus articulados, resulta menester analizar el comportamiento de los agentes informativos.

El comenzar a afirmar que quienes transmiten la información cotidianamente no son más que empresas que lucran con su actividad comunicativa y que ello ciertamente entraña una enorme responsabilidad social no fue un recorrido sencillo.

Se comenzó a poner sobre la mesa que los grupos económicos, donde uno de los emprendimientos son los medios de comunicación, se relacionan con la oferta de bienes y servicios en el mercado, donde la noticia sobre delito, violencia o inseguridad puede tender a generar un temor superior a la realidad, estimulando simultáneamente el consumo de otros bienes y servicios de otras empresas, con afinidad societaria, filosófica, económica, política y de poder, como oferentes de productos vinculados con la seguridad y que implican la activación de un mercado con base en la seguridad.

Bancos, compañías de seguros, armas, alarmas, seguridad privada, circuitos electrónicos, autos blindados, congresos de temática relacionada con el Derecho Penal, Procesal Penal, Criminología, Criminalística, son algunos de los bienes comerciables que resultan beneficiarios de esta sensación de temor generalizado.

Estos agentes informadores continuamente generan noticias y las mismas no se caracterizan por ser objetivas, sino que tienen la impronta de seleccionar cuáles se publican y cuáles no, criterio similar a la selectividad criminológica del sistema penal.<sup>21</sup>

21. Es muy común la práctica denominada “refrito” que consiste en publicar nuevamente una noticia que ya no es actual en tiempo y que anteriormente había sido transmitida, agregándole algunos elementos anecdóticos.

Asimismo, esta impronta no tiene otra vinculación que la que se juega con la línea editorial del mismo y la posibilidad de generar mayores ingresos en la venta de publicidad.

Sin embargo, los receptores de medios gráficos y televisivos se diferencian, en primer término, porque con estos últimos no se requiere que sean alfabetizados o que pertenezcan a determinado sector del mercado de trabajo y que tengan un poder adquisitivo tal que, a diferencia de lo que ocurre con el medio gráfico, permita adquirir el periódico o que terminen accediendo a él a través de la navegación cibernética.

En ese sentido, el receptor del mensaje audiovisual, en el marco señalado, es un receptor con menor posibilidad de decodificar el mensaje que el receptor alfabetizado y en el mercado de trabajo o con posibilidades de consumir publicaciones gráficas.

Trata este trabajo de generar también lo que Umberto Eco llama “el lector modelo”,<sup>22</sup> hasta el momento, los lectores o receptores del mensaje emitido por los medios medidos. Es decir que se produce un análisis de medios escritos donde este autor plantea la complejidad del discurso, que se caracterizó por elementos no dichos, y que en definitiva, éstos son los que deberían analizarse en su contenido, donde el lector deba realizar movimientos cooperativos, activos y conscientes.

En medios escritos tenemos un receptor diferente al consumidor de medios audiovisuales; es alfabetizado, y con poder adquisitivo para consumir diarios, con mayores posibilidades de ser lector crítico, o sea, poder leer “entre líneas”, decodificar el enunciado, muy diferente al receptor de medios audiovisuales, que no debe necesariamente reunir esos requisitos.

Sin embargo, como refiere Eco, todos los textos dejan espacios en blanco. Se trata de un mecanismo perezoso, que vive de la plusvalía de sentido que el destinatario introduce en él y que pasa de la función didáctica a la estética, dejando al lector la actividad interpretativa inevitable.<sup>23</sup>

Asimismo, los códigos del emisor no coinciden necesariamente con el del receptor, y la operación de decodificación es compleja y también atravesada por los medios audiovisuales.

22. Eco, Umberto, *Lector in fabula*, Barcelona, pp. 73-74.

23. Eco, Umberto, *Interpretación y sobreinterpretación*, Editorial Cambridge University.

El texto es una estrategia de un universo de interpretaciones, entendiendo los conceptos de autor y lector modelo como integrantes de una estrategia textual; el lector modelo es un conducto de condiciones.

Es importante detectar en los mensajes escritos u orales (audiovisuales) el *ethos*, ese instrumento generado por Aristóteles en función de la polis y para ella, genera los enunciados a ese receptor del mensaje.

Sea la noticia como mercancía o como enunciado, el *ethos* tiene como norte seducir o ganar el auditorio, como instrumento emotivo.

La posibilidad, de los medios en general y los audiovisuales en particular, de relacionarse con la opinión pública nos lleva a recordar a Giovanni Sartori cuando trata la democracia gobernada y la democracia gobernante, para que se pueda determinar qué entendemos por opinión pública, evitando sobredimensionarla o subestimarla, porque existe y siempre condicionó decisiones del Estado, en particular, las campañas de ley y orden que aparecen como demandas ligadas a las publicaciones de determinados delitos, conductas desviadas o violentas.

Pero existe una forma totalmente distinta de considerar la opinión pública: como pauta de actitudes y un abanico de demandas básicas. Desde esta perspectiva, el público no es en manera alguna un “fantasma”. En tanto se permite la autonomía del público, la opinión pública es un protagonista con peso específico. Sería del todo erróneo inferir de la pobre caída del ciudadano medio su condición de ciudadano ausente políticamente: puede ser analfabeto, pero está ahí y condiciona poderosamente la adopción de decisiones. Y aunque la política no se hace partiendo del “gusto cultural” de Brelson, del mismo modo que tampoco se hace música con las preferencias de la gente que asiste a un concierto o la literatura desde el gusto de los lectores, la opinión pública asegura el fracaso o el éxito de una política.

Por ello, es pertinente señalar las diferencias en las técnicas como el vivo y directo de los medios audiovisuales, donde se encuentra el integrante analfabeto de la opinión pública fácilmente manipulable, en cuento a relacionar las imágenes y audio con una “realidad”, sin análisis crítico.

En ese sentido, agrega Sartori, no hay, pues, impotencia de la opinión pública. Pero tampoco existe su omnipotencia. Si los sentimientos públicos o sus opiniones explican el éxito o el fracaso de una política, raramente son el origen de esta. El votante medio rara vez actúa. Las decisiones políticas no se generan normalmente en el pueblo soberano, sino que se someten a él. Y los procesos de formación de la opinión no se inician desde el pueblo,

sino que pasan, a través del pueblo. Incluso cuando se originan corrientes de opinión apenas puede decirse que el factor desencadenante se encuentre en el pueblo como un todo. Cuando ejerce un influjo, el pueblo también está influido. Antes de que quiera algo, frecuentemente, se hace que lo quiera.

Los medios generan la agenda de la opinión pública, como también la generación de decisiones como se explicó; esto se encuentra desarrollado en la denominada teoría de la agenda.

Retomando la cuestión del abordaje de las noticias y los reportajes, se mencionó como elemento central, que tanto para que las unas como las otras causen efecto deben contener una cuota de sorpresa.

A continuación, detectamos en el denominado proceso de selección, que tiene por objeto ser tenida en cuenta por un amplio círculo de receptores; se entiende por selección no un sinónimo de elección sino la libertad del acto de la elección. Es el vocabulario que encontramos en la teoría de los sistemas, que lo denomina selectores.

La sorpresa radica en que la información debe ser “nueva”, no es muy aceptada por los receptores la repetición de ellas, en el marco de la novedad. Esta debe estar vinculada estrechamente con la búsqueda de conflictos, en la lógica de ganadores y perdedores, pues esta competitividad entraña algo artificial que produce una tensión que resulta emocionante, entretenida.

La cantidad atrae y seduce al receptor, por ejemplo, la cuota de inflación ayuda a producir sorpresa.

Escasas técnicas de comunicación pueden influir en la sociedad, más que los “mass media”; la contravención de las normas como afectación lectiva y la indignación, cuando se informa sobre la agresión o violación de las normas, en un caso en particular, no sólo tiene por norte reforzar el sentimiento de indignación directa sino de manera indirecta a la norma misma, en términos generales.

Los medios seleccionan agresiones normativas como información cuando esta puede conservar o reproducir la moral, tratan de detectar ilegalidades percibidas como moralmente necesarias; en ese marco la selección tiene a los casos espectaculares, con ello ubica al receptor del mensaje como mero observador del mismo porque no se sentirá incluido en ninguno de los grupos.

Las técnicas de los medios consisten en la búsqueda de obtener opiniones que no siempre surgen de escenarios fácticos, reales, sino que son contruidos por estos “empresarios morales”.

La exteriorización de opiniones puede ser considerada como noticia. Una buena cantidad de material para la prensa radial y televisiva tiene lugar en el hecho de que los medios de comunicación de masas se toman a sí mismos como espejo y esto se considera un acontecimiento.

En este sentido, Niklas Luhmann en *La realidad de los medios de masas* refiere que para lograr esto se pregunta (o asedia) a las gentes para que viertan su opinión. En todo caso se trata de acontecimientos que no tendrían lugar si no existieran los medios de masas.<sup>24</sup>

Agrega este autor que es importante comprender la problemática de las posibilidades limitadas de manipulación y el surgimiento de la sospecha de manipulación correspondiente, como algo interno al sistema y no como un efecto que los medios de masas producen en el entorno. En la medida en que el lector o el espectador toman parte, el acto de entender la comunicación tiene lugar en el sistema –al menos en nuestra teoría–, porque sólo en el sistema se da la ocupación para que surja más comunicación. Se entiende por sí mismo que los efectos que se producen en el entorno son diversos e incalculables. La pregunta importante es cómo el sistema de los medios de comunicación de masas reacciona ante el apronte que se reproduce permanentemente del informar bajo sospecha insuperable de manipulación. En esta sospecha de manipulación, el valor del código información/no información encuentra su unidad. Su diferencia será subsumida en una forma que no puede convertirse en información. En el feedback de la unidad codificada en el sistema, el sistema encuentra sus operaciones, pero nunca se encuentra a sí mismo. El sistema tiene que vivir con la sospecha de que manipula, porque de esta manera desarrolla su propia paradoja de unidad y diferencia entre información y no información.

De este modo, el sistema se vuelve sistema. Ningún sistema auto-ético se puede subsumir totalmente en sí mismo. Y esto tiene que ver también con el problema del código del sistema. A la sospecha de falsedad, el sistema reacciona con su modo cotidiano de operar; a la sospecha de que manipula, el sistema no puede reaccionar.

Por último, agrega Luhmann, respecto al alto grado de manipulación de los medios, que las construcciones de la realidad que ofrecen los medios

24. Luhmann, Niklas, *La realidad de los medios de masas*, Anthropos, Barcelona, 2000, pp. 39-40.

de masas tienen efectos muy profundos sobre aquello que la sociedad observa como libertad y con ello, sobre la pregunta de cómo están distribuidas las oportunidades de las atribuciones personales en la acción. Cuando se toma la libertad como ausencia de coacción, esta libertad constitutiva de la función de los medios de comunicación para las masas permanece latente, o al menos no se la discute. Se puede sólo sospechar que los “mass media” conducen a la sobrevaloración de la libertad del otro, mientras que cada uno sabe los límites de su propio campo de posibilidades. Y este desbalance de la atribución de la libertad, en una sociedad que expande inmensamente el ámbito de las decisiones y las inseguridades, en todos los niveles, puede ser más importante que la pregunta de quién es el que definitivamente se ve ocasionado a hacer (o a omitir) una determinada acción.

En el marco de la conflictividad señalada, el medio de comunicación aparece como el que define quién es el bueno y quién el malo.

Recomendamos como pertinente en este aspecto el análisis de Cornelius Castoriadis, *La Institución Imaginaria de la Sociedad*. Las ideas centrales de este autor relacionan el mensaje con la democracia y la política, sin asociar estos al poder, sino a la participación. Asimismo, confeccionó la teoría del *Magma*, entendido este como un momento histórico y social que posibilita la creación. Considera al lenguaje como un producto histórico.<sup>25</sup>

El concepto imaginario resulta de la actividad creativa del individuo con preguntas y respuestas, en la idea de que todas las preguntas son posibles en el marco de esa creatividad.

*i. ¿Qué medios masivos elegimos y cuál fue su fundamento?*

Entendiendo que las noticias que se transmiten resultan ser una mercancía, sujetas a la ley de la oferta y demanda, es innegable la influencia de subjetividades que atraviesan a cada uno de los informantes.

Cada medio de comunicación tendrá lo que se denomina una “línea editorial” propia, lo que implica la adopción de una determinada ideología política y social que generalmente responde a intereses económicos, y los verdaderos propietarios y trazadores de esa línea son inversores desconocidos,

25. Castoriadis, Cornelius, en *La Institución Imaginaria de la Sociedad*.

multinacionales, ya que quienes son legalmente responsables, generalmente resultan testaferros o presta-nombres.

Es por ello que el análisis se centra en los medios de comunicación más contradictorios y que a su vez tienen una gran llegada, ya sea por la cantidad de la “tirada” (en el caso de los medios gráficos) o por la televisión mediante canales de “aire” que tienen llegada a una importante cantidad de hogares.

De esta manera, se determinó que los medios gráficos a investigar fueran: *Crónica, Clarín, Página/12 y La Nación*.

En lo que respecta a los medios televisivos, se relevó a los noticieros del horario central nocturno: *Telenoche, Visión 7, Crónica y TN*.

## ii. Metodología de la medición. Variables utilizadas en cada relevamiento

La medición de diarios y medios televisivos tiene evidentes diferencias por la manera en que se transmite la información pero, el material colectado en ambos espacios implica un enunciado para cada noticia, una medición e incorpora un procedimiento lingüístico, por ejemplo, la utilización de términos tales como “delincuente”.

En el caso de los medios gráficos la medición se circunscribió a las siguientes variables:

- Inclusión de notas de tapa. Es decir, si en la tapa de cada medio gráfico había una mención al hecho delictivo. Para ello se hacía una doble medición; en dicha tapa como en la correspondiente al desarrollo de la noticia en cuestión.
- La cantidad de columnas que la noticia ocupaba.
- Página e inclusión de la sección en la que aparece en el diario (pues cada medio gráfico cuenta con distintas secciones y ello es también un elemento a analizar desde el examen criminológico).
- En el caso de que la noticia expusiera alguna fotografía, se debía incorporar su tamaño (en centímetros) y una breve descripción de lo que allí se mostraba.

Para el caso de los medios televisivos, la metodología consistió en una observación directa frente a la televisión viendo por completo los noticieros elegidos con cronómetro en mano. Allí se incorporaba:

- Los títulos de los noticieros. Es decir, una suerte de “avance” de las noticias que el informativo trataría ese día.
- Flashes de último momento. Podía ocurrir que durante la emisión del noticiero ocurriese un hecho imprevisto y que a partir de ese momento la programación cambiase por la inmediatez temporal del suceso.
- Noticia en vivo desde el lugar del hecho con un móvil o, si por el contrario, se la trabajaba en estudio. El efecto sobre la sensación del espectador es diverso. La explicación de este fenómeno se volcará en nuestra publicación definitiva.

### *iii. Las variables elegidas para el análisis*

En reiteradas publicaciones se sospechó que el sexo, la violencia y el deporte son las *noticias-mercancía* que más consume la sociedad y en consecuencia lo que genera mayor rating en los medios televisivos y tiraje en los medios gráficos.<sup>26</sup> No se diferencia en lo sustancial de otras mercaderías que se encuentran en el mercado, y por ende, integran las relaciones de producción de la estructura económica de la sociedad.

Es que, en definitiva, en esta investigación también se trata de determinar el rol que juegan los medios en *el campo de los cambios de la base económica*.

Pretendemos generar conciencia de las contradicciones en el uso diferente de noticias sobre la violencia o el delito, en la medida que se confirme que esa contradicción tiene como norte la generación de temor social, el aumento de la actividad del sistema penal como exclusiva solución de los conflictos de la sociedad con estructura social y económica, generadora de esa violencia –“Contribución a la crítica de la económica política”, Karl Marx, 1859.

En cuanto a los medios escritos, se logró detectar un discurso argumentativo en la publicación de la información en análisis; este terreno es opinable, verosímil y la eficacia del mismo reposa en la precisión que pre-

26. Tavošnanska, Norberto, “Los códigos de los mass media en el tratamiento de los temas criminales”, *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales*, N°8, Buenos Aires, noviembre, 1996, pp. 18-19.

sente la construcción del receptor del mensaje en mérito a sus emociones, creencias y opiniones.<sup>27</sup>

*iv. Evaluación de nuestros resultados*

*Evaluación de los Medios Gráficos*

Los medios que fueron medidos coinciden en que la inversión mayor está destinada a los delitos contra la vida.

En primer lugar, vamos a analizar la superficie utilizada por cada medio.

En cuanto a las tapas, puede señalarse que las diferencias son notables, *Clarín* 35 tapas, *Crónica* 22, *Página/12* 19 y *La Nación* 7.

La mayoría de estas tapas se refieren a delitos contra la vida.

En segundo lugar, *Clarín* y *Crónica*, con el tipo de robo 5 y 4 tapas cada uno de ellos, *Página/12* de la administración pública y fuerzas de seguridad, *Nación*, violación de deberes de funcionario público.

Se nota claramente la diferencia de las líneas editoriales de los medios, siendo evidente que *Clarín*, *Crónica* y *La Nación* privilegian publicaciones de delitos contra la vida y la propiedad, mientras que *Página/12* resalta, además de los delitos contra la propiedad, los delitos cometidos por funcionarios públicos, donde son afectados bienes jurídicos colectivos como el patrimonio público, en el caso de los delitos contra la administración pública y los cometidos por sujetos activos de fuerzas de seguridad.

Corresponde ahora determinar la impronta relacionada con las publicaciones en páginas izquierdas o derechas, ya estas últimas obtienen mayor atención de los lectores.

No se detectó una diferencia mayúscula entre las publicaciones en página derecha o izquierda, pudiendo inferirse que no hay una estrategia trazada por los medios gráficos de ubicar las noticias sobre delitos y temas afines en la página derecha que es la que estimula una mayor atención; no se midió que las páginas derechas están reservadas a la publicidad, conforme la eventual diferencia de costo publicitario entre página izquierda y derecha.

27. Alvarado, M. y Yeannoteguy, A., *La escritura y sus formas discursivas*, Eudeba, Buenos Aires, 1999, p. 75.

Señalamos a continuación que las secciones donde son publicadas las noticias determinan si la mayoría de estas noticias se publican en las secciones denominadas Policiales o Seguridad, depende del medio que se trate, con la excepción de *Página/12* que no tiene prevista la sección Policiales o Seguridad, publicándolas en las secciones denominadas País o Sociedad mayoritariamente.

Cada medio denomina a otras secciones que no son las naturales de estas noticias; podemos señalar que resulta importante la cifra de las noticias publicadas en extraña sección: *Clarín* en la sección Policiales tiene 179 y en Sociedad, País 62, Ciudad 4, Deportes 1, El mundo 7, ello implica que un 40% aproximadamente de las noticias publicadas en la sección natural se publiquen también en otras; estimamos, genera mayor amplitud difundir noticias de esta naturaleza, entendiendo por amplitud una posible estrategia de regar de noticias sobre delitos o temas afines diferentes secciones.

*La Nación* en Seguridad publicó 73; también se publicó en Política 17, Sociedad 7, Buenos Aires 2, Deportes 4, Economía 1 y El mundo 8. Situación similar a *Clarín* presenta este medio ya que más del 50% se publican en secciones no naturales, entiéndase por naturales la sección específica de policiales o seguridad.

En *Crónica* se publica en la sección policial 269, Política 5, Información general 27, Mundo 2, Espectáculos 1, Deportes 4, Suplementos 3; así, 42 noticias se publican fuera de su sección, lo implica que este medio tiene una línea editorial tendiente a no publicar fuera de su sección de manera sustancial noticias de esta naturaleza.

En cuanto a *Página/12*, este análisis es imposible, ya que como expresamos previamente, no posee sección específica, ello implica que la línea editorial tiende a considerar la temática analizada como un fenómeno general que merece ser informado en diferentes secciones de acuerdo al hecho que se trate, como el país o sociedad, mayormente, en menor medida, Deportes, El mundo y Economía.

Respecto a las variables mediciones, sexo y deportes y fuerzas de seguridad, *Crónica* no tuvo ninguna publicación vinculada con investigaciones de campo, los otros medios gráficos sí; *Clarín* publicó 14 mediciones sobre delitos, *Página/12* 8 y *La Nación* 2.

Sobre noticias que vinculan al sexo y el delito o temas afines, *Crónica* va en primer lugar de guarismos con 20, *Clarín* 12, *La Nación* y *Página/12* 2.

Esto refleja una voluminosa diferencia entre *Crónica* y *Clarín*, que invirtieron en la temática, destacándose *Crónica* que privilegia las noticias mixtas, pudiéndose insinuar un lector ávido de noticias de ese tenor.

Delito y Deportes, *Página/12* no tiene. En primer lugar, *Clarín* con 11, *La Nación* y *Crónica* 5.

En cuanto a fuerzas de seguridad y delito en primer lugar encontramos a *Crónica* con 25 noticias, *Clarín* 13, *Página/12* con 12, *La Nación* 6. En cuanto a *Crónica* no sólo posee una cifra voluminosa, sino que resalta a las fuerzas de seguridad como autores o víctimas de delitos violentos, con repercusiones eventuales en la percepción de la seguridad.

En cuanto al análisis de las superficies se destaca *Clarín* en primer lugar, con 4.448.567,31, luego *Página* 2.256.474,12, *Crónica* 185.789,83, *Nación* 24.989,06.

Resulta voluminosa y destacable la diferencia entre cada uno de los medios, *Clarín*, en primer lugar, duplica la inversión de *Página/12*, en segundo lugar -más allá de los bienes jurídicos tutelados en cada medio, análisis que se hará al momento de la evaluación total-. La diferencia entre estos medios y los siguientes es abismal, pero es inesperada la del diario *Crónica*, ya que es un medio que dedica, por su impronta, mucho material al tema.

### *Evaluación de los Medios Audiovisuales*

La información disponible muestra que la proporción de noticias sobre delincuencia difiere entre los distintos canales de televisión, en estas variables cuantitativas que identifican la cantidad de horas de consumo a la que es expuesta la audiencia. Por esto, si comparamos el tiempo que destina cada noticioso a estos delitos, en términos de mayor a menor influencia notamos que *Telenoche*, *Crónica TV* y *TN* coincidieron en destinar mayor cantidad de minutos de su programación en noticias sobre delitos contra lo público (514, 393 y 348 minutos respectivamente). A diferencia de ellos, *Visión 7* ocupa mayor tiempo en los delitos contra la propiedad (291 minutos) dejando relegados los delitos contra lo público al tercer lugar con 194 minutos de emisión en todo el período de relevamiento de noticias.

Este resultado es relevante, ya que un análisis de contenido de los noticieros centrales pone de manifiesto la lucha entre el oficialismo (*Visión 7*, Televisión Pública) y el resto de las agencias; la diferencia en las cifras es parte de algunas consideraciones sobre cómo pueden influir los medios

audiovisuales en el carácter ideológico de la audiencia. Como ya habíamos mencionado las noticias que se transmiten forman una mercancía, es innegable la influencia de las subjetividades que atraviesan a cada uno de los informantes. Cada medio de comunicación tendrá una “línea editorial” propia, implicando la adopción de una determinada ideología política y social que generalmente responde a intereses económicos. En otras palabras, el hecho de que los medios audiovisuales dediquen mayor tiempo de aire a unos delitos que a otros puede traducirse en la lucha por transferir a sus audiencias la jerarquización que hacen de los problemas; mientras que *Telenoche*, *Crónica* y *TN* tratan de centrar el problema en los delitos cometidos por funcionarios públicos, mientras el canal estatal dedica poco tiempo (en relación a los demás noticiosos) en la transmisión de noticias sobre inseguridad, en general, y en especial a los delitos cometidos por funcionarios públicos.

En el segundo puesto de los delitos con más tiempo en el aire observamos que los 4 noticieros lo dan a otros tipos de delitos. *Visión 7* (260 minutos) manteniendo siempre las cifras más bajas, *Crónica TV* (291 minutos) y *TN* (con 301 minutos) con cifras similares, y *Telenoche* (444 minutos) ocupa en todas las variables los resultados más altos, es el noticiero que más tiempo dedica a las noticias relacionadas con la inseguridad.

Se desprende de los resultados que en tercer lugar *Telenoche* ubica a los delitos contra la propiedad (402 minutos), mientras que *TN* y *Crónica TV* se lo dedican a los delitos contra las personas (283 minutos y 250 minutos respectivamente) y, por su parte, *Visión 7* otorga el tercer puesto a los delitos contra lo público (194 minutos).

Por último, tanto *Telenoche* como *Visión 7* dejaron en cuarto lugar a los delitos contra las personas aunque con cifras muy disímiles. El primero le dedicó 324 minutos y el segundo 138 minutos. Por otro lado, *Crónica TV* y *TN* coincidieron nuevamente y el cuarto lugar fue ocupado por los delitos contra la propiedad, *Crónica* dedicó 224 minutos mientras que *TN* 196 minutos.

Lo hasta aquí expuesto corresponde a la presencia de dichas prácticas en las noticias analizadas, lo que no significa que estén presentes en todas las noticias de los medios, aunque ciertas tendencias puedan vislumbrarse al generalizar algunas conclusiones.

Los noticieros, como programas encargados de mostrar la realidad, pueden utilizarse como un medio para reflejarla, o bien, distorsionarla. Son

los principales responsables, por generar importantes cambios estructurales en la sociedad. Más concretamente en lo que se refiere a la influencia de la televisión en la política, homogeniza y hasta promueve el conflicto. No puede vérselos como simples entes informativos ya que desempeñan un papel muy importante en la construcción social del crimen. Como se ha descrito con anterioridad, el receptor de un medio audiovisual no necesita ser alfabetizado, ni tampoco pertenecer a determinado sector del mercado de trabajo con poder adquisitivo tal que pueda adquirir el medio gráfico. En el marco señalado, el receptor del mensaje audiovisual, cuenta con menos posibilidades de decodificar el mensaje, que aquel receptor alfabetizado y en el mercado de trabajo, o con posibilidades de consumir publicaciones graficas.

Nótese que los medios audiovisuales utilizan técnicas de suministrar imágenes en el lugar de los hechos, en vivo, generando un escenario de mayor posibilidad de manipulación del receptor, pudiendo resultar difusa la diferencia entre realidad y manipulación mediática. Al respecto, Sartori explica que “[...] no hay duda de que los noticiarios de la televisión ofrecen al espectador la sensación de que lo que ve es verdad, que los hechos vistos por él suceden tal y como él los ve. Y, sin embargo, no es así. La televisión puede mentir y falsear la verdad, exactamente igual que cualquier otro instrumento de comunicación. La diferencia es que la ‘fuerza de la veracidad’ inherente a la imagen hace la mentira más eficaz y, por tanto, más peligrosa”.<sup>28</sup>

La relación medios-inseguridad, caracterizada por el manejo y la manipulación que los medios hacen de la violencia delictiva, pasa de ser un tema de fuerte impacto social a un producto de alto consumo, mediado por un discurso ideológico construido y lucrativo que mueve la comunicación de masas.

Este vínculo exclusivo entre las noticias en televisión y el temor, se podría explicar por la abundante cobertura que realiza respecto a la delincuencia, es decir, cuantas más horas de noticias sean consumidas por la audiencia, mayor será el incremento del nivel de miedo a la delincuencia.

Se pudo observar que los medios de comunicación juegan un rol importante en el proceso de creación de la sensación de inseguridad, por supuesto, que se suman varios factores del mundo real, como las experiencias previas de victimización y las características socio-demográficas de la población, entre

28. Sartori, Giovanni, *Homo videns, la sociedad teledirigida*, Taurus, 2007, p. 103.

otros. Por eso, de la misma manera que pensamos que sería un error explicar el temor exclusivamente a partir de la exposición a los medios, creemos que también lo sería negar *ex ante* que tengan alguna incidencia.

Reparemos ahora en qué nos mostraron las noticias: asesinatos, robos, secuestros, violencia, disparos, corrupción, protestas, etc. Los altos porcentajes de las tablas analizadas, representan hechos relacionados con el desorden social, con la vulnerabilidad y el estado de indefensión de la sociedad. La televisión nos enseña ese tipo de imágenes cotidianamente, ya que tiene la fuerza de hablar por medio de imágenes.

No puede dejar de responsabilizarse a los medios de generar un clima de miedo urbano, expresado en la sensación de vulnerabilidad de la población. De 1.097 noticias de inseguridad que fueron relevadas, el 37,3% de ellas representa a los delitos contra la vida, el 13% son sobre el delito de robo, el 11,7% está compuesto por otros tipos de delitos y el 10% se refiere a los delitos contra la administración pública. La afirmación de que los noticieros privilegian la publicación de las noticias sobre delitos contra la vida, delitos contra la propiedad y delitos contra la administración pública puede ser extrapolada hacia cualquier momento del año, entendiéndolas como una práctica cotidiana de los medios.

Por otra parte, el hecho de que los medios audiovisuales muestren una programación medial violenta y enfocada en la difusión de delitos, provoca que la ciudadanía llegue a pensar en la (in)seguridad solamente en sentido restringido, es decir, considerar que la seguridad hace referencia a la seguridad física y patrimonial, ya que se relaciona la inseguridad con la criminalidad.

La razón para querer disminuir la sensación de temor se centra en los efectos que éste produce en la sociedad: encierro, aislamiento, adquisición de diversos elementos de seguridad (alarmas, armas, rejas); la sociedad demanda más seguridad y articula otros reclamos que, aunque tengan una autonomía relativa, se ven atadas a ella (por ejemplo, más policía, penas más altas, etc.). Por lo tanto, la (in)seguridad (ya que guarda estrecha relación con su contrario, el pedido de seguridad) es un discurso que organiza el problema de la criminalidad y la violencia. Estas son algunas de las actitudes que, a corto plazo, producen sensación de seguridad. Además, los medios también construyen la imagen estigmatizada del victimario, del “otro”; y contribuyen a su vez, a hacer creer que la única víctima de los delitos es la clase social media o alta.

### VIII. La cuestión de la semiótica

Bourdieu refiere que las expresiones culturales, desde el teatro hasta la televisión, adquirieron una legitimidad cultural, en diferentes grados.

Este estudio también apunta a detectar el grado de retórica del mismo en términos aristotélicos, es decir, la inversión del grado de persuasión, la producción de uno de esos hechos que pueden ser o no ser y cuyo origen está en el agente creador, no en el objeto creado. Se trata de analizar la retórica como el discurso del discurso, al discurso como el lenguaje y lo retórico como metalenguaje.

Conforme plantean los estudiosos del marxismo la relación con el lenguaje, esta investigación no podría apartarse del análisis de la relación entre base y superestructura.

Así plantean que la palabra no deja de ser un indicador muy sensible a las transformaciones sociales, incluyendo aquellas incipientes, que solo reposan en los sistemas ideológicos establecidos y sólidos.

La palabra es un medio que con el tiempo puede acumular cambios, aun cuando resten etapas futuras por acontecer y transitar.

El lenguaje utilizado y transmitido llegará a triunfar en la manipulación mediante la psicología social al receptor masivo de la eventual sobredimensión del enunciado del aumento de los delitos y la violencia. Es que está registrando una disputa en fases transitorias imperceptibles y fugaces de las transformaciones sociales, provocando un llamado social a la reiteración de fórmulas tradicionales de ley y orden, reiterando el discurso y enunciado conservador, retrasando reiteradamente los cambios sociales y volviendo a los equívocos “discursos de tolerancia cero”.

“Las relaciones de producción y la formación político-social coordinada directamente por aquellas, determina todos los posibles contactos de los hombres, todas las formas y modos de su comunicación verbal: en el trabajo, la política, la creación ideológica, etc. A su vez, tanto las formas como los temas de las manifestaciones discursivas están determinados por las formas y tipos de la comunicación discursiva”.

La psicología social es precisamente aquel medio ambiente que, compuesto de las actuaciones discursivas más variadas, abarca multilateralmente todas las formas y aspectos de la creación ideológica: conversaciones privadas, intercambios de opiniones en teatros, conciertos, diferentes reuniones sociales, simples pláticas eventuales, la manera de reaccionar verbalmente a

los actos éticos virtuales y cotidianos, la manera interverbal en que uno se concibe a sí mismo y su posición en la sociedad, etc. La psicología social se manifiesta preferentemente en las formas muy variadas de enunciado, en formas de pequeños “géneros discursivos”, internos y externos, que hasta ahora no han sido estudiados en absoluto.

## **IX. Conclusiones**

La evaluación de la medición indicó un fuerte contenido sesgado de las mismas, así los medios opositores invierten un espacio sensiblemente mayor, con la evidente intención de generar o profundizar el temor colectivo, los medios oficialistas, *contrario sensu*, disponen de aproximadamente un tercio, destacándose en ellos la exclusividad en la publicación de juicios de lesa humanidad.

“Todas estas actuaciones discursivas están interrelacionadas, por supuesto, con otros tipos de exteriorizaciones e interacciones [...] y las condiciones de una situación social dada y reaccionan muy sensiblemente a todas las oscilaciones de la atmósfera social. Y es precisamente en las entrañas de esta psicología social materializada en la palabra donde se acumulan aquellas transformaciones y desplazamientos apenas perceptibles que posteriormente se ponen de manifiesto en los productos ideológicos terminados”.

Por esto, en la aplicación del método sociológico, no se puede disociar la ideología de la realidad material del signo, no se puede separar el signo de las formas concretas de la comunicación social y no se pueden separar las formas de la comunicación de sus bases materiales.

El análisis del relevamiento de esta investigación debe colaborar, incipiente y parcialmente, en la elaboración de una filosofía marxista del lenguaje; hasta el momento sigue predominando la escuela de Ginebra, de Ferdinand de Saussure, el impulsor más destacado del objetivismo abstracto, corriente que plantea tres aspectos del lenguaje: como facultad discursiva, lengua como sistema de formas y acto discursivo; la lengua y el habla son elementos constitutivos del lenguaje, que es diferente al concepto de lengua.

Esta corriente es criticada por la ruptura entre la lengua y su capacidad ideológica, pero considera al signo como un producto social.

Por su parte, Habermas considera que en democracia todo hablante puede contestar.

Tratándose de una investigación parcialmente narrativa, en términos lingüísticos contiene la secuencia narrativa, integrada por la situación inicial, complicaciones y disparadores, acciones y evaluación, resolución, situacional y moraleja.

## **Bibliografía**

- Alvarado, Maite y Yeannoteguy, Alicia, *La escritura y sus formas discursivas*, Buenos Aires, Eudeba, 1999.
- Bajtín, Mijail, *Estética de la creación verbal*, Siglo XXI, México D.F., 2003.
- Barthes, Roland, *Investigaciones retóricas I. La antigua retórica. Ayuda memoria*, Buenos Aires, Editorial Tiempo Contemporáneo, 1974.
- Bourdieu, Pierre, “Campo intelectual y proyecto creador” extraído de *Problemas del estructuralismo*, Siglo Veintiuno Editores.
- Castoriadis, Cornelius, *La institución imaginaria de la sociedad*, 2ª ed., Tusquets, Buenos Aires, 1993.
- Chomsky, Noam, “Lingüística contribuciones al estudio de la mente”, extraído de *Lengua y mente*, 1998.
- Eco, Umberto, *Lector in fabula*, Tascabili Bompiani, Milán, 2010.
- Elbert, Carlos Alberto, *La Criminología del siglo XXI en América Latina. Bases para un pensamiento criminológico del Siglo XXI*, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 1999.
- Engels Lang, Gladys y Lang, Kurt, “Los medios y Watergate”, en Doris A. Graber (comp.), *El poder de los medios en la política*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1986.
- Filinich, María Isabel, *La enunciación*, Eudeba, Buenos Aires, 1999.
- Galvani, Mariana, *A la inseguridad la hacemos entre todos*, Hekht Libros, Buenos Aires, 2010.
- Gramsci, Antonio, *Selección de notas sobre Maquiavelo, sobre la política y el Estado moderno*, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1972.
- Hall, Stuart, “Estudios culturales: dos paradigmas”, *Causas y azares. Los lenguajes de la comunicación y de la cultura en (la) crisis*. N°1, Buenos Aires, 1994.
- Kessler, Gabriel, *El sentimiento de inseguridad*, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011.
- Luhmann, Niklas, *La realidad de los medios de masas*, Anthropos, Barcelona, 2000.

- Maingueneau, Dominique, “Problemes d’ethos”, *Pratiques* N°113/4, junio 2002 (traducido y seleccionado por María Eugenia Contgursi).
- Martini, Stella, *La irrupción del delito en la vida cotidiana*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2009.
- Marx, Karl, *La ideología alemana*, Grijalbo, Barcelona, 1970.
- Tavosnanska, Norberto R., “Los códigos de los mass medias en el tratamiento de los temas criminales”. *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales*, N°8. Buenos Aires, noviembre, 1996.
- *Seguridad y política criminal*, Ed. Cathedra Jurídica. Buenos Aires, 2006.
- Voloshinov, Valentin Nikolaievich, *El marxismo y la filosofía del lenguaje. Los principales problemas del método sociológico en la ciencia del lenguaje*, Alianza Editorial, Madrid, 1992.



# Aciertos y desaciertos en la gobernanza medioambiental internacional

*Leila Devia,\* Agnès Sibileau\*\* María Carolina Ulla\*\*\**

## Resumen

En el presente artículo nos proponemos reflexionar, a partir del derecho internacional, sobre la historia de la construcción de la arquitectura global medioambiental, es decir, de la construcción de una autoridad mundial ambiental a los fines de buscar soluciones a los problemas ambientales.

El eje central del ensayo girará en torno a las reflexiones y pensamientos sobre cómo la autoridad mundial ambiental pasó de considerarse una institución útil para los fines perseguidos, a dejar de serlo, convirtiéndose ya no sólo en un problema, sino en una institución en la búsqueda de nuevas

\* Abogada, especialista en régimen jurídico de los recursos naturales, doctora en ciencias jurídicas, docente de grado y posgrado de Derecho Ambiental y Alimentario de la UBA; UCA; UADE, UNSAM, docente de la Asociación Alemana para la Calidad, Auditora ISO 14.000. Realizó estudios de posgrado en Estados Unidos, Japón y Holanda Directora Académica de la Especialización en Derecho y Economía Ambiental de la USAL y Universidad Carlos III de Madrid. Directora del Centro Regional de Capacitación y Transferencia de Tecnología dependiente del Convenio de Basilea; lumiere@inti.gob.ar.

\*\* Abogada (UBA 1999) especialista en Derecho Ambiental (UCA 2002). Fue profesora de grado en la UBA. Mediadora Matriculada (MJN 2004). Colaboradora en el Área de Derecho en el Programa de los Estudios Atmosféricos en el Cambio Global. Autora y coautora de varias publicaciones en su especialidad. Fue consultora de la Fundación Neuquén y de la FARN; agsibileau@gmail.com.

\*\*\* Abogada (UNC), Doctoranda en la IV Cohorte en Ciencias Políticas (CEA-UNC) con Beca Doctoral CONICET Tipo I, Directora Dra. Marta Juliá y con lugar de trabajo en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional de Córdoba. Adscripta en la materia Derecho de los Recursos Naturales y Ambiental de la UNC; abmculla@gmail.com.

soluciones para enfrentar los problemas ambientales, buscando poner énfasis, no sólo en los Estados, sino en los distintos niveles de toma de decisión (local, nacional y transnacional) y en la multiplicidad de los actores (sociedad civil, empresas privadas y actores públicos o estatales) que inciden en la solución de estas problemáticas.

Palabras clave: Gobernanza Internacional Ambiental, desarrollo local, conferencias internacionales.

## **Achievements and shortcomings of the International Environmental Governance**

### **Abstract**

This article seeks to analyze, from an international law point of view, the history of the construction of global environmental architecture, a global environmental authority that solves environmental degradation.

Amid the discussions on how this international authority went from being considered a useful institution to not being one.

Keywords : International Environmental Governance, local development, international conferences.

### **I. Primeras aproximaciones sobre la estructura ambiental internacional**

El abordaje de los problemas ambientales no ha sido una tarea fácil, no sólo por la magnitud y las consecuencias que esta problemática trae aparejada, sino también porque se manifiestan siempre en una dimensión local que repercute indefectiblemente a nivel global. En el plano internacional, más precisamente en el marco del derecho internacional, se viene trabajando, desde hace ya muchos años, en la construcción de una arquitectura global en el ámbito medioambiental que ayude a gestionar estos problemas.

Inicialmente, se crearon organismos internacionales con el objeto de proveer algún tipo de autoridad que permitiera, a nivel global, ordenar o

gestionar las cuestiones ambientales, por encima de intereses parciales (Real Ferrer, 2012).<sup>1</sup>

Pese la insistencia en lograr una autoridad mundial de este tipo, la realidad fue distinta y hoy en día existen diversos organismos ambientales que actúan en el plano internacional y que con mucho esfuerzo intentan hacer frente a estos problemas y a uno de los desafíos que presentan, esto es: la dicotomía entre ambiente y economía. En este sentido, podemos observar que, en algunos casos los organismos son sectoriales o de alcance regional o, incluso, bilateral, pero toman decisiones de distinto alcance con un variable grado de autonomía respecto de los Estados (Real Ferrer, 2012).<sup>2</sup>

Así, bajo este contexto, comenzó a cobrar vida la expresión “gobernanza medioambiental internacional” (en adelante GMI), donde en una primera aproximación fue definida como un conjunto de organismos, instrumentos normativos y mecanismos de financiación que regulan la protección medioambiental mundial (Forcada Barona, 2012).<sup>3</sup>

Dentro de los organismos y las instituciones a las que nos referimos se han destacado sin dudas las que pertenecen al sistema de Naciones Unidas (Asamblea General, Carta de la Naciones Unidas, Consejo Económico y Social), que llevan a cabo estudios y formulan recomendaciones sobre una amplia temática que incluye las cuestiones relativas al medioambiente y el desarrollo sustentable (Forcada Barona, 2012).<sup>4</sup>

Según Elkin Velázquez,<sup>5</sup> existirían tres grandes ámbitos en los que se han utilizado los conceptos de gobernanza y gobernabilidad a los que dio en llamar: *corporate governance* (gobierno corporativo), *good governance*

1. G. Real Ferrer, “Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho”, en *Revista de Derecho Ambiental* N°32, Octubre/Diciembre, Buenos Aires, 2012, p. 65.

2. G. Real Ferrer, “Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho”, en *Revista de Derecho Ambiental* N°32, Octubre/Diciembre, Buenos Aires, 2012, p. 68.

3. I. Forcada Barona, “El futuro de la Gobernanza Medioambiental internacional”, en *Revista de Derecho Ambiental* N°32, Octubre/Diciembre, Buenos Aires, 2012, p. 145.

4. *Ibid.*, p. 149.

5. D. Jorquera Beas, “Gobernanza para el desarrollo local” en Documento de Trabajo N°6. *Proyecto Conocimiento y Cambio en Pobreza Rural y Desarrollo*. Editorial Rimisp, Santiago de Chile, 2011; citando a E. Velázquez, *La gobernabilidad y la gobernanza de la seguridad ciudadana. Hacia una propuestas operacional*. Borradores de Método, N°48. Grupo Transdisciplinario de Investigación en Ciencias Sociales. Colombia, 2005.

(buen gobierno) y *modern governance* (gobernanza moderna). Siguiendo a este autor, esta primera etapa de la GMI a la que se hace mención aquí, estaría asociada al concepto de “good governance”, traducido como “buen gobierno”, concepto utilizado preferentemente por organismos multilaterales para designar un modelo de buenos comportamientos de los gobiernos que permite prescribir, aconsejar y apoyar desarrollos específicos (Jorquera Beas, 2011).<sup>6</sup>

En este sentido, el PNUMA,<sup>7</sup> éxito mayor de la Conferencia de Estocolmo sobre Medioambiente Humano de 1972, ha sido un actor fundamental en la promoción de la sustentabilidad a escala planetaria. Así, este programa de Naciones Unidas, con sede en Nairobi, fue fundado con la intención de liderar la gobernanza medioambiental mundial y colaborar regularmente con las agencias medioambientales de las Naciones Unidas y otras instituciones internacionales, con las ONGs, el sector privado y la sociedad civil, con el objetivo de impulsar el desarrollo sustentable.

La principal función del PNUMA ha sido no sólo promover la cooperación internacional en materia medioambiental, sino también proponer políticas adecuadas para dicho fin (Forcada Barona, 2012).<sup>8</sup> Otros aportes significativos de esta autoridad ambiental fueron el monitoreo, consejo e impulso de acuerdos medioambientales, como también su colaboración para fortalecer la capacidad institucional de los ministerios de medio ambiente de todo el mundo.

Asimismo, existen otras instituciones internacionales que vienen influyendo fuertemente en la gobernanza medioambiental como parte de su

6. D. Jorquera Beas, “Gobernanza para el desarrollo local” en Documento de Trabajo N°6. *Proyecto Conocimiento y Cambio en Pobreza Rural y Desarrollo*. Editorial Rimisp, Santiago de Chile, 2011 p. 5.

7. PNUMA fue creado por la resolución 2997 (XXVII) del 15 de diciembre de 1972. Está compuesto por 58 miembros elegidos por la Asamblea General. La Conferencia de Estocolmo reunió, en junio de 1972, a representante de 113 países en lo que fue el primer intento de la comunidad internacional por abordar las relaciones entre desarrollo y medio ambiente a escala global. La Declaración de principios que se adoptó al final de la conferencia supuso la piedra fundamental del desarrollo del derecho internacional del medio ambiente durante las dos décadas siguientes.

8. I. Forcada Barona, “El futuro de la Gobernanza Medioambiental internacional”, en *Revista de Derecho Ambiental* N°32, Octubre/Diciembre, Buenos Aires, 2012, p. 5.

accionar, entre muchas otras, destacamos: el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); la Organización Meteorológica Mundial (OMM); la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO); el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA); Organización Mundial de la Salud (OMS); Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

Existe en la actualidad un total de 30 agencias y programas de Naciones Unidas que incluyen la gestión medioambiental como parte de su mandato. Además, debemos sumar a este modelo de GMI a los más de 500 tratados internacionales sobre medioambiente o relacionados con el medio ambiente, de los que cerca de 300 ya han sido adoptados desde la Conferencia de Estocolmo en 1972<sup>9</sup> (Forcada Barona, 2012)<sup>10</sup> y que han posibilitado el desarrollo de un régimen internacional en la materia, que une a la existencia de principios y a la estructura institucional una serie de compromisos concretos (Giles Carnero, 2001).<sup>11</sup>

En la actualidad, uno de los mayores problemas ambientales existentes es el del cambio climático. En este sentido, podría señalarse que su régimen jurídico se inauguró con el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia de 1979, el cual se convirtió en el primer tratado internacional con base regional dedicado a problemas de contaminación atmosférica.<sup>12</sup> Se trata de un convenio marco, que fue desarrollán-

9. Ver Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), Environment in the UN System, note 21/1/2011, p. 6.

10. I. Forcada Barona, "El futuro de la Gobernanza Medioambiental internacional", en *Revista de Derecho Ambiental* N°32, Octubre/Diciembre, Buenos Aires, 2012, p. 6.

11. R. Giles Carnero, "Un nuevo paso en la protección internacional de la atmósfera: el protocolo para la disminución de la acidificación, la eutrofización y el ozono superficial de 1999", en la *Revista Derecho y Conocimiento*, vol. I, pp. 63-75, Facultad de Derecho. Universidad de Huelva, 2001.

12. El régimen jurídico del Convenio de Ginebra está abierto a la participación de todos los Estados incluidos en la Comisión Económica para Europa, así como a aquellos que disfruten de estatuto consultivo en ella y a las organizaciones regionales de integración cuyos miembros lo sean también de la Comisión. Esto posibilita la entrada de Canadá y los Estados Unidos en el régimen, aunque con unos compromisos adaptados a sus condiciones. De esta forma, el régimen diseñado para el espacio europeo tendrá, con las debidas adaptaciones, efectividad en Norteamérica.

dose sobre la base de posteriores protocolos, para configurarse así en una aproximación por etapas a la lucha contra este tipo de contaminación (Giles Carnero, 2001).<sup>13</sup>

Otros instrumentos internacionales de gran importancia en este sentido fueron, sin dudas, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y el Protocolo de Montreal con sus ajustes y enmiendas, los cuales tienen un gran valor como precedentes en el Derecho Internacional del Medio Ambiente, no sólo porque se preocupan de la protección de la atmósfera en su conjunto (inclusive los cambios en el clima), sino porque también representan una aplicación *avant la lettre* del principio precautorio. En este sentido, el protocolo de Montreal incluye uno de los modelos medioambientales más sofisticados de control internacional en materia de medio ambiente (Castillo Daudi, 1995).<sup>14</sup>

En relación con la prevención del cambio climático, se plantean una serie de problemas, no sólo medioambientales, sino también aquellos relacionados con el derecho al desarrollo, la soberanía sobre los recursos naturales, la asistencia técnica y la transferencia de tecnología. Por esta razón, se ha tratado de conciliarlos, a pesar de no ser una tarea sencilla. (Castillo Daudi, 1995).<sup>15</sup>

En este marco general, la protección específica sobre cambio climático tuvo lugar con la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático firmada en la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro en el año 1992. Asimismo, las Conferencias de las Partes (COP) y el Protocolo de Kyoto en 1997 constituyen hoy valiosos logros de la comunidad internacional aun cuando requieren de esfuerzos adicionales para su correcta implementación (Aguilar/Iza, 2005).<sup>16</sup>

13. R. Giles Carnero, "Un nuevo paso en la protección internacional de la atmósfera: el protocolo para la disminución de la acidificación, la eutrofización y el ozono superficial de 1999", en la *Revista Derecho y Conocimiento*, vol. I, pp. 63-75, Facultad de Derecho. Universidad de Huelva, 2001.

14. M. Castillo Daudi, "La protección internacional de la atmósfera: De la contaminación transfronteriza al Cambio Climático" en *Cursos de Derecho internacional* de Vitoria Gas-teiz 1994, 1995, p. 130.

15. *Ibid.*, p. 123.

16. G. Aguilar / A. Iza, en *Manual de Derecho Ambiental en Centroamérica. Unión Mundial para la Naturaleza.* / UICN, San José, Costa Rica, 2005 p. 346.

## II. Hacia la gran transición

Desde principios de la década de 1990, los expertos y la comunidad internacional vienen reflexionando en torno a los problemas relativos a la falta de coherencia en la toma de decisiones ambientales y a las deficiencias del andamiaje internacional para responder a los desafíos planteados por la degradación ambiental (Laguna Celis, 2010).<sup>17</sup> En la Declaración de la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro en 1992, los Estados hicieron referencia a la necesidad de valorar la eficacia de los arreglos internacionales, habida cuenta de la interdependencia entre los problemas ambientales y los de desarrollo, y destacaron la necesidad de establecer “una asociación nueva y equitativa a través de la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados, sectores claves de la sociedad y los pueblos”.<sup>18</sup>

En este sentido, en el capítulo 38 del Programa 21, producto de los trabajos de la Cumbre de la Tierra, se precisó que uno de los objetivos que se pretendía alcanzar era aquellos “arreglos institucionales internacionales dentro del Sistema de las Naciones Unidas que se ajusten y contribuyan a la reestructuración y revitalización de las Naciones Unidas en las esferas económica, social y otras esferas, y a la reforma general de las Naciones Unidas, incluidos los cambios de Secretariado”.<sup>19</sup>

Entre las reformas prioritarias vinculadas al binomio medio ambiente desarrollo vislumbradas en la reunión de Río de Janeiro se destacaron la urgencia por alcanzar “una división de trabajo eficaz entre los diversos componentes del Sistema de las Naciones Unidas”; la necesidad de lograr un acuerdo sobre los recursos y mecanismos financieros y la transferencia de tecnología, así como la integración de las cuestiones del medioambiente y el desarrollo en los planos nacional, regional e internacional.

17. J. Laguna Celis, “La gobernanza ambiental internacional y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente”, en la Revista mexicana Política Exterior. Noviembre 2009/Febrero 2010, p. 78.

18. Asamblea General de la ONU, Informe de la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Anexo I: *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, A/Conf.151/26 vol. 1, 12 de agosto de 1992.

19. Comisión para el Desarrollo Sustentable, Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *Programa 21*, 1992, cap. 38.

Como resultado del impulso de la Cumbre de la Tierra, en 1997, el Consejo de Administración del PNUMA adoptó la Declaración de Nairobi destinada a vigorizar el mandato del Programa. Dicho documento sostenía que el PNUMA era el cuerpo principal de las Naciones Unidas en el área del medioambiente. Añadía a ello el llamado a convertirse en la “autoridad global líder en materia de medioambiente que establezca la agenda medioambiental global, que promueva la implementación coherente del desarrollo sustentable al interior del SNU y que sirva como el promotor legítimo de la causa del medioambiente global”.<sup>20</sup>

Otro hito importante que permite ilustrar el proceso de creación del concepto gobernanza ambiental internacional fue el informe denominado “Renovando Naciones Unidas: un programa para la reforma” presentado ante la Asamblea General en 1997. El principal objetivo que percibía era dar mayor fuerza al área de las Naciones Unidas para el medioambiente y los asentamientos humanos. Sus propuestas condujeron a la creación de dos importantes foros de coordinación del PNUMA; el primero de ellos fue el Foro Mundial Ministerial de Medio Ambiente (FMMMA), en binomio con el Consejo de Administración del PNUMA, cuya membresía se limita a 48 países electos por un periodo de dos años, y el Grupo de Administración del Medio Ambiente de las Naciones Unidas (GAM).<sup>21</sup>

En mayo del 2000, encontramos la primera referencia explícita a la GMI en la primera sesión del FMMMA celebrada en la ciudad de Malmö, Suecia. En ella, los ministros de Medio Ambiente formularon una importante declaración de cara a la conferencia de revisión de la Cumbre de la Tierra prevista a celebrarse en 2002. En esta declaración se reconoció la ineficacia de la acelerada construcción institucional emprendida en las décadas posteriores a la Declaración de Estocolmo de 1972, las cuales estuvieron marcadas por la creación de múltiples tratados internacionales e instituciones, de carácter regional o mundial, dedicados a responder individualmente a retos

20. Consejo de Administración del PNUMA, UNEP/GC.19/1, 1997.

21. El FMMMA se celebra anualmente, a la par que el Consejo de Administración, con el fin de discutir asuntos importantes y de evaluar políticas ambientales emergentes. Por su parte, el GMI ambiciona incrementar la cooperación entre entidades y la coherencia de las políticas, fomentando un mejor flujo de la información y creando incentivos para que las agencias de las Naciones Unidas, los acuerdos multilaterales medioambientales (AMUMA) y las instituciones financieras cooperen.

ambientales específicos como la degradación de la capa de ozono, la pérdida de la biodiversidad, la desertificación, el manejo de sustancias químicas peligrosas, entre otros (Laguna Celis, 2010).<sup>22</sup>

Por ello, era preciso emprender con urgencia un ambicioso proceso de revisión destinado a lograr “una estructura institucional fortalecida para la gobernanza ambiental internacional con base en la evaluación de las necesidades futuras para una arquitectura internacional capaz de solucionar con efectividad las amenazas medioambientales en un mundo globalizado”.<sup>23</sup>

La elección del término no fue casual. En los trabajos preparatorios se discutió ampliamente sobre el concepto de la gobernanza ambiental global. Este amplio concepto busca poner el énfasis en los distintos niveles de toma de decisión (local, nacional y transnacional) y en la multiplicidad de los actores (sociedad civil, empresas privadas y actores públicos o estatales) que inciden en la solución de las problemáticas ambientales. De manera tentativa se podría formular que el concepto gobernanza ambiental internacional está circunscrito principalmente, aunque no de manera exclusiva, al ámbito de los actores estatales y de las instituciones internacionales del Sistema de las Naciones Unidas (Laguna Celis, 2010).<sup>24</sup>

En 2001 el Consejo de Administración del PNUMA identificó la necesidad de reformar el Programa tomando como punto de partida el “proceso para el necesario fortalecimiento y racionalización del sistema de la GMI en el contexto del desarrollo sustentable”.<sup>25</sup> Con este propósito se estableció un grupo de trabajo intergubernamental integrado por ministros de Medio Ambiente, cuyo encargo era llevar a cabo una evaluación comprehensiva de

22. J. Laguna Celis, “La gobernanza ambiental internacional y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente”, en la Revista Política Exterior. México, Noviembre 2009/Febrero 2010 p. citando a Peter Bridgewater y Celia Bridgewater, “International Environmental Governance: The Story so Far”, en Jouni Paavola y Ian Lowe, *Environmental Values in a Globalizing World: Nature, Justice and Governance*, Londres, Routledge, 2005.

23. Consejo de Administración del PNUMA, UNEP/GCSS.VI/1, 2000 (Laguna Celis, 2010).

24. J. Laguna Celis, “La gobernanza ambiental internacional y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente”, en la Revista Política Exterior, México, Noviembre 2009/Febrero 2010, p. 102.

25. Consejo de Administración del PNUMA, UNEP/GC.21/21, 2001.

las debilidades institucionales existentes, así como de las necesidades futuras y opciones para una gobernanza ambiental internacional fortalecida.

El grupo de ministros se reunió en seis ocasiones entre abril de 2001 y febrero de 2002. Contó asimismo con la retroalimentación de las organizaciones de la sociedad civil y de las agencias de las Naciones Unidas. El resultado de su trabajo fue un programa de reformas denominado Paquete de Cartagena el cual, en retrospectiva, no fue lo suficientemente lejos como para alcanzar las difíciles decisiones requeridas para impulsar la transformación del PNUMA y de la GMI en su conjunto.

Desde entonces, la protección ambiental no ha requerido de nuevas reflexiones globales y ha progresado normativamente, por una parte, mediante el perfeccionamiento de los Acuerdos Multilaterales Medioambientales (AMUMAS)<sup>26</sup> sectoriales existentes o planteando otros nuevos y, por otra, mejorando las legislaciones nacionales llevándonos al momento actual en el que el desafío de la normativa ambiental –madura y a veces excesiva– no es su conformación, sino especialmente su eficacia y los riesgos de su injustificada involución (Real Ferrer, 2012).<sup>27</sup>

Así, para algunos autores, el PNUMA no ha conseguido desarrollar procesos de gestión política de forma coherente y coordinada. Es decir, no ha conseguido identificar y promover las mejores prácticas y no se ha convertido en la referencia institucional de numerosas convenciones medioambientales internacionales.

Como consecuencia del creciente número de instituciones, conferencias, paneles y procesos internacionales relacionados con el medio ambiente, algunos autores han llegado a hablar de un laberinto de la burocracia internacional medioambiental (Forcada Barona, 2012).<sup>28</sup>

En este sentido, para Marie Roussel, el paradigma anterior sobre GMI ha llegado al colapso, debido a la fragmentación del seno de las Naciones Unidas, la falta de implicación de las instituciones financieras, la prolifera-

26. Acuerdos Multilaterales sobre Medio Ambiente. (Laguna Celis, 2010).

27. G. Real Ferrer, “Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho”, en *Revista de Derecho Ambiental* N°32, Octubre/Diciembre, Buenos Aires, 2012, p. 73.

28. Ver M. Ivanova. “International Environmental Governance Reform: Options and implications, draft report, international Environmental Governance Chatham House Workshop”, 26 al 27/7/2007, p. 4.

ción de acuerdos ambientales que entran a menudo en conflicto con medidas comerciales (Roussel, 2007).<sup>29</sup>

En este marco y siguiendo al autor español Forcada Barona, esta gobernanza ambiental internacional, fragmentada e ineficiente, responde a diversas cuestiones. En primera medida, tiene que ver con la falta de planificación a la hora de construir un aparato institucional y normativo de la GMI. Esta falta de planificación ha dado lugar a un enorme déficit de cooperación y coordinación entre las organizaciones internacionales encargadas de la gestión del medioambiente, a la fragmentación del propio sistema de gobernanza medioambiental y a un uso ineficiente de los recursos financieros.

Esa coordinación es parte del mandato PNUMA, pero este nunca ha tenido los recursos ni el apoyo político necesarios para llevarla a cabo. Este clima de desconfianza interinstitucional, el reparto desigual de los recursos entre las instituciones, y los mandatos poco claros, a veces contradictorios, han hecho muy difícil la coordinación interinstitucional.

Otra de las razones de la falta de resultados de la GMI para este autor se relaciona con la naturaleza jurídica de los compromisos recogidos en los diferentes instrumentos normativos que la conforman. Los AUMAS son instrumentos jurídicamente obligatorios, pero con mecanismos débiles de ejecución, de resolución de controversias y de sanciones (Borrás Pentinat, 2011).<sup>30</sup> En este sentido, la GMI no dispone de mecanismo alguno realmente operativo para la solución de controversias y, además, las opciones para asegurar su cumplimiento o imponerlo son muy reducidas.

### **III. Un nuevo paradigma de la GMI: nuevos desafíos**

Como hemos observado, la GMI se ha convertido en un sistema que parece estar en un perpetuo estado de negociación, ofuscado con continuar negociando antes que pensar en la ejecución de los acuerdos existentes, y

29. Ver M. Roussel, "Institutional Failures of the Global Environmental Governance"; Inédito, Universidad de Adelaide, Australia, 2007.

30. F. Sindico, R. Fernández Egea, S. Borrás, "Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una Visión Desde Iberoamérica", *Cameron May, Limited*, 2011.

más preocupado por las posibilidades políticas de llegar a algún compromiso que por la evidencia científica (Forcada Barona, 2012).<sup>31</sup>

Así, a comienzos de la década de los 90, la idea de gobernanza comienza a tener un nuevo uso, como consecuencia de las distintas realidades de los Estados que la conforman y con la existencia de una institucionalidad con múltiples niveles de decisión, con procedimientos construidos históricamente y con una tradición de negociación, cooperación, decisión y consulta.

En este punto, y siguiendo a Jiménez, la gobernanza comienza a ser entendida como un nuevo estilo de gobierno, distinto al modelo jerárquico, caracterizada por un mayor grado de cooperación e interacción entre el Estado y actores no estatales, y como una modalidad distinta de coordinación entre acciones individuales en tanto formas primarias de construcción del orden social (Jiménez, 2008).<sup>32</sup>

Así, una primera aproximación a la gobernanza<sup>33</sup> aplicada a los temas ambientales se podría explicar por la interdependencia de los desafíos medioambientales que conlleva, la arquitectura institucional del régimen de gestión ambiental mundial marcada por la coexistencia de diversas instituciones con mandatos equivalentes, y la multiplicidad de actores estatales y no estatales involucrados en la toma de decisiones (Laguna Celis, 2010).<sup>34</sup>

Como podemos señalar, este nuevo concepto busca poner énfasis en los distintos niveles de toma de decisión (local, nacional y transnacional) y en la multiplicidad de los actores (sociedad civil, empresas privadas y actores públicos o estatales) que inciden en la solución de las problemáticas am-

31. I. Forcada Barona “El futuro de la Gobernanza Medioambiental internacional”, en *Revista de Derecho Ambiental* N°32, Octubre/Diciembre, Buenos Aires, 2012, p. 158.

32. Ver Jiménez William, G. (2008), “El enfoque de políticas públicas y los estudios de gobierno. Propuestas de encuentro”, en revista *Reforma y Democracia*, CLAD, N°41, Venezuela.

33. El término gobernanza se refiere al “arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía” (Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., 2008).

34. J. Laguna Celis, “La gobernanza ambiental internacional y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente”, en *Revista Política Exterior*. México, Noviembre 2009/Febrero 2010, p. 97.

bientales. Para Laguna Celis,<sup>35</sup> se podría formular de manera tentativa, que el concepto gobernanza ambiental internacional está circunscrito principalmente, aunque no de manera exclusiva, al ámbito de los actores estatales y de las instituciones internacionales del Sistema de las Naciones Unidas.

Otro concepto, para definir el actual significado de gobernanza ambiental, es el conjunto de reglas, prácticas y entidades institucionales que enmarcan la gestión del ambiente en sus distintas modalidades (conservación, protección, explotación de recursos naturales, etc.) (Fontaine 2007, pp. 223-254).<sup>36</sup> Sin embargo, para Ojeda, la definición describe al conjunto de procesos e instituciones, tanto formales como informales y que incluye normas y valores, comportamientos y modalidades organizativas, a través de las cuales los ciudadanos, las organizaciones y movimientos sociales y los diversos grupos de interés, articulan sus intereses, median sus diferencias y ejercen sus derechos y obligaciones en relación al acceso y usos de los recursos naturales (Ojeda, 2005).<sup>37</sup>

Asimismo, hablar del concepto de gobernanza ambiental, en sentido estricto, significa la suma de organizaciones, herramientas políticas, mecanismos financieros, normatividad, valores e intereses que regulan los procesos de protección ambiental, es decir, el viejo paradigma. Por lo tanto, la gobernanza pasó de referirse meramente de la acción del gobierno o ejercicio del gobierno en una región (Loyo, 2002: 2)<sup>38</sup> al marco de reglas, instituciones y prácticas establecidas que sientan los límites y los incentivos para el comportamiento de los individuos, las organizaciones y las empresas (Elena Martínez, 2001).<sup>39</sup>

35. *Ibid.*, p. 98.

36. G. Fontaine, "Verde y negro: Ecologismo y Conflictos por Petróleo en el Ecuador", en G. Fontaine, G. van Vliet, R. Pasquis (coords.), *Políticas ambientales y gobernabilidad en América Latina*, Quito: FLACSO-IDDRI-CIRAD, 2007, pp. 223-254.

37. Ver L. Ojeda, "Gobernabilidad en la Conservación de los Recursos Naturales"; Red ECOUF; Universidad de la Florida (Manuscrito para discusión), 2005.

38. J. C. Loyo Hernández, "La arquitectura de gobernanza y la gobernabilidad del sistema político venezolano. Una explicación de la estabilidad y el cambio de la democracia en Venezuela". Internet: [unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clado043410.pdf](http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clado043410.pdf), 2002.

39. E. Martínez es la Directora del Buró de América Latina y el Caribe del PNUD, en Prats, 2001, p. 119.

Por otra parte, como se había mencionado, Elkin Velázquez<sup>40</sup> distingue tres ámbitos en los que se han utilizado los conceptos de gobernanza y gobernabilidad, esbozando el concepto de *modern governance*, enfocado hacia los nuevos mecanismos de regulación de lo público en escenarios de globalización y frente a acciones de desarrollo del Estado y la democracia, como la descentralización, la participación ciudadana, permitiendo el surgimiento de otros actores estratégicos en la construcción de lo público. En efecto, para entender los nuevos desafíos que conlleva este nuevo actor de lo público y sus demandas para el Estado, se utiliza el concepto de gobernanza en la lógica de la capacidad de un sistema político para gobernarse (Jorquera Beas, 2011).<sup>41</sup>

De esta manera, la gobernabilidad se referirá a las adaptaciones y procesos en el marco del Estado y de la administración pública para mejorar la relación (vertical) con la ciudadanía y el proceso de toma de decisiones. La gobernanza, por su parte, apunta a la forma de mejorar la relación (horizontal) entre una pluralidad de actores públicos y privados, tendientes a mejorar la toma de decisiones, la gestión y el desarrollo de lo público y lo colectivo, con una marcada intensión de integración y de interdependencia (Jorquera Beas, 2011).<sup>42</sup>

Otro autor, que es referencia de muchos estudios sobre la materia, es Patrick Le Galés (1998),<sup>43</sup> quien entiende que la gobernanza aparece como un dispositivo de negociación y cooperación entre una pluralidad de actores tanto de la sociedad civil, del sector económico y del mercado, como del Estado. En esta línea, hablar de gobernanza implica comprender la articu-

40. D. Jorquera Beas, "Gobernanza para el desarrollo local", en Documento de Trabajo N°6. *Proyecto Conocimiento y Cambio en Pobreza Rural y Desarrollo*. Editorial Rimisp, Santiago de Chile, 2011; citando a E. Velázquez, "La gobernabilidad y la gobernanza de la seguridad ciudadana. Hacia una propuestas operacional", en *Borradores de Método*, N°48, Grupo Transdisciplinario de Investigación en Ciencias Sociales. Colombia, 2005.

41. I. Forcada Barona, "El futuro de la Gobernanza Medioambiental internacional", en *Revista de Derecho Ambiental* N°32, Octubre/Diciembre, Buenos Aires, 2012, p. 157.

42. D. Jorquera Beas, "Gobernanza para el desarrollo local", en Documento de Trabajo N°6. *Proyecto Conocimiento y Cambio en Pobreza Rural y Desarrollo*. Editorial Rimisp, Santiago de Chile, 2011, p. 6.

43. Le Galés, Patrick, *International Journal of Urban and Regional Research*, Volume 22, Issue 3, pp. 482- 506, September 1998.

lación de los distintos modos de regulación en el territorio en términos de integración política, social y de capacidad de acción, lo que trae como consecuencia el replantearse las interrelaciones entre el Estado, la sociedad civil y el mercado. Por tanto, propone entender a “la gobernanza como un proceso de coordinación de actores, de grupos sociales, de instituciones para lograr metas definidas colectivamente en entornos fragmentados y caracterizados por la incertidumbre” (Jorquera Beas, 2011).<sup>44</sup>

Como podemos observar, hablar hoy de GMI implica, necesariamente, comprender: a) la ampliación y pluralización de los actores de lo público, a causa de las transformaciones sociales e institucionales como el Estado y lo público no estatal; b) el conjunto de procesos y arreglos institucionales conducentes a la coordinación de dichos actores; c) la construcción de metas comunes, definidas colectivamente sin predeterminación por alguno de los actores involucrados; d) un tipo de respuesta efectiva y coherente a la complejidad del entorno (Jorquera Beas, 2011).<sup>45</sup>

Es interesante observar cómo la gobernanza aparece como una forma de ejercicio de gobierno, en que la coherencia de la acción pública no responde a las decisiones y acciones centralizadas propias de la élite político-administrativa, sino que responde a la coordinación entre distintos actores públicos y privados para definir espacios comunes y metas compartidas (Jorquera Beas, 2011).<sup>46</sup>

Se puede afirmar que el actual modelo de GMI debe reconducirse rápida y profundamente. No sólo las instituciones y organismos existentes o por crear deben interiorizar mejor el principio democrático y conformarse de acuerdo a nuevos fundamentos legitimadores y a los renovados modelos de soberanía, sino que deben contar con competencias definidas y suficientes, así como con las capacidades necesarias para desplegarlas. Paralelamente, es imprescindible mejorar drásticamente la ética de las organizaciones para

44. D. Jorquera Beas, “Gobernanza para el desarrollo local”, en Documento de Trabajo N°6, *Proyecto Conocimiento y Cambio en Pobreza Rural y Desarrollo*. Editorial Rimisp, Santiago de Chile, 2011, p. 8.

45. I. Forcada Barona, “El futuro de la Gobernanza Medioambiental internacional”, en *Revista de Derecho Ambiental*, N°32, Octubre/Diciembre, Buenos Aires, 2012, p. 160.

46. I. Forcada Barona. “El futuro de la Gobernanza Medioambiental internacional”, en *Revista de Derecho Ambiental*, N°32, Octubre/Diciembre, Buenos Aires, 2012, p. 163.

construir un modelo de gobernanza global que nos conduzca hacia la sostenibilidad (Real Ferrer, 2012).<sup>47</sup>

Actualmente, la Sostenibilidad –como un nuevo paradigma jurídico de la globalización– se abre paso en la medida en que este proceso global, esférico, hace evidente la absoluta interdependencia de individuos y pueblos. Es un paradigma de acción, pero lo es también jurídico, ya que irrumpe en la tensión entre los contrapuestos paradigmas de libertad e igualdad propios del Estado avanzado contemporáneo y los supedita a su prevalencia. Es el paradigma propio de la sociedad postmoderna, de la sociedad transnacional hacia la que caminamos (Real Ferrer, 2012).<sup>48</sup>

La esfera global constituida por “sociedades de paredes finas” de la que habla Sloterdijk<sup>49</sup> exige un derecho inclusivo que contemple los fenómenos actuales y ordene la nueva sociedad global. Exige, asimismo, un derecho esférico, ya que la globalización (globo/esfera) ha puesto fin al modelo de ordenamientos jurídicos autónomos inspirados en la pirámide de Kelsen y nos lleva a sistemas jurídicos que deben ser representados como esferas –concéntricas o sistemas de esferas– en constante interdependencia en las que no hay principio ni final; ni bases, lados o vértices, se trata de un derecho líquido (Real Ferrer, 2012).<sup>50</sup>

#### **IV. El desarrollo local: nuevo reto para alcanzar un compromiso internacional**

Como hemos destacado anteriormente, una de las características centrales del nuevo concepto de GMI es la “gobernanza ambiental participativa” o “descentralizada”, es decir, modelos que trabajan a nivel local en esquemas multipartitos de toma de decisiones, concertados entre, por ejemplo, sociedad civil, instituciones públicas, ciudadanía y actores privados. De este modo, se convierte en un gran desafío la gobernanza ambiental descentrali-

47. G. Real Ferrer, “Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho”, en *Revista de Derecho Ambiental*, N°32, Octubre/Diciembre, Buenos Aires, 2012, p. 76.

48. *Ibid.*, p. 79.

49. Ver Sloterdijk, Peter, “La última esfera, historia de la globalización terrestre”, en *Esferas II*, Madrid, Siruela, 2004.

50. G. Real Ferrer, “Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho”, en *Revista de Derecho Ambiental* N°32, Octubre/Diciembre, Buenos Aires, 2012, p. 78.

zada por ser “un nuevo marco institucional en el que los procesos de toma de decisiones sobre el acceso y uso de los recursos naturales tienden a quedar en instancias locales” (Pulgar Vidal, 2005).<sup>51</sup>

Como podemos observar, la cuestión fundamental para el conjunto de la sociedad es cómo diseñar sistemas de gobernanza efectivos, estables y legítimos, a escala local, nacional e internacional, que garanticen la co-evolución de la naturaleza y las sociedades humanas bajo el objetivo general de un modelo de desarrollo sustentable efectivo e integral, alternativo al modelo depredador actual.

En este sentido, y siguiendo a Suárez, para poder desarrollar estos procesos son necesarios algunos aspectos, entre ellos:

- *Disponer de un capital social*, que incluye: revalorización del conocimiento local sobre las potencialidades de los recursos naturales, liderazgos locales legítimos, visión común basada en arreglos alcanzados desde espacios de diálogo y negociación, educación y capacitación;
- *Participación y acceso a la información*: Asegurar el acceso democrático a la información y garantizar procesos de toma de decisiones basados en información adecuada y legítima.
- *Presencia del Estado*: puede ser a escala local como generador, promotor, dinamizador o receptor de procesos de gobernanza ambiental descentralizada, como facilitador de acceso a los recursos naturales o como formulador de políticas públicas.
- *La legitimidad de las decisiones tomadas* depende no sólo de la mayor o menor participación de la población concernida a nivel de las bases sino de la representatividad de los actores que participan en los mecanismos de concertación. Pero el problema de la representatividad afecta tanto el nivel local, como las escalas intermedias, sobre todo los Estados. Así, a nivel local, la participación de todos los actores (por ejemplo ONG, comunidad, gobiernos locales y el Ministerio de Ambiente del país concernido) facilita que un proceso de gobernanza ambiental sea exitoso, mientras que la exclusión de algunos de ellos lo dificulta (Suárez / Poats, 2007).<sup>52</sup>

51. Ver M. Pulgar Vidal, “Gobernanza Ambiental Descentralizada”, 2005.

52. D. Suárez / S. Poats, “Procesos de Gobernanza Ambiental en el Manejo Participativo de Áreas Protegidas en Carchi”, *Revista Symposium*, 2008.

Ahora bien, nos parece importante distinguir el alcance y sentido de los conceptos de gobernanza territorial y de desarrollo local desde un enfoque ascendente o “bottom up” y desde la cooperación. En este aspecto, para algunos autores, ya había surgido un movimiento de impulso del desarrollo local porque “constituye uno de los elementos motor de un desarrollo económico renovado y equilibrado, por cuanto permite un desarrollo endógeno a través de la movilización de los recursos locales, en el respeto de las particularidades locales y de las raíces culturales”.<sup>53</sup>

Otra aproximación conceptual es aquella que establece que la gobernanza territorial puede ser percibida como la manera en que los territorios de un Estado nacional son administrados y las políticas implementadas, con particular referencia a la distribución de roles y responsabilidades entre los diferentes niveles de gobierno (supranacional, nacional y subnacional) y los procesos subyacentes de relación, negociación y formación de consensos y, en una segunda acepción, la gobernanza territorial puede ser igualmente entendida como la emergencia y puesta en práctica de innovadoras formas compartidas de planificación y gestión de las dinámicas socio-territoriales<sup>54</sup>.

Sin embargo, para otros autores, la gobernanza territorial se ha convertido en un instrumento en el cual se han depositado las esperanzas de una gestión efectiva de los gobiernos en cuanto a sus políticas de desarrollo (Farinós, 2008).<sup>55</sup> Para otros se trata de un modelo alternativo de gestión pública que centra su atención en el proceso de re-territorialización del Estado y sus nuevas responsabilidades a partir de ello, es decir, en el campo de la política territorial (Jorquera Beas, 2011).<sup>56</sup>

A ello se agrega, que la gobernanza territorial alude a la aplicación de los principios de la buena gobernanza en las políticas territoriales y urbanas

53. Dictamen del Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas, “El Desarrollo Local en la política regional comunitaria”, de 25 y 26 de octubre de 1995.

54. Conferencia Europea de Ministros Responsables de la Ordenación del Territorio (CEMAT), “Redes para el desarrollo territorial sostenible del continente europeo: Puentes a través de Europa”, Estrasburgo, 27 de octubre de 2006.

55. J. Farinós Dasi, “Gobernanza territorial para el desarrollo sostenible: Estado de la cuestión y agenda”, *Boletín de la AGE*, N°46, 2008.

56. D. Jorquera Beas, “Gobernanza para el desarrollo local” en Documento de Trabajo N°6. *Proyecto Conocimiento y Cambio en Pobreza Rural y Desarrollo*, Editorial Rimisp, Santiago de Chile, 2011, p. 8.

teniendo por ello un carácter específico debido a que su objetivo principal es el territorio. Una buena gobernanza permite que la responsabilidad política sea compartida, explotando el potencial del capital territorial de manera eficiente, asegurando que al interior de los Estados haya una colaboración mutua entre las políticas económicas, sectoriales y de desarrollo (Jorquera Beas, 2011).<sup>57</sup>

Como puede observarse, la gobernanza local trata del poder y de la autoridad y de cómo una región, municipalidad o comunidad cualquiera gestiona sus asuntos; por tanto, incluye a los ciudadanos, las instituciones y las relaciones de estas con el estado a nivel regional, municipal y comunitario. De esta manera, es imposible hablar de gobernanza local si no existe previamente una gobernanza democrática a nivel central (Comisión Europea, 2008).

En efecto, esto permite identificar cómo la gobernanza territorial y local implican una nueva manera de relacionar la acción pública y las maneras en que esta es aplicada en los territorios, gracias a la emergencia y puesta en práctica de innovadoras formas compartidas de planificación y gestión de las dinámicas territoriales, a fin de acordar visiones comunes de todos los actores y niveles concernientes en pos del futuro del territorio (Forcada Barona, 2012).<sup>58</sup> Otro requisito relevante para la nueva gobernanza, es sin dudas, la participación de la población en los asuntos públicos y concretamente en las decisiones que impactan a los territorios.

Todo ello permite identificar cómo una gestión prudente del territorio tiene que llegar de la mano de la Ordenación del Territorio porque tiene un papel fundamental en la identificación, definición y revalorización cultural y económica del territorio.<sup>59</sup>

Ahora bien, la aplicación eficaz de políticas ambientales, especialmente en el caso de compromisos internacionales vinculantes como los acuerdos multilaterales, requiere un proceso simultáneo e interconectado de toma de

57. *Ibid.*, p. 9.

58. I. Forcada Barona, “El futuro de la Gobernanza Medioambiental internacional”, en *Revista de Derecho Ambiental*, N°32, Octubre/Diciembre, Buenos Aires, 2012, p. 164.

59. Ver “Gobernanza Territorial y Desarrollo Local de la Raya Hispano-lusa: Comarca de Vitigudino y Alto Douro”, Organismo Autónomo de Empleo y Desarrollo Rural (OAEDR), año 2007.

decisiones a nivel nacional e intergubernamental que permita verificar el cumplimiento de los acuerdos. Asimismo, pueden surgir obstáculos verticales que afecten a distintos niveles de la administración, como ocurre cuando las iniciativas a nivel provincial o local no apoyan o incluso contradicen los programas o políticas nacionales (Danced, 2000).

Como podemos observar, el nivel regional representa un plano intermedio muy importante para la gestión ambiental. Las regiones (ya sean regiones biológicas o entidades institucionales) circunscriben un contexto dentro del cual se pueden definir y aplicar programas y políticas que respondan a las condiciones y prioridades locales aunque las normas para mejorar la gestión ambiental se definen fundamentalmente a nivel nacional, internacional y mundial, el nivel regional se ha convertido en un valioso eslabón para su aplicación y ejecución. Por lo tanto, las respuestas a los problemas ambientales se agrupan en torno a instituciones y mecanismos regionales que son muy importantes para dirigir y coordinar las interrelaciones entre medio ambiente y desarrollo.<sup>60</sup>

A ello se agregan dos aspectos importantes, por un lado, la proximidad geográfica, que facilita la rápida difusión de prácticas y reduce el tiempo necesario para adaptarse a nuevas condiciones. Por otra parte, las acciones emprendidas a nivel regional se benefician de la constante aparición de oportunidades para su aplicación que ofrecen otras iniciativas de carácter complementario (Juma, 2002).

Para Daniel Sabsay, la gobernabilidad es la condición necesaria que debe imperar en el interior de una comunidad políticamente organizada para que las decisiones sean acatadas y a su vez se logre una administración eficaz de los intereses generales. Empero, para que todo esto sea posible deben organizarse canales institucionales aptos para que las personas puedan manifestarse, como es la participación ciudadana (Sabsay, 2005).<sup>61</sup>

Con relación a las dificultades, existen todavía algunos obstáculos para que los mecanismos regionales funcionen y cumplan su misión, especialmente en las regiones en desarrollo. Los principales problemas son la caren-

60. Ver "Gobernanza Territorial y Desarrollo Local de la Raya Hispano-lusa: Comarca de Vitigudino y Alto Douro", Organismo Autónomo de Empleo y Desarrollo Rural (OAEDR), año 2007.

61. D. Sabsay, en *Revista de Relaciones Internacionales*, N°14, 2005.

cia de recursos económicos y de capacidad humana y la falta de coherencia y eficacia en las relaciones entre instituciones (Real Ferrer, 2012).<sup>62</sup>

Otras limitaciones de los gobiernos locales se relacionan con la inadecuada transferencia de recursos para hacer frente a las competencias ambientales lo que ha afectado a los procesos de aplicación. No obstante, en algunos casos pese a contar con recursos, la temática ambiental aún no es vista como un tema prioritario dentro de las gestiones locales y depende aún de la voluntad política de las autoridades, siendo necesario que se incorpore de manera efectiva y amplia (Quiñones, 2013).<sup>63</sup>

Más allá de las los caminos que quedan por construirse, la gobernanza local sobre cuestiones medioambientales es, sin lugar a dudas, el espacio más propicio, por ejemplo, para comenzar a gestionar medidas de mitigación o adaptación para el calentamiento global. En este aspecto, destacamos que la recuperación del protagonismo de las comunidades locales se hace cada día más presente en el contexto internacional estableciendo sus propias relaciones al margen del estado.<sup>64</sup> Para la autora Juliá, es en los municipios donde se manifiesta más claramente los problemas y donde están más cerca de la gestión, ello hace en algunos casos que la política ambiental tenga una acción más directa sobre los problemas.<sup>65</sup>

Por último, podemos destacar que si bien la declaración final de Rio+20 no tuvo grandes compromisos nuevos en este sentido sino que se limitó a reafirmar los de Rio 92 así como planes anteriores, la cumbre marcó claramente la existencia de procesos locales y regionales que se vienen dando desde los distintos sectores y que de alguna u otra manera vienen mostrando su dimensionamiento global. Prueba de ello han sido los procesos sectoriales como los foros de emprendedores, la participación de los

62. G. Real Ferrer, "Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho", en *Revista de Derecho Ambiental*, N°32, Octubre/Diciembre, Buenos Aires, 2012, p. 69.

63. P. Quiñones, en <http://www.noticiasser.pe/06/03/2013/al-borde-de-la-quebrada/gestion-y-gobernanza-ambiental-local>, 2013.

64. *Formulación de políticas públicas ambientales. Los casos de Aguas, Bosque Nativo y Residuos peligrosos*, Juliá, Marta, Foa Torres, Jorge y Del Campo, Cristina, Lerner Editorial, Abril 2013, p. 38.

65. *Formulación de políticas públicas ambientales. Los casos de Aguas, Bosque Nativo y Residuos peligrosos*, Juliá, Marta, Foa Torres, Jorge y Del Campo, Cristina, Lerner Editorial, Abril 2013, p. 46.

ámbitos académicos y de las organizaciones de la sociedad civil, la firma del acuerdo Megaciudades, el G3 o los diálogos de Río.<sup>66</sup>

## V. Conclusión

Existe una gran preocupación sobre el estado ambiental en el que se encuentra nuestro planeta y sobre la necesidad de encontrar una forma de hacer frente a estos problemas. Situaciones tales como la desconfianza entre países desarrollados y aquellos en vías de desarrollo se han traducido en la imposibilidad de tomar medidas urgentes a la hora de hacer frente a los problemas ambientales que se suscitan. Los esfuerzos fragmentados han provocado una resistencia al cambio y una priorización inadecuada de los problemas ambientales que han generado respuestas tardías e ineficientes por parte de las instituciones internacionales ambientales.

Bajo este contexto, se hace necesario un nuevo debate que gire en torno a la construcción de una gobernanza ambiental internacional, que refleje frente a la comunidad internacional, la implementación de cambios radicales a fin de dotar a las instituciones internacionales de la capacidad de frenar y revertir la rápida degradación ecológica global.

Para lograr el modelo de desarrollo sostenible y lo establecido en el documento *El futuro que queremos* (Naciones Unidas, 2012c) es indispensable la igualdad. Este principio debe regir la agenda para el desarrollo post-2015, y en particular, los objetivos de desarrollo sostenible. Si pensamos que la erradicación de la pobreza es una condición previa ineludible, que la igualdad es el principio rector del desarrollo sostenible y que el cambio del modelo es el camino, la agenda del desarrollo y la gobernanza deben avanzar hacia el logro de necesidades básicas –condición necesaria pero no suficiente– hacia las aspiraciones de sostenibilidad del desarrollo.

En este sentido, el documento final de la última Cumbre de la Tierra de 2012, denominado “el futuro que queremos” reconoce, una vez más, que la democracia, la buena gobernanza y el estado de derecho, en los planos nacional e internacional, así como un entorno propicio, son esenciales para el desarrollo sostenible, incluido el crecimiento económico sostenido e inclu-

66. [http://farn.org.ar/wp-content/uploads/2012/07/documento\\_resultados\\_rio20\\_final.pdf](http://farn.org.ar/wp-content/uploads/2012/07/documento_resultados_rio20_final.pdf).

sivo, el desarrollo social, la protección del medio ambiente y la erradicación de la pobreza y el hambre. Asimismo, reafirmar que para lograr nuestros objetivos de desarrollo sostenible necesitamos instituciones en todos los niveles que sean eficaces, transparentes, responsables y democráticas.

Estamos en un momento crítico de la historia de la Tierra, en el cual la humanidad debe elegir su futuro, así lo expresa el preámbulo de la Carta de la Tierra.<sup>67</sup> Por lo tanto, hoy la crisis y la oportunidad vienen de la mano.

“Estamos en un momento crítico de la historia de la Tierra, en el cual la humanidad debe elegir su futuro. A medida que el mundo se vuelve cada vez más interdependiente y frágil, el futuro depara, a la vez, grandes riesgos y grandes promesas. Para seguir adelante, debemos reconocer que en medio de la magnífica diversidad de culturas y formas de vida, somos una sola familia humana y una sola comunidad terrestre con un destino común. Debemos unirnos para crear una sociedad global sostenible fundada en el respeto hacia la naturaleza, los derechos humanos universales, la justicia económica y una cultura de paz. En torno a este fin, es imperativo que nosotros, los pueblos de la Tierra, declaremos nuestra responsabilidad unos hacia otros, hacia la gran comunidad de la vida y hacia las generaciones futuras [...]”

## **Bibliografía**

CLAD, [unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0043410.pdf](http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0043410.pdf).

67. La *Carta de la Tierra* es una declaración de principios éticos fundamentales para la construcción de una sociedad global justa, sostenible y pacífica en el siglo XXI. La carta busca inspirar en todos los pueblos un nuevo sentido de interdependencia global y de responsabilidad compartida para el bienestar de toda la familia humana, de la gran comunidad de vida y de las futuras generaciones. La carta es una visión de esperanza y un llamado a la acción; es el producto de un diálogo intercultural que se llevó a cabo durante toda una década a nivel mundial en torno a diversos objetivos en común y valores compartidos. Este proyecto comenzó como una iniciativa de las Naciones Unidas, pero se desarrolló y finalizó como una iniciativa de la sociedad civil. En el año 2000, se concluyó el documento y la Comisión de la Carta de la Tierra, una entidad internacional independiente, la dio a conocer públicamente como una carta de los pueblos.

- Desarrollo Sostenible en América Latina y el Caribe: Seguimiento de la Agenda de las Naciones Unidas para el Desarrollo Post-2015 y Río+20 Documento CEPAL LC/L.3590/Rev.1, se elaboró bajo la supervisión de Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2014.
- Aguilar, Grethel; Iza Alejandro, en *Manual de Derecho Ambiental en Centroamérica. Unión Mundial para la Naturaleza*, UICN, San José, Costa Rica, 2005.
- Castillo Daudi, Mireya, “La protección internacional de la atmosfera: de la contaminación transfronteriza al Cambio Climático”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz* 1994, 1995.
- Fontaine, Guillaume, “Verde y negro: ecologismo y conflictos por petróleo en el Ecuador”, en G. Fontaine, G. van Vliet, R. Pasquis (coords.), *Políticas ambientales y gobernabilidad en América Latina*; Quito: FLACSO-IDDRI-CIRAD, 2007.
- Forcada Barona, Ignacio, “El futuro de la Gobernanza Medioambiental internacional” en *Revista de Derecho Ambiental*, N°32, Octubre/Diciembre, 2012.
- Giles Carnero, Rosa, “Un nuevo paso en la protección internacional de la atmosfera: el protocolo para la disminución de la acidificación, la eutrofización y el ozono superficial de 1999”, *Derecho y Conocimiento*, vol. I, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, 2001.
- Jorquera Beas, Daniela, “Gobernanza para el desarrollo local”, Documento de Trabajo N° 6, *Proyecto Conocimiento y Cambio en Pobreza Rural y Desarrollo*. Rimisp, Santiago, Chile, 2011.
- Juliá, Marta; Foa Torres, Jorge; Del Campo, Cristina; *Formulación de políticas públicas ambientales. Los casos de Aguas, Bosque Nativos y Residuos peligrosos*, Lerner Editorial, Abril 2013.
- Loyo Hernández, Juan Carlos, *La arquitectura de gobernanza y la gobernabilidad del sistema político venezolano. Una explicación de la estabilidad y el cambio de la democracia en Venezuela*, 2002.
- Laguna Celis, Jorge, “La gobernanza ambiental internacional y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, Noviembre 2009/Febrero 2010.
- Ojeda, L., *Gobernabilidad en la Conservación de los Recursos Naturales*, Red ECOUF, Universidad de la Florida (Manuscrito para discusión), 2005.

- Real Ferrer, Gabriel, “Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho”, *Revista de Derecho Ambiental*, N°32, Octubre/Diciembre, 2012.
- Sabsay, Daniel, *Revista de Relaciones Internacionales*, N°14, 2005.
- Sloterdijk, Peter, “La última esfera, historia de la globalización terrestre”, en *Esferas II*, Madrid, Siruela, 2004.
- Suárez, David; Poats, Susan V., “Procesos de Gobernanza Ambiental en el Manejo Participativo de Áreas Protegidas en Carchi”, *Revista Symposium*, 2008.
- Velázquez, E., “La gobernabilidad y la gobernanza de la seguridad ciudadana. Hacia una propuestas operacional”, *Borradores de Método*, N°48, Grupo Transdisciplinario de Investigación en Ciencias Sociales, Colombia, Noviembre, 2005.



# El contraderecho (el abuso y el fraude en la homologación de acuerdos concursales propuestos por sociedades concursales con quitas)

*Efraín Hugo Richard\* Juan Carlos Veiga\*\**

## **Resumen**

Al concursarse sociedades comerciales, asesores y administradores omiten la aplicación de principios generales del derecho público y privado, y, específicamente, las normas societarias para afrontar crisis económico-patrimoniales. Se analiza la ilegalidad de quitas a acreedores en procedimientos concursales de sociedades.

Palabras clave: crisis societaria, insolvencia, concursos, quitas.

\* Director del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y Profesor Emérito, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral, Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional de Tucumán, la Católica de Salta y la Santo Tomás del Norte Argentino. Miembro de Número y Director del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; Miembro Emérito del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, coordinador del Comité Académico y ex Vicepresidente Académico. CONEAU investigador categoría 1. Consultor externo de CONICET; richardefrainhugo@gmail.com.

\*\* Director del Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán, de la que es Profesor Titular por Concurso de Derecho Comercial y fue Decano. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ex Rector de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino. Ex Presidente del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tucumán. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comercial. CONEAU investigador Categoría 1; jcveiga@estudioveiga.com.ar.

## **Counter claim (abuse and fraud in the homologation of bankruptcy agreements proposed by commercial societies with reductions)**

### **Abstract**

When tendering commercial societies, advisers and administrators avoid the implementation of general principles of public and private law and specifically the company law regulation to face the economic crisis. The illegality of reductions to creditors in bankruptcy proceedings of societies is analyzed.

Keywords: corporate crisis, insolvency, bankruptcy, debt reduction.

### **I. Introducción**

Los principios básicos de derecho se basan en la buena fe, evitar el daño o la continuidad de las acciones dañosas, en no abusar del derecho ni cometer fraude a la ley.

Conforme a ello, se aboga frente a las crisis patrimoniales de las personas jurídicas –particularmente de las sociedades comerciales– un abordaje inmediato de las mismas para evitar más daño a la propia sociedad, al mercado donde compite, a los socios y a terceros, en especial, a los trabajadores. Se aborda el tema a través de diversas acciones, particularmente las llamadas concursales. Pero, sorprendentemente, no se habla de las previsiones imperativas contenidas en la propia legislación societaria para impedir la insolvencia.

Correlativamente, se intenta instalar la idea de que cualquier quita que se pueda imponer a los acreedores de una sociedad es lícita si se logran las mayorías de voluntades –incluso con la cuestionada participación de terceros–, generándose importantes esfuerzos en la doctrina que intentan encontrar pautas para la calificación de abusivos de los acuerdos con quitas y esperas.

Ante ello y a falta de un análisis de este aspecto, debemos postular que los problemas de las crisis de sociedades son atendidos por la ley específica.

Corresponde en las sociedades distinguir entre cesación de pagos e insolvencia. La primera se genera –entre otros supuestos– cuando el activo corriente es inferior al pasivo corriente. La segunda se corresponde con la falta de patrimonio neto, es decir, con la pérdida del capital social.

## **II. La crisis de las sociedades. La pérdida del capital social**

La constatación de la pérdida del capital social determina contablemente que los socios han perdido totalmente su inversión. La ley societaria les otorga la posibilidad de reintegrar o aumentar el capital social, evitando la liquidación. El apartarse de tales conductas importa generar responsabilidad a los administradores y a los socios (art. 99 LSA). Esto se integra a la llamada responsabilidad social empresaria, y el apartamiento aparece hoy como una violación al orden público, si se constata que la sociedad ha continuado su giro contaminando el mercado, perjudicando a los acreedores posteriores, comprometiendo la conservación de la empresa y el empleo. En tal supuesto, el intento de homologación de un acuerdo de quita implica un abuso de derecho para que los socios no asuman obligaciones y se enriquezcan, a costa del empobrecimiento de los acreedores y la posibilidad de violentar la ley de sociedades.

Se podría aceptar la quita frente a un empresario individual, pero difícilmente ante el concurso de una sociedad.

La necesaria integración del sistema concursal con el societario ante la crisis de las sociedades comerciales viene siendo reclamada por un sector calificado de la doctrina española y argentina. Es difícil pensar en exigir un sistema concursal eficiente si los administradores de las sociedades en crisis no han adoptado las medidas preventivas que pongan en resguardo el medio técnico organizativo que la legislación societaria ha puesto a su alcance.

## **III. Actores en las crisis societarias**

Frente a situaciones de crisis de sociedades, Truffat, Barreiro y Lorente bien sostienen que la cuestión debe ser decidida por los socios. Pero, a sabiendas, los administradores omiten poner a consideración de los socios la causal de pérdida del capital social –prácticamente la única que autorizaría una quita– presentando a la sociedad en concurso, obteniendo una mera

ratificación por ellos de esa conducta violatoria de normas imperativas de la ley de sociedades, y luego presentan una propuesta de quita traspasando a los acreedores la obligación de los socios de reintegrar o capitalizar la sociedad.

Truffat, en el VIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (México DF, mayo de 2012) y ya antes, en el V Congreso del mismo instituto (Montepulciano, Italia, 2009) sostuvo que “el derecho es un sistema complejo dentro del que se inserta el derecho concursal. Incluso, el derecho concursal no se limita al proceso concursal –sea administrativo o judicial–”. Formalizó, además, una referencia fundamental al “esfuerzo compartido” sobre la asunción de los costos de la crisis.

Con la corrección de estas tres afirmaciones del distinguido colega, se abre, en la renovada agenda concursal y para la crisis societarias, un diálogo indispensable entre derecho societario y concursal. Se impone entonces, pensar el derecho en pos de articular soluciones y con una visión integrativa del sistema jurídico.

Será necesario entonces señalar algunas consecuencias si en el concurso no se hubiera atendido la imperatividad de las normas societarias.<sup>1</sup>

#### **IV. Cesación de pagos e insolvencia**

La especialista en Sindicatura Concursal Prof. Celina Mena,<sup>2</sup> con una visión contable-económica, señala en relación a la “cesación de pagos” e “insolvencia” que “no es lo mismo, porque la insolvencia se manifiesta en el patrimonio; este es el que no puede hacer frente al pasivo y el remedio en principio es liquidativo”. La cesación de pagos es un problema financiero y económico. Este problema se manifiesta por la falta de capital de trabajo.

1. Richard, E. H., “La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)” en *Summa Concursal*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, tomo I, 2012, p. 543.

2. Mena, C. M., “Cesación de pagos vs. Insolvencia”, p. 48 en el libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía*, Ed. Lerner, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis, Pablo Van Nieuwenhoven, coords.: E. Daniel Truffat, Marcelo Barreiro, Carlos Roberto Antoni Piossek, Ramón Vicente Nicastro, Córdoba, 2008.

Esto se puede revertir o agravar según la empresa sea viable o no, es decir, de acuerdo a sus resultados.

Esa referencia a la teoría amplia (sobre la cesación de pagos), que sería a la que adhiere nuestra legislación concursal, apunta a considerar la cesación de pagos como un estado del patrimonio que no es capaz de afrontar sus obligaciones en forma generalizada y permanente y que se manifiesta a través de diversos hechos reveladores, entre ellos, el incumplimiento, la venta a precio vil, el cierre del establecimiento, etc., y cualquier otro medio que demuestre o revele la incapacidad del deudor para hacer frente a sus obligaciones en forma generalizada y permanente en donde el incumplimiento es uno de los hechos reveladores, pero no es necesario que exista para que exista la cesación de pagos: “En definitiva, la jurisprudencia y la doctrina no advierten una diferencia entre ambos conceptos y los usan indistintamente, sin embargo, a nuestro entender, existe una diferencia importante, adquiriendo un grado mayor de gravedad la insolvencia. El estado de cesación de pagos se refiere a la incapacidad de pagar en tiempo y forma y la insolvencia cuando además del estado de cesación de pagos, no hay patrimonio neto...”. Obviamente, el último aspecto destacado por la distinguida profesional describe una causal de disolución: *la pérdida del capital social*.<sup>3</sup>

Casadio Martínez, con su doble perspectiva profesional, se refiere a esa cuestión: “Según Argeri, en cuanto al concepto de cesación de pagos, para una corriente de opinión es sinónimo de desequilibrio aritmético entre activo y pasivo patrimonial (Salvat, García Martínez, entre otros), mientras que hay quienes hacen hincapié en las cantidades y no en la imposibilidad de cancelar las obligaciones... Por su parte, Quintana Ferreyra realiza una amplia revisión de las concepciones de la doctrina y sostiene que –en su opinión– los términos cesación de pagos, insolvencia y quiebra económica son equivalentes... No obstante, otra línea jurisprudencial distinguió ambos conceptos, postulando que no cabe confundir cesación de pagos con insolvencia. Aquella constituye el fundamento para la declaración de quiebra pero no necesariamente implica que el deudor sea insolvente, entendiendo por tal un pasivo superior al activo...”.<sup>4</sup> Marcando aspectos negativos del

3. Richard, E. H., “La empresa: su organización y crisis” en *RDCO* N°253 marzo-abril 2012, p. 407.

4. Casadio Martínez, C. A., *Informes del síndico concursal*, Buenos Aires, Ed. Astrea,

patrimonio social, la pérdida del capital social –insolvencia– y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciables que se entrecruzan.

Cuando se exige que en el informe general, en caso de sociedades, el síndico debe informar si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter estamos aludiendo a su responsabilidad por no haber dotado adecuadamente la sociedad que constituían, generando una nueva persona jurídica infrapatrimonializada para el cumplimiento de su objeto social. ¿O es que crearon un sujeto dañino para los terceros que contratarían, pues su patrimonio no era suficiente para cumplir las obligaciones que contraerían, no existiendo ningún plan de negocios razonable para asumir tal “aventura”?

No se trata sólo de asegurar el aporte efectivamente comprometido, sino también el que era necesario para el normal desenvolvimiento de la sociedad y no perjudicar a terceros con una sociedad infrapatrimonializada, o sea, comprometiendo aportes insuficientes para el cumplimiento del objeto social que ellos libremente habían fijado. Obviamente, ello constituye una causal de disolución que debió ser atendida en el caso de las sociedades concursadas.

Es fundamental que el síndico se refiera a qué previsiones adoptaron los administradores sociales desde que aparecieron dificultades, si las pusieron en conocimiento de los socios y las medidas adoptadas por estos para cumplir con las normas imperativas de las sociedades en torno a causales de disolución, su remoción o iniciación inmediata de la etapa de liquidación, con las responsabilidades consiguientes.

Se trata, ni más ni menos, de que el síndico analice los balances y señale si la crisis era una mera cesación de pagos, por desbalance entre activos y pasivos corrientes, o si se había perdido el capital social, con patrimonio neto negativo. Y en este último supuesto, si se convocó a los socios o estos tomaron conocimiento de ese estado patrimonial a fin de adoptar las soluciones previstas por el art. 96 LSC. En caso afirmativo, el síndico debería informar sobre los daños generados y las responsabilidades a tenor del art. 99 LSC.

---

2011, pp. 170 y ss.; la jurisprudencia citada corresponde a CNCom, Sala B 24.3.81 LL 1981-C-615.

Por lo que acabamos de determinar, “the best interest of creditors”, o sea, la apreciación de que es correcto aceptar una propuesta donde se ofreciera una quita inferior a la que se recibiría en la liquidación del acervo patrimonial parece correcta frente a la liquidación de un patrimonio individual, pero inaceptable en el caso de una sociedad, pues si ello ocurriera –salvo casos de desastres– se abrirían acciones de responsabilidad contra administradores y socios, pues la liquidación se debió iniciar cuando había desaparecido el capital social y por lo menos contablemente se podía satisfacer el 100% del pasivo. En este aspecto, la mera comparación –intentando aplicar la previsión del art. 52 2. iv) LCQ– de la propuesta apoyada por la mayoría y los montos de activo y pasivo señalados por el síndico en el informe general (art. 39 2 y 3 LCQ) pueden llevar a equívoco. La comparación inicial debería ser frente a las manifestaciones e información de la sociedad concursada presentadas conforme requiere el art. 11 3. 4. y 5 LCQ. Una diferencia entre esta información y la brindada por el síndico puede devenir de dos factores: una sobrevaluación del activo por parte de la deudora o un ocultamiento de pasivo. En estos casos, se abrirían acciones de responsabilidad previstas en el art. 99 LSC y/o del art. 173 LCQ en caso de quiebra, sin descartar previsiones penales según el caso.<sup>5</sup>

## **V. Los acuerdos concursales y la quita a los créditos**

Volvamos ahora sobre un aspecto substancial de la propuesta que el juez debería considerar *ab initio*.

Primero, respecto a la propuesta de quita en cualquier concurso. La quita no debería superar la tercera parte de los créditos –calculado el costo de las esperas– para no incurrir en la confiscatoriedad del derecho de propiedad de los que no aceptaron la propuesta o los que no pudieron –por cuestiones procesales concursales– expresar su voluntad. Sobre el punto

5. Una situación muy particular resultaría de un aumento del pasivo significativo, como obligaciones posconcursoales (que deberían integrar el informe del síndico art. 39 3 LCQ) que podría estar indicando la inviabilidad de la empresa, o también estar significando la pérdida del capital social, situación prevista en la legislación societaria, que no es absorbida por la situación de concurso.

nos hemos expedido.<sup>6</sup> De no mediar conformidad expresa no puede entenderse que por medio de un acuerdo concursal se pueda conculcar el derecho de propiedad de los acreedores que no adhieren a la propuesta de acuerdo o que no pueden expresar su opinión por el estado de la causa. Así también lo entendió el Juez Arcaná en “Villafañe, Juan Agustín s/ Concurso Preventivo, en Mendoza, el 10 de Julio de 2008,<sup>7</sup> particularmente con las expresiones sobre la legalidad de la propuesta económica: “ha contrariado la finalidad económico-social del mismo que, en la especie, no está solamente dada por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino también por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores, la cual naturalmente resulta negada cuando la pérdida que se les impone es claramente excesiva” (“Arcángel Maggio SA p/Concurso Preventivo” Suplemento LL “Concursos y Quiebras” 24/04/2.007, p. 48 y ss.). La propuesta presentada, tanto en su ínfimo porcentaje (10 %), como en el plazo de pago, el plazo de gracia, la indeterminación del comienzo del término y la falta de contabilización de intereses por el lapso de espera al que se somete el pago de los créditos, resulta en rigor una quita superior a la mera expresión de la merma prevista, una licuación total del pasivo y una clara afectación del derecho de propiedad de los acreedores. Un verdadero abuso del Derecho”.<sup>18</sup>

Lo fundamental es determinar que una quita y espera empobrece a acreedores quirografarios y enriquece directamente a socios de la sociedad concursada, rompiendo así la axiología jurídica y el valor justicia que tiende a asegurar el equilibrio en los repartos, justamente bien logrado en la última crisis, en las relaciones individuales al hacer soportar a ambas partes los efectos de las medidas económicas.

6. Cfme. Palazzo, J. L. - Richard, E. H., en “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Tomo I, Rosario, 2006, p. 715.

7. Richard, E. H., “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)” en *RDCO*, jurisprudencia anotada, N°234, Ed. Abeledo Perrot, Enero Febrero 2009, p. 79.

8. Múltiples artículos en torno a la confiscatoriedad de los porcentajes de la Resolución N°125/08 del 11 de marzo de 2008 del Ministro de Economía liberan de más comentarios de quitas tendientes a soslayar la capitalización de la sociedad, sencillo método societario para superar las crisis económico-financieras de la sociedad de la que son propietarios.

Y el análisis sobre la confiscatoriedad de la propuesta –y del acuerdo por mayoría, en su caso– debe formalizarse para asegurar el derecho constitucional de propiedad de los que no han prestado su conformidad, pero que sufrirán los efectos de ese acuerdo ilegal.

## **VI. La quita en los concursos de sociedades como abuso**

Ahora pongamos un nuevo límite: el abuso de la quita en una propuesta de acuerdo por una sociedad.

“El concepto de abuso, como acción y efecto de abusar, es usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien (Real Academia Española *Diccionario de la Lengua Española*, 2002). El art. 1.071 del C. Civil, luego de recordar que el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto, agrega: “La Ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlo o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. Como lo reafirma Lidia Vaiser, el art. 1.071 del C. Civil resulta, sin dudarlo, una norma fundamental en la restricción del abuso y un soporte monumental en el plano de todo conflicto jurídico, cualquiera fuere la esfera normativa que aborda en su núcleo central (“El Abuso de Derecho en los Procesos Concursales” JA 2.003 -IV- 1.328). A ello debe agregarse el contenido del art. 953 del C. Civil que sanciona con nulidad absoluta (art. 1044 C.C.) este tipo de actos.

De constatarse en un balance social que existe patrimonio neto neutro o negativo, con su aprobación se ha acreditado la existencia de la causal de disolución de pérdida del capital social (art. 94 5º LSA) que impone la liquidación para preservar a los acreedores, que sólo puede ser evitada de reintegrar o aumentar el capital social (art. 96 LSA) y en apartamiento genera la responsabilidad de administradores y socios (art. 99 LSA).

En el caso, el derecho de proponer quitas implica un real abuso de derecho frente a su obligación incumplida de reintegrar o aceptar la capitalización de la sociedad.<sup>9</sup>

9. Fimmano, F., “L’allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en *Revista delle società*, Milán, Giuffe Editores, 2010, p. 57 y siguientes.

Y si no hubiera tal pérdida del capital social, a asumir por las previsiones de la ley societaria, sería un abuso de derecho pretender una quita, pues la crisis podría afrontarse con una mera espera difiriendo el pasivo corriente, hasta que pueda ser atendido por el activo corriente.

Con relación al fraude a la Ley, Adolfo Rouillon expresó: “Genéricamente, ella se refiere a cualquier acto o actividad enderezados a soslayar, contradecir o de cualquier modo burlar disposiciones imperativas” (*Régimen de Concursos y Quiebras*, Ed. Astrea, 15<sup>a</sup> ed., p. 155). Y que los socios y administradores continúen el giro social habiendo perdido el capital social, sin reintegrarlo e incumpliendo así con una norma imperativa de la ley, intentando cubrir su personal obligación con quitas impuestas a los acreedores implica un claro fraude a la ley societaria.

Bastará advertir que no se adoptaron soluciones societarias, que no se afrontó la crisis oportunamente, que sólo se exige un sacrificio a los acreedores, para que la propuesta no pueda sea homologada, por abusiva<sup>10</sup> en fraude a la ley al haberse omitido las soluciones societarias. Allí se abrirá –pues estamos ensayando sobre sociedades– el proceso previsto en el art. 48 LCQ.<sup>11</sup>

## VII. Conclusiones

En conclusión, con lo expresado nos referimos específicamente a la resolución de homologación de la propuesta, cuando la misma contiene quitas que implican un quiebre del sistema y una afrenta a los principios de justicia y equidad.

Sostenemos que la apreciación judicial debe versar en primer lugar sobre la existencia o no de propuesta en los términos de la ley, o sea que no bastará determinar la quita y espera pretendida, sino si la misma se encuentra debidamente integrada con el régimen de administración y el comité de

10. Richard, E. H., “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada”, en *Summa Concurzal*, tomo II, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2012, p. 1945.

11. La abusividad es calificada si para imponer la mayoría aparece un tercero adquirente de un crédito que se “despoja” de su derecho, que no aparece ningún elemento de seriedad –ni antes ni después de la apertura del concurso– para enfrentar la crisis, ni plan ni régimen de administración y disposición para cumplir el acuerdo, ni libros, ni conformación del comité de control.

control debidamente apoyado por los acreedores. En segundo lugar, si la propuesta integrada es imputable a la sociedad.

Es necesario frente a la crisis patrimonial de la sociedad comercial, recurrir a la normativa societaria que contiene disposiciones imperativas para impedir el estado de insolvencia.

El abuso de derecho y el fraude a la ley resultará claro cuando, en caso de sociedades, los administradores no hayan cumplido con las previsiones del derecho societario, trasladando el problema a la decisión de los socios y estos no hubieren intentado superar la pérdida del capital social (conservación de la empresa), con desembolsos propios o invitando a los acreedores a compartir el riesgo –capitalización del pasivo art. 197 LS–, que en el concurso conllevan a integrar la propuesta.

El administrador societario que no observa las normas de la ley de sociedades no puede encontrar en la Justicia, a través de la homologación de un acuerdo concursal que empobrece a los acreedores y enriquece a los socios, la salida a una crisis societaria cuando no realizaron el esfuerzo que les impone la ley societaria, ni afrontaron el esfuerzo compartido que imponen reglas de equidad y justicia.

La visión integradora del sistema jurídico exige que derecho concursal y derecho societario en diálogo permanente, piensen el derecho y encuentren soluciones a las crisis, sin que exista disparidad en los esfuerzos que se requiere a los actores de las mismas.

Pretendemos un aporte para la meditación, pues muchos las profundizarán y otros las cuestionarán. Pero ese es el método de construir un sistema jurídico y judicial más eficiente, particularmente respetando los criterios de equidad, justicia y esfuerzo compartido (*absolute equity rule*).

No hacerlo significaría afectar el orden público.<sup>12</sup> Es acorde la jurisprudencia, siguiendo la prestigiosa doctrina, que el orden público es el “conjunto de principios eminentes a los cuales se vincula la digna subsistencia de una organización social establecida que no pueden ser alterados por la

12. La CNCom Sala E en sentencia del 12 de octubre de 2012, en “Achinelli, Alberto P. c/ Agropecuaria Los Molinos S.A. y otro”, consideró violado el orden público societario por una violación de competencia del órgano de gobierno por el órgano de administración (Newsletter Derecho Comercial 11.03.2013, Abeledo Perrot).

voluntad de los individuos” (c.c.: 21, conf. Llambías, J. J., *Tratado de derecho civil - Parte General*, T. I, nros. 184, 195 y 197, 1973, pp. 158, 163 y 197).

Ha expresado Otaegui que hay una difundida opinión “consistente en que la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (LSC) es de orden público o al menos de interés público. La naturaleza de orden público de la LSC es cuestionable partiendo del supuesto que el orden público es la base esencial de un estado plasmada en su constitución, sea esta estatutaria o consuetudinaria. Así, en nuestro caso hay un orden público prescripto en la Constitución en los llamados derechos constitucionales de primera generación o sean los derechos constitucionales generales (Constitución Parte Primera), a los que se sumaron los derechos constitucionales particulares de segunda generación o sean los derechos laborales (CN art. 14 bis) y los derechos constitucionales de tercer generación o sean los derechos sociales (C. Nacional arts. 41, 42). Los derechos constitucionales de primera generación son los atinentes a la libertad (CN arts. 14, 15), la propiedad (CN art. 17), la seguridad y la justicia (CN art. 18), y la vida (CN art. 33) sin el que los anteriores carecerían de razón de ser. [...] No hay aquí mención alguna a un orden público societario aunque las relaciones societarias si bien libradas a la autonomía de la voluntad, deben respetar al orden y la moral pública (Constitución Nacional art. 19). [...] Es por esto que el C. Civil, base del C. de Comercio (C. Com. regla I, art, 207), pone los límites de sus arts. 21 y 953 entre otros [...]. Hay, por cierto, un orden público laboral y un orden público social pero no hay un orden público societario”. Pero, en cuanto aparece comprometida la continuidad del giro empresario –objeto de la sociedad–, aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y la conservación del empleo, además de la afectación del derecho de propiedad con el intento de imponer quitas a los acreedores, enriqueciendo a los socios que intentan así sustituir su obligación de reintegro del capital social.

El gran desafío para el derecho es mantener la empresa viable, con pleno empleo, evitando mayor marginación y sin que signifique afectar la competitividad ni dañar el mercado. Parece fundamental tener presente que el derecho concursal excede la interpretación de la ley concursal. Esta visión limitada impide afrontar el desafío de un derecho concursal eficiente. Cualquier reforma que margine el sistema jurídico y se reduzca al proceso concursal carecerá de todo sentido.

## **Bibliografía**

- AAVV, *Por un mejor Derecho Concursal*, 3 tomos, San Miguel de Tucumán, 2012.
- Casadio Martínez, Claudio, *Informes del síndico Concursal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011.
- Dasso, Ariel Ángel, *Derecho Concursal Comparado*, Tomos I y II, Ed. Legis, Buenos Aires, 2009; Tomo III, Ed. Legis, Buenos Aires, 2012.
- Etcheverry, Raúl y Junyent Bas, Francisco (dirs.), *Summa Concursal*, 5 tomos AAVV, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- Etcheverry, Raúl y Richard, Efraín Hugo (dirs.), *Summa Societaria*, 6 tomos AAVV, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- Martorell, Ernesto (Director), *Ley de Concursos y Quiebras comentada*, 5 tomos AAVV, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012.
- Pulgar Ezquerria, Juana, *Preconcurso y Acuerdos de Refinanciación. Adaptado a la ley 38/2011 del 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, Ed. La Ley, grupo Welters Kluger, Madrid, julio, 2012.
- Richard, Efraín Hugo, *Perspectiva del derecho de la insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2010.
- Richard, Efraín Hugo y Muiño, Orlando Manuel, *Derecho Societario*, 2 tomos, Ed. Astrea, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2007.



# Contrato estimatorio

*Alejandro D. Dabah\**

## **Resumen**

El extraordinario desarrollo que tuvo el comercio a partir de la segunda mitad del siglo xx, estimulado por la constante competencia entre empresas, impuso a los comerciantes la necesidad de tener en su poder cantidades suficientes de mercadería para satisfacer las demandas de sus clientes. No obstante, se advierte que esa labor de aprovisionamiento obligó a los empresarios a asumir un riesgo económico que no siempre están en condiciones de afrontar, dado que la reventa de productos suele resultar azarosa en virtud de oscilaciones del mercado que muchas veces no pueden preverse ni evitarse.

El contrato estimatorio cumple una función preventiva de tal riesgo pues permite a los comerciantes estar abastecidos de mercaderías, que no adquieren en propiedad ni deben abonar antes de producirse las reventas, pero que pueden, sin embargo, transmitir y lucrar con esa enajenación como si fuesen propias, con las únicas limitaciones que surgen de la propia naturaleza del acto.

Nuestros Códigos Civil y de Comercio no regulan ni mencionan este contrato, pero es indudable que en la actualidad tiene gran aplicación práctica, aunque debemos reconocer que bajo el nombre de “consigna-

\* Abogado (1995), Profesor Adjunto Regular de la materia Contratos Civiles y Comerciales (UBA y UB) y de la materia Derecho Internacional Privado (UCES); adabah@estudiomd.com.

ción”. Si bien existen algunas coincidencias entre el contrato estimatorio y la consignación, creemos que se trata de dos figuras autónomas, que necesariamente deben distinguirse entre sí, en atención a sus naturalezas jurídicas.

Palabras clave: contrato estimatorio, consignación, comerciante, mercaderías, obligación facultativa, derecho de disposición.

## **The *Aestimatum* Contract**

### **Abstract**

The extraordinary development of trade as of the second half of the 20<sup>th</sup> century, driven by growing competition among companies, obliged merchants to have available sufficient amounts of goods to meet the requirements of their clients. However, the stocking of goods has obliged businessmen to assume an economic risk that they are not always able to face, since the resale of products is often unpredictable due to market shifts that cannot always be foreseen or avoided.

The *Aestimatum* Contract affords protection against such risk since it enables merchants to maintain stocks of goods without having to acquire title to such goods or pay for them before the goods are resold but may, however, sell and profit from the sale as if the goods were their property, subject only to the limitations arising out of the nature of the act itself.

The Argentine Civil and Commercial Codes do not regulate or mention this contract, despite there is no doubt regarding its current widespread use, admittedly under the name of “consignment agreement”. Though there are some coincidences between the *aestimatum* contract and consignment agreements, we believe they are two independent figures that must be distinguished from each other on the basis of their legal nature.

Keywords: contract *aestimatum*, consignment, merchant, goods, facultative obligation, right of disposition.

## I. Consideraciones previas

El hecho de almacenar mercaderías o *stocks*<sup>1</sup> permite a los comerciantes disponer de los productos necesarios para satisfacer la demanda de sus clientes en el momento que lo precisan, en el lugar deseado y en la cantidad requerida. Pero esa actividad de acopio, pese a las innegables ventajas que presenta para el desenvolvimiento del comercio actual, no está exenta de riesgos.

En efecto, el *stock* de mercadería importa una inmovilización financiera que, hasta el momento de concretarse la reventa, producirá un coste que variará en función del medio financiero que se haya elegido. Así, pues, si el capital que se ha utilizado para la compra de mercadería proviene de un préstamo concedido por un banco u otra entidad financiera, el coste de esa inmovilización monetaria habrá de asimilarse a los intereses que deban abonarse por la deuda asumida; en tanto que si el capital empleado se deduce de fondos propios de la empresa, entonces la operación supondrá un coste que los especialistas llaman “de oportunidad”, ya que implica sacrificar los beneficios que razonablemente podrían esperarse de ese capital en caso de haberse invertido en otra operación.

Por cierto, el riesgo de generar *stock* de mercadería puede agravarse aún más si el comerciante no logra concretar la venta prevista –o si debe hacerla a un precio menor al que adquirió el producto (por ejemplo, porque se trata de un producto perecedero que está próximo a vencer)–, lo que supondría una pérdida que, en ocasiones, podría afectar negativamente el desenvolvimiento del negocio. De allí que, desde antaño, los comerciantes busquen herramientas que les permitan disponer de cantidades suficientes de productos para ofrecer a sus clientes, pero sin tener que afrontar los peligros que derivan de la falta de enajenación futura.

Uno de los instrumentos que cumple esa función preventiva es el *contrato estimatorio* que, pese a las distintas denominaciones que se le han

1. La palabra inglesa “stock” es utilizada para indicar un depósito de mercaderías, materias primas u otro objeto cualquiera. El hecho de almacenar existencias o *stocks* es una actividad económica que, como toda actividad de esa índole, tiene como fin la satisfacción de las necesidades humanas con medios materiales escasos, apropiables y susceptibles de usos alternativos. Al respecto véase F. Parra Guerra, *Gestión de Stocks*, Madrid, ESIC Editorial, 2005, p. 15.

dado, es un acuerdo de voluntades por el cual una parte (comúnmente denominada consignante o *tradens*) se obliga a entregar a otra (denominada consignatario o *accipiens*) un bien no registrable de su propiedad –que ambas estiman en un valor pecuniario determinado o determinable–, pudiendo el *accipiens* adquirir esos bienes para sí, transmitirlos a un tercero o devolverlos a su dueño de no concretarse las operaciones anteriores. En las dos primeras hipótesis, el *accipiens* deberá el precio estimado con el derecho de retener, en su beneficio, el sobreprecio que hubiese obtenido en caso de haberlo vendido a un tercero; en cambio, si hubiese optado por restituir el bien a su dueño, nada deberá al *tradens* por el tiempo en que este se ha visto privado de su poder de disposición.

Vemos, pues, que esta modalidad contractual constituye una herramienta muy útil para los comerciantes –principalmente minoristas– dado que les permite obtener cantidades suficientes de mercaderías, que no adquieren en propiedad, pero que pueden, sin embargo, transmitir y lucrar con esa enajenación como si fuesen propias, con las únicas limitaciones que derivan de la naturaleza del acto.

Sobre la base de estas ideas iniciaremos el estudio del contrato estimatorio, no sin antes aclarar que el tema ha suscitado diversas opiniones doctrinarias, principalmente en lo relativo a su naturaleza jurídica, que ameritan un análisis más exhaustivo de los rasgos que lo caracterizan a fin de evitar la confusión que suele darse con otras figuras que, pese a contar con una regulación específica dentro de nuestro ordenamiento jurídico, suelen confundirse entre sí.

## II. Origen y evolución

La mención más antigua al contrato estimatorio puede encontrarse en el Título III, Libro XIX, del Digesto que, bajo la rúbrica de *aestimatum*, afirma que es el acuerdo en virtud del cual una persona (*tradens*) entrega a otra (*accipiens*) una cosa para que esta última la venda y entregue el precio estimado (de ahí la designación de *aestimatum*) o devuelva la cosa intacta en caso de no producirse la venta.

Pese a la claridad de ese concepto, algunos autores cuestionan que el *aestimatum* haya sido conocido en el Derecho antiguo por hallarse inserto en un *corpus* doctrinal cuya autenticidad está controvertida en virtud de ha-

ber sufrido notables alteraciones durante la compilación justiniana.<sup>2</sup> Esto llevó a afirmar que la primera regulación cierta del contrato estimatorio sea la contenida en el Código bávaro de 1756<sup>3</sup> (también denominado *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*) que dedicó parte del párrafo IV, capítulo XII, a regular diversas situaciones vinculadas a esta figura.

El rasgo distintivo del estimatorio dentro de esa legislación fue considerar que el *accipiens* adquiriría la propiedad de la cosa desde el momento de la tradición, lo que importó dotar a este acuerdo de efecto traslativo de dominio. Esta solución, empero, no hizo más que contradecir la obligación alternativa del consignatario de restituir la cosa o pagar el precio convenido porque, si hay transmisión de dominio, no cabe la posibilidad de restitución, salvo que se celebre una nueva convención o se extinga el contrato por alguno de los medios que contempla la ley (por ej., condición resolutoria).

Algunos juristas<sup>4</sup> sostienen que esa contradicción obedece a una equivocada interpretación de las fuentes romanas. En efecto, cuando Boehmer afirmó que el contrato en estudio transfiere la propiedad de la cosa, lo hizo citando como fuente el frag. 10 D. *de iure dotium*, lo que permite inferir que el legislador bávaro confundió dos situaciones jurídicas antagónicas: la entrega de la dote estimada al marido (regulada por la fuente romana) y la entrega de una cosa para que otra persona proceda a venderla.

2. Véase, al respecto, A. D'ors, "Derivación vulgar y bizantina del contrato estimatorio de Ulpiano", *Rev. Prudencia Iuris*, 2000, N°51, p. 55, quien sostiene que "fueron los Compiladores, con su afición 'clasicista' a dar nombres a las acciones los que inventaron la *actio de aestimatio* o *aestimatoria* como tipo especial de la *actio praescriptis verbis* de Ulpiano. La inventaron como acción *proposita* en el Edicto, cuando la *actio praescriptis verbis*, que Ulpiano daba incidentalmente para ese caso de venta atípica, nunca pudo ser objeto de una cláusula especial del Edicto, ni de una fórmula exclusiva para el contrato estimatorio enunciado en el Edicto pretorio. Parece evidente que tenemos aquí la misma mano que escribió en Inst. 4, 6, 28: *praescriptis verbis quae de aestimato proponitur* (también para la *permutatio*, vid. *Infra*). El mismo verbo *proponere* (insólito para acciones como esta) en presente indica que no se trata del Edicto, sino de la doctrina jurisprudencial recibida por los Compiladores".

3. Este Código fue obra de Javier Aloisius de Kreittmeyer y su contenido se aproxima más a un tratado de jurisprudencia que a un Código propiamente dicho.

4. J. M. Muñoz M. Planas, *El Contrato estimatorio*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963, p. 112.

Lo expuesto permite colegir que el código en estudio no logró captar la esencia funcional de este contrato porque, al atribuirle efecto traslativo de dominio, no hizo más que asimilarlo a una especie de compraventa sujeta a condición. De ahí que su mención como antecedente legislativo pueda reputarse más anecdótica que útil a la hora de delimitar sus rasgos característicos.

La segunda regulación legal del contrato que nos ocupa la encontramos en el Código General prusiano de 1794. Allí se expresa que el estimatorio tiene lugar cuando una persona entrega una cosa suya a otra para venderla a un precio determinado, bajo la condición de restituir la misma cosa o el precio dentro del término convenido.<sup>5</sup>

La definición transcripta otorga al “término convenido” el carácter de elemento esencial particular de la figura en examen, sin advertir que el fin propio de este acuerdo puede cumplirse aun cuando las partes no hayan determinado el período de tiempo dentro del cual el consignatario cumplirá su cometido.<sup>6</sup> Esta última explicación explica por qué el plazo del contrato no haya encontrado eco en la codificación moderna como elemento esencial particular, con la sola excepción del A.B.G.B. austríaco de 1811 que introdujo, en sus arts. 1086<sup>7</sup> y 1088,<sup>8</sup> un criterio similar al del Código prusiano.

Más allá de los antecedentes mencionados, lo cierto es que el estimatorio no tuvo mayor trascendencia legislativa sino hasta 1942 cuando el legislador italiano decidió incorporarlo al *Código Civile*, adquiriendo así la categoría de negocio autónomo y siendo objeto de regulación por parte del resto de la codificación moderna, según lo veremos más adelante.

5. Art. 511 del Cód. de Prusia.

6. Entre otros, N. Coviello, “Del contratto estimatorio”, *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 1893, p. 25.

7. Art. 1086: “Cuando alguien entrega sus bienes muebles a otro por un cierto precio para su venta, con la condición de que el tomador dentro de un período de tiempo previamente estipulado le entregue el dinero de la venta o bien le reintegre el bien”. “Así al dador no se le faculta la devolución del bien antes de que transcurra el tiempo estipulado, el tomador sin embargo debe pagar el dinero de la venta luego de su vencimiento”.

8. Art. 1088: “Si el bien, el precio o el plazo de pago no estuviese determinado, el tomador será visto como que tiene el bien por la fuerza. En ningún caso el bien encomendado para la venta podrá ser exigido a un tercero, a quien le ha sido entregado por el tomador de manera honrada”.

### III. Denominación y concepto

La doctrina contemporánea suele discurrir sobre el concepto de “contrato estimatorio”. La finalidad de esta labor es trazar con nitidez los rasgos que lo caracterizan, de manera que aquello que no se sitúe dentro de esas líneas forme parte de los alcances que pueden conferírsele, sea dentro del terreno científico o legislativo.<sup>9</sup>

Pero a poco de examinar el tema se advierte cierta complejidad que alcanza incluso a la propia denominación. En efecto, algunos autores sostienen que el término *estimatorio* debería reemplazarse por el de *consignación* para adecuarlo así a la terminología que utilizan los comerciantes en ocasión de referirse a esta especie de negocio jurídico.

Nosotros rechazamos esta postura porque entendemos que, desde el punto de vista técnico, la consignación y el contrato estimatorio son figuras disímiles que presentan naturalezas propias. En efecto, en el contrato estimatorio el *accipiens* actúa en nombre e interés propio y se halla investido de poder jurígeno suficiente para pactar libremente las condiciones en las que transmitirá la cosa dada por el *tradens*; mientras que en la consignación no se advierte esa libertad pues el consignatario actúa por cuenta del comitente (aunque en nombre propio) y debe rendir cuentas de su gestión. De ahí que deba rechazarse cualquier intento de asimilación, aunque sólo sea terminológico, pues ello podría generar dudas sobre la naturaleza y los efectos del contrato que han querido celebrar las partes.

Por cierto que la multiplicidad de denominaciones no es el único obstáculo que hallamos en el estudio de este contrato: también debemos enfrentar el problema relativo a la delimitación de su concepto ya que la doctrina, pese a los esfuerzos realizados, no ha podido arribar a una definición compartida por todos. Ello nos obliga a efectuar un breve repaso de las principales posiciones de autores que reflejen esa profusión de criterios, para luego concluir con nuestra propia definición

En este sentido, advertimos que algunos autores afirman que el contrato estimatorio es aquel en virtud del cual “una de las partes entrega a otra determinadas cosas muebles cuyo valor estima en una cantidad cierta, obligándose esta a procurar la venta de dichas cosas dentro de un plazo

9. J. C. Rezzonico, *Contrato, concepto y tipo*, La Ley, 1985-B, p. 927 y sig.

y a devolver el valor estimado de las cosas que vende y el resto de las no vendidas”.<sup>10</sup>

La definición transcrita pone en cabeza del *accipiens* la obligación de “procurar la venta”. Sin embargo, cabe preguntarnos qué sucedería si el *accipiens*, en vez de “procurar la venta”, adquiriera la cosa para sí o la devolviera a su dueño al vencimiento del plazo previsto en el contrato. ¿Habría un negocio jurídico distinto al estimatorio? ¿El *accipiens* habría incumplido una de las obligaciones que tiene a su cargo? Nosotros nos inclinamos por la respuesta negativa porque entendemos que el *accipiens* no tiene “obligación de vender”, como podría tenerla un mandatario o comisionista para la venta, sino de abonar el precio estimado o restituir el bien en caso de no haberlo adquirido o transmitido a un tercero.

Otros autores, en cambio, afirman que el contrato en estudio tiene lugar cuando “una persona da en consignación una cosa mueble, estimada en un valor pecuniario determinado, con la obligación de quien la recibe de adquirir la cosa en un plazo fijado, con derecho a tener parte del precio que exceda en la estimación originaria cuando la haya vendido, o la obligación de devolver la cosa”.<sup>11</sup>

Si bien la definición transcrita intenta superar la confusión que existe entre el contrato estimatorio y el mandato para la venta, juzgamos que no es suficiente para eximirla de toda crítica. Ello, por cuanto emplea el término “consignación” que, pese a ser utilizado en la práctica mercantil, carece del sustento técnico-jurídico que reclama una definición que intenta describir adecuadamente un instituto.

Por lo demás, advertimos que de la definición en análisis surge que el *accipiens* tiene derecho a retener la parte del precio que exceda la estimación originaria cuando “haya vendido” la cosa que constituye su objeto. Sin embargo, pensamos que era suficiente afirmar que el *accipiens* asume la obligación de abonar el precio estimado, con total prescindencia de si ha procedido a su venta o no, por cuanto cabe la posibilidad de que haya trans-

10. Véase, al respecto, D. R. Vitolo, *Contratos comerciales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993, p. 241; J. C. Fernández Madrid, H. Fernández Madrid y A. B. Caubet, *Manual Práctico de Contratación comercial*, T.I, Buenos Aires, Errepar, 1996, p. 479 y R. Uria, *Derecho Mercantil*, Madrid, 11<sup>a</sup> ed. 1976, p. 495.

11. M. Ossorio, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires, Helias, 1982, p. 171.

ferido la propiedad de la cosa por un título distinto a la compraventa (por ej., mediante un contrato de permuta o donación), sin que ello desnaturalice la figura contractual en análisis.

Esta idea fue receptada por algunos autores que, en oportunidad de definir esta figura, omitieron hacer referencia a la eventual venta que pudiera efectuar el *accipiens*. Así, pues, se sostuvo que este contrato tiene lugar cuando “una persona, comúnmente denominada concedente o *tradens*, entrega a otra (concesionario o *accipiens*) cosas muebles, estimando su precio al momento de la entrega, con el compromiso de que si el concesionario no restituye las cosas recibidas dentro de un término acordado, le deberá pagar el precio convenido, pudiendo durante dicho plazo disponer de ellas libremente como si fueran propias”.<sup>12</sup>

Tal definición, empero, parece estructurar ese negocio como un contrato “real”, es decir, como un acuerdo de voluntades que se perfecciona con la entrega de las cosas (nótese que afirma que el *tradens* “entrega” al *accipiens* cosas muebles, y no que se “obliga a entregar”), sin advertir que este carácter únicamente puede derivar de la voluntad del legislador y que, siendo el estimatorio un contrato atípico, no corresponde atribuirle ese carácter.

Hechas estas aclaraciones, corresponde que formulemos nuestra propia definición. En tal sentido, afirmamos que el estimatorio es el acuerdo de voluntades en virtud del cual una parte (denominada *tradens*) se obliga a entregar a otra (denominada *accipiens*) uno o varios bienes no registrables de su propiedad, que ambas partes estiman en un valor pecuniario determinado o susceptible de determinación, asumiendo el *accipiens* la obligación de abonar el precio convenido en caso que decida adquirirlos o transmitirlos por cualquier título, pero pudiendo liberarse de esa obligación mediante la restitución de los bienes dados por el *tradens*.

Se advierte así que la definición propuesta parte de la idea de que el estimatorio es un contrato consensual que, como tal, se perfecciona con el mero consentimiento de las partes, sin que sea necesaria la tradición del bien que constituye su objeto. Ya hemos dicho que, desde nuestro punto de vista, el carácter “real” de un contrato sólo puede derivar de la voluntad del legislador y que, siendo el estimatorio un contrato atípico para nues-

12. O. E. Pisani en R. A. Etcheverry, *Derecho Comercial Económico, Contratos, Parte Especial*, T.I, Buenos Aires, Astrea, 1991.

tro ordenamiento jurídico, no cabe otra posibilidad que atribuirle carácter “consensual”.

Por lo demás, hemos decidido apartarnos de la doctrina mayoritaria que considera que el objeto de este contrato son las “cosas muebles” y, en cambio, nos inclinamos a pensar que pueden serlo los “bienes no registrables”, siempre que sean de propiedad del *tradens*. Cabe recordar, al respecto, que el término “bienes” tiene un significado más amplio que el vocablo “cosas”, pues aquel comprende tanto los objetos materiales (cosas) como los inmateriales (derechos) susceptibles de tener un valor.

Esta opinión encuentra su fundamento en la idea de que ciertos derechos (vgr. el software o los títulos al portador individualizados por su serie o numeración) constan en un soporte externo o instrumento que permiten su transmisión sin necesidad de que el *tradens* intervenga en esa operación, sea en forma personal o mediante el otorgamiento de un poder, por lo que no existen motivos atendibles para excluirlo como objeto de este contrato, aunque reconozcamos que no sea frecuente en la práctica comercial.

De la definición dada también se desprende que la estimación del objeto es otro elemento esencial y propio de esta figura. Esta valoración, que deben hacer las partes, está íntimamente vinculada a la consecución del fin propio del contrato, ya que indica el precio que obtendrá el *tradens* en caso que el bien no le sea restituido y marca también la ventaja económica que recibirá el *accipiens* en caso que decida transmitirlo a un tercero por un precio superior.

Por tanto, creemos que si *tradens* y *accipiens* no pactaron la estimación del bien, o no han fijado el mecanismo que debe seguirse para su valoración, no habrá técnicamente contrato estimatorio toda vez que faltará un elemento indispensable para su formación. En todo caso, como se ha dicho,<sup>13</sup> estaremos en presencia de un contrato preliminar que no puede asimilarse a la figura en análisis.

Por último, la definición que proponemos parte de la idea de que el *accipiens* adquiere un derecho de disponibilidad que no es absoluto sino que, por el contrario, está limitado a la realización de ciertos actos en particular. De esta manera, nos apartamos de la opinión mayoritaria que indica que el *accipiens* puede disponer de las cosas “libremente como si fueran propias”,<sup>14</sup>

13. J. M. Muñoz M. Planas, *El contrato estimatorio*, op. cit., p. 316.

14. Esta opinión es seguida, entre otros, por O. Pisani en R. A. Etcheverry, *Derecho Co-*

pues pensamos que existen una serie de actos que le son vedados en virtud de no habersele transmitido la propiedad del bien. Así, por ejemplo, el *accipiens* está impedido de gravar el bien con un derecho real de garantía, y no puede darlo en locación, comodato o depósito, ni alterar su calidad o cantidad –aun cuando con ello intente darle mayor valor–, ni realizar ningún otro acto que se oponga a la naturaleza de la relación contractual que lo vincula con el *tradens*. Sólo podrá realizar los actos que mencionamos en nuestra definición, estos son, adquirir el bien para sí, transmitirlo a un tercero o restituirlo a su dueño, sin que ello implique que tenga la libre disposición del bien o que pueda actuar como si fuese su dueño. El único propietario es el *tradens* y sólo dejará de serlo si el *accipiens* adquiere el bien para sí o lo transmite a un tercero por cualquier título, salvo que se trate de cosas consumibles o fungibles que, por su naturaleza, pasan en propiedad al *accipiens*, conforme lo veremos más adelante.<sup>15</sup>

#### **IV. Derecho comparado**

Los países que más influyeron en la codificación moderna (como Francia, España y Alemania) se abstuvieron de introducir en sus respectivas legislaciones normas que regulen el contrato estimatorio. Ello podría explicarse, quizá, por el hecho de que el legislador no puede aprehender en sus esquemas la totalidad de las variantes que el ingenio humano puede construir y, por tanto, debe optar por regular los tipos contractuales que, a su entender, tienen mayor trascendencia en la vida de los negocios.

Pero existen otras razones que también nos ayudarían a entender ese silencio legislativo. Una de ellas la encontramos en los *Motive* que acompañaron al Proyecto de Código Civil alemán de 1900, que luego devino en Ley,<sup>16</sup> donde se expresa que el fin económico que persiguen las partes al

---

*mercantil Económico, Contratos, Parte Especial*, op. cit.

15. Remitimos a lo dicho en oportunidad de analizar el objeto del contrato estimatorio.

16. El Código Civil de Alemania (en alemán *Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) comenzó a redactarse en 1881 y entró en vigor el 1º de enero de 1900, considerándose un proyecto de vanguardia para su época. El BGB ha servido de fuente para la legislación civil de otros países de tradición continental, tales como la República Popular China, Japón, Corea del Sur, Taiwán y Grecia, entre otros.

momento de celebrar el contrato estimatorio puede alcanzarse a través de otras formas contractuales, tales como la compraventa sujeta a condición, la locación, el mandato, la sociedad o el contrato de depósito. Vemos, pues, que el legislador alemán consideró que era casi imposible arribar a un criterio que sea compartido por todos –habida cuenta de la multiplicidad y variedad de elementos que convergen en este contrato– y se abstuvo, en consecuencia, de introducir una disposición legal que lo reconozca como un negocio autónomo y típico.

Sin embargo, debemos admitir que esa tendencia no estuvo vigente durante todo el transcurso del siglo XX: a partir de 1940 varios países comenzaron a legislar este contrato que, sin duda, ya era frecuente en ciertos sectores del tráfico de mercaderías (libros, objetos de orfebrería, platería, artículos de moda) y tenía una comprobada trayectoria en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia. En este sentido, cabe afirmar que la mayor contribución a su regulación legal vino de la mano del legislador italiano, quien, en oportunidad de redactar el *Codice Civile* de 1942, tuvo presente la realidad descripta e introdujo los arts. 1556, 1557 y 1558 en ese cuerpo de normas.

La primera de esas disposiciones informa que habrá contrato estimatorio cuando “una parte entrega una o más cosas muebles a otra y esta se obliga a pagar el precio, salvo que restituya las cosas en el término establecido”. De allí deriva que, para la legislación en análisis, el estimatorio es un contrato *re perficitur* que, como tal, comienza a producir sus efectos desde el momento en que el *tradens* entrega al *accipiens* la cosa que constituye su objeto.

Por su parte, el art. 1557 reza que “quien ha recibido las cosas no está liberado de la obligación de pagar el precio si la restitución de aquella en su integridad se ha hecho imposible por causas a él no imputables”. De esta manera, la norma transcripta adopta la doctrina romanista que dota a ese acuerdo de efecto traslativo de dominio e impone el *periculum casus* al *accipiens*, no obstante, las críticas a que dio lugar esta solución y que ya hemos analizado en oportunidad de tratar su origen y evolución.

Por último, el art. 1558 expresa que “son válidos todos los actos de disposición concluidos por quien ha recibido las cosas; pero sus acreedores no pueden sujetarlas a embargo o secuestro mientras no haya sido pagado el precio correspondiente. Aquel que ha entregado las cosas no puede disponer de ellas

hasta que no le hayan sido restituidas”. Messineo,<sup>17</sup> en oportunidad de analizar la norma transcrita, advierte que las cosas negociadas continúan siendo de propiedad del *tradens* hasta tanto no se pague el precio estimado, pero aclara que el *accipiens* está facultado para venderlas en virtud de habersele concedido un derecho de libre disposición sobre la cosa ajena, con la opción de pago o reintegro, siendo esa interpretación contraria a lo normado por el art. 1557.

Vemos, pues, que el Código Civil italiano dedicó tres disposiciones a este contrato y sus contenidos son tan simples y exiguos que, en opinión de algunos autores,<sup>18</sup> no ha logrado captar la esencia funcional del negocio. No obstante las críticas formuladas, debemos reconocer que muchas legislaciones tomaron a la ley italiana como fuente de inspiración en esta materia y reprodujeron, a veces de manera textual, las soluciones que contienen sus preceptos. Así lo hace, por ejemplo, el Código de Comercio de la República de Honduras de 1950, cuyo art. 826<sup>19</sup> es una transcripción casi literal de las normas correlativas del *Codice Civiles*; y lo mismo ocurre con el Código de Comercio de Guatemala de 1970 (art. 713)<sup>20</sup> y, más recientemente,

17. F. Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, T.IV, Buenos Aires, Ejea, 1955, p. 156 y ss.

18. Así, por ejemplo, Muñoz M. Planas, *El contrato estimatorio*, op. cit., p. 161, expresa que “el *Codice* al querer regular de manera tan simple el contrato estimatorio, lo ha hecho a base de prescindir sustancialmente del supuesto de hecho de este negocio tal como, de acuerdo con (su) función económica, se produce en la realidad del tráfico. La comprobación de este importante aserto queda palmariamente evidenciada con sólo tener a la vista que el artículo 1556 omite toda alusión a la circunstancia explicativa de aquella peculiar función económica que el tráfico y los legisladores asignan a la institución: esto es, que en el contrato estimatorio la entrega de la cosa se verifica con el fin específico de que el *accipiens* proceda a su venta. El legislador italiano, por el contrario, ha situado fuera de la estructura del negocio ese fin típico y característico de la entrega y, de esa suerte, ha quedado alterada la radical esencia del negocio”.

19. Art. 826 del Cód. Com. de la República de Honduras: “El contrato estimatorio, por el cual una parte entrega a la otra una o varias cosas muebles para que le pague un precio o bien le devuelva las cosas dentro de un plazo, se regirá por las siguientes reglas: I. El consignatario no quedará liberado de la obligación de pagar el precio de lo recibido, porque sea imposible su total restitución aun por causas que no le sean imputables; II. El consignatario podrá disponer válidamente de las cosas, pero estas no podrán ser embargadas por los acreedores de aquél mientras no haya sido pagada el precio; y III. El consignante pierde su derecho de disposición sobre las cosas en tanto que no le sean restituidas”.

20. El art. 713 del Cód. de Com. de la República de Guatemala tiene la misma redacción

del Código Civil de la República Federativa del Brasil –aprobado por la Ley N°10.406 del 10 de enero de 2002– que adopta las mismas soluciones en los arts. 534 a 537.<sup>21</sup>

Otras legislaciones, en cambio, se apartaron del precedente italiano y regularon esta figura como una especie de mandato donde el *accipiens* asume la obligación de vender o procurar la venta de las mercaderías que le son dadas por el *tradens*. Este criterio lo adoptan, entre otros, los Proyectos de reforma al Código Civil argentino, según lo veremos más adelante, y el Código de Comercio de la República de Colombia<sup>22</sup> (art. 1377, 1er. párrafo). No obstante, debemos destacar que las restantes normas que regulan el contrato estimatorio (es decir, los arts. 1378 a 1381) son similares a las contenidas en el Código Civil italiano de 1942, lo que reafirma la influencia que tuvo este último sobre la legislación más moderna.

Por fin, y para concluir esta somera visión comparatista de los ordenamientos jurídicos, cabe resaltar que el Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos<sup>23</sup> contiene, a nuestro entender, la regulación más completa y precisa que hasta el momento haya dado el derecho moderno, lo que lo convierte en un referente indiscutible a la hora de que otros países analicen la inclusión de esta figura dentro de la nómina de los contratos que regula la ley.

---

que el art. 826 del Código de Honduras que transcribimos en la nota anterior.

21. Art. 534: Por contrato estimatorio, el consignante entrega bienes muebles al consignatario, quien queda autorizado a venderlos, pagándole a aquel el precio estimado, salvo que optase, en el plazo establecido, a restituirle la cosa consignada.

Art. 535: El consignatario no se exonera de la obligación de pagar el precio si la restitución de la cosa, en su integridad, se torna imposible, aun por causas que no le sean imputables.

Art. 536: La cosa consignada no puede ser objeto de prenda o secuestro por los acreedores del consignatario, en tanto no se haya pagado íntegramente el precio.

Art. 537: El consignante no puede disponer de la cosa antes que le sea restituida o le sea comunicada su restitución.

22. Mediante Decreto 410 de fecha 27 de marzo de 1971 se expide el Código de Comercio para la República de Colombia, cuya publicación en el Diario Oficial (N°33339) se efectuó el 16 de junio de 1971.

23. El Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos de 1889, que entró en vigencia el 1° de enero de 1890, sufrió diversas reformas a lo largo de los años. Mediante Decreto de fecha 11 de abril de 2000 se adicionan a ese cuerpo legal las disposiciones que se indican en los arts. 392, 393 y 394 que regulan el contrato que nos ocupa bajo la rúbrica “De la Consignación Mercantil”.

## V. Derecho argentino proyectado

El Derecho argentino proyectado se ocupó tangencialmente del contrato estimatorio y lo hizo como una modalidad de la consignación comercial. En efecto, el Proyecto de 1936<sup>24</sup> –que tuvo a la vista el Anteproyecto elaborado por Bibiloni– informó que “consignación es el mandato en representación para la compra y venta de cosas muebles” (art. 1920) y que “si el consignatario se obliga a pagar el precio salvo que restituya las cosas dentro de un plazo determinado, el consignante no podrá disponer de ellas hasta que le sean restituidas” (art. 1927).

Se observa, pues, que las normas transcriptas otorgan al consignatario un derecho de disponibilidad sobre cosas muebles ajenas que lo habilitan a realizar una serie de actos (que no están identificados en las normas) durante el tiempo de vigencia de la relación contractual. Pero, una vez vencido dicho plazo, el consignatario debe pagar el precio o restituir la cosa, a su sola opción, bajo apercibimiento de considerar que ha incumplido con las obligaciones a su cargo.

Por cierto que esta solución, además de ser imprecisa por fluctuar entre la compraventa y el mandato, resultaba insuficiente para regular todo el universo del contrato en estudio. Ello, por cuanto las normas en cuestión no aluden a la responsabilidad del *accipiens* frente a la pérdida o deterioro de la cosa dada en consignación ni se refieren a la posibilidad –o no– de que los acreedores de las partes embarguen o secuestren dicho bien para satisfacer sus créditos. Por lo demás, y teniendo a la vista la denominación escogida (consignación) y su ubicación metodológica, es claro que sus redactores optaron por aplicar supletoriamente las normas del mandato comercial, lo que desnaturaliza el contrato en estudio.

24. El Proyecto de reforma al Código Civil argentino, elaborado en 1936, fue obra de una comisión integrada por los doctores R. Repetto, J. V. Pera, y R. M. Salvat (luego sucedidos por G. F. Tobal y C. Tezanos Pintos), H. Lafaille, J. C. Reborá, J. A. Bibiloni, R. Rivarola, E. Martínez Paz y J. A. Gervasoni.

Los proyectos de reforma que siguieron al de 1936, estos son, los de 1987,<sup>25</sup> 1993,<sup>26</sup> 1998<sup>27</sup> y 2012,<sup>28</sup> reafirmaron la tendencia del primero y optaron por reproducir en sus textos el cuestionado art. 1927.<sup>29</sup> La única variante la encontramos en los Proyectos de 1998 y 2012 que, en sus arts. 1267 y 1344, respectivamente, informan además que “los acreedores del consignatario no pueden embargar las cosas consignadas mientras no se haya pagado su precio” (art. 1267).

Vemos, pues, que nada nuevo se deduce de estos últimos intentos de revisión al Código Civil, lo que podría reprocharse bajo el argumento de que, al momento en que fueron redactados, ya existían importantes precedentes doctrinales y legislativos que hubiesen contribuido a lograr una regulación completa y acorde a la realidad práctica de este negocio.

25. Este proyecto de reforma al Código Civil fue elaborado por una Comisión integrada por los doctores H. Alegría, F. A. De La Vega, A. Alterini, H. P. Fargosi, J. H. Alterini, S. Le Pera, M. C. Araya, A. I. Piaggi; véase *Proyecto de Código Civil. Según texto aprobado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Orden del día 1064 con las modificaciones incorporadas hasta su media sanción*, Buenos Aires, Astrea, 1987.

26. Este Proyecto de reforma al Código Civil fue redactado por la Comisión Federal que quedó integrada en la redacción final por los doctores H. J. Alegría, A. Alterini, M. C. Araya, M. Artieda de Duré, A. M. Azpeitia, E. C. Banchio, A. J. Bueres, O. Camisar, M. M. Córdoba, R. Manóvil, L. Moisset de Espanés, J. Mossé Iturraspe, J. C. Palmero, A. I. Piaggi, E. H. Richard, N. E. Solari, F. Trigo Represas y E. Wayar. Véase: *Unificación de Legislación Civil y Comercial. Proyecto de 1993, Sancionado por la Cámara de Diputados a consideración del Senado*, Buenos Aires, Zavalía, 1994.

27. Dicho proyecto de reforma al Código Civil fue creado por la Comisión designada por el Decreto del P.E. 685/95, y fueron firmantes del mismo los Profesores H. Alegría; A. A. Alterini; J. H. Alterini; M. J. Méndez Costa; J. C. Rivera y H. Roitman. Véase: *Proyecto de Código Civil de 1998, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina*, Buenos Aires, 1999.

28. Dicho proyecto de reforma al Código Civil fue elaborado por la Comisión designada por el Decreto del P.E. 191/2011 DEL 23/02/2011, y fueron firmantes del mismo los Profesores Dres. R. L. Lorenzetti, E. Highton de Nolasco y A. Kemelmajer de Carlucci.

29. El Proyecto de Reforma de 1897 reproduce la norma en cuestión en su art. 1927, mientras que el Proyecto de 1993 lo hace en el art. 1288.

## VI. Naturaleza jurídica

El estudio de la naturaleza jurídica del contrato estimatorio nos enfrenta ante una variedad ilimitada de opiniones que, en principio, son difíciles de conciliar. En efecto, algunos autores sostienen que el estimatorio no es más que una amalgama o conjunto de contratos legislativamente consagrados que encuentra como elemento vertebral la compraventa, la locación, el mandato o el depósito; otros, en cambio, alegan que esa variedad de prestaciones es la que justifica considerarlo como un contrato autónomo, con naturaleza propia, que debe diferenciarse de esas otras figuras que ya cuentan con una regulación específica en la ley.

Esa disparidad de opiniones demuestra que la búsqueda de una base mínima de acuerdo en este terreno sigue siendo un obstáculo para quienes pretendan arribar a respuestas únicas. Por tanto, nos limitaremos a examinar las tesis que adquirieron mayor relevancia dentro de la ciencia del derecho, para luego dar nuestra opinión que, desde ya adelantamos, no es exclusiva sino que coincide con el pensamiento de un vasto grupo de juristas nacionales.

### A) Teoría de la compraventa

La doctrina clásica, principalmente de origen europeo, parte de la idea de que el estimatorio es un contrato de compraventa sujeto a condición. Sería como partir de una proposición que indica “yo compro tal número de mercancías y por tal precio a condición de que dentro de un plazo les haya encontrado colocación”.

Esta tesis obtuvo la adhesión de Brunetti, Lordi, Salandra y Branca,<sup>30</sup> dentro de la doctrina italiana; también fue seguida por Thaller,<sup>31</sup> dentro de la francesa, y por los españoles Langle<sup>32</sup> y Garrigues.<sup>33</sup> Este último autor, en su ya clásico *Curso de Derecho Mercantil*, explicó que el estimatorio no es

30. Pueden consultarse las opiniones de estos autores en Muñoz M. Planas, *El contrato estimatorio*, op. cit., p. 241 y ss.

31. E. Thaller, *A propos du contrat estimatoire en mélanges Ch. Appleton*, París, Rousseau, Lyon, 1903, p. 651.

32. E. Langle, *El Contrato de compraventa mercantil*, Barcelona, Bosch, 1958, p. 204.

33. J. Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, 1ra. ed., Madrid, Temis, 1940, p. 158.

más que un contrato de compraventa pues el *accipiens* puede apropiarse de las mercaderías pagando su precio, pero también puso de relieve que esa operación se encuentra *in suspenso* hasta tanto aquel no decida darle curso al negocio, convirtiéndose en deudor del precio fijado con la estimación.

Más allá de las bondades que han querido atribuirse a esta teoría, lo cierto es que no han faltado voces que se alzaron contra ella por considerar que no resolvía adecuadamente el vínculo jurídico que une a las partes durante el lapso de tiempo que media entre la entrega de las mercaderías y el ejercicio de la opción por parte del *accipiens*. Esta crítica sirvió de fundamento para que algunos autores<sup>34</sup> optaran por asimilar el contrato estimatorio a una compraventa sometida a condición *resolutoria* (y no *suspensiva* como se sostuvo con anterioridad), la cual se cumpliría cuando el *accipiens* restituye al *tradens* las cosas que son objeto de esta convención.

Dentro de la doctrina nacional, algunos juristas adhieren a esta última postura al reconocer que “el contrato estimatorio no presenta elementos que puedan distinguirlo del contrato de compraventa comercial, constituyendo un práctico ejemplo de una compraventa sometida a una condición resolutoria en los términos del art. 1371 del Cód. Civil”.<sup>35</sup>

Otros tratadistas,<sup>36</sup> en cambio, vieron a este contrato como una compraventa con reserva de dominio dado que el vendedor-*tradens* atribuiría al comprador-*accipiens* el poder de disposición de las cosas, pero reservándose para sí la titularidad del derecho. Por cierto que la confusión entre ambas figuras se acrecienta aún más cuando advierten que la compraventa con reserva de dominio tiene frecuente aplicación en el terreno de las cosas muebles (como ocurre con el contrato estimatorio) y que ambas se desarrollan en el ámbito comercial.<sup>37</sup>

34. Este criterio lo sigue, entre otros, J. Larguier, *La formation du contrat dans les diverses ventes commerciales*, en el vol. *La vente commerciale de Merchandises*, París, 1951, p. 68.

35. R. A. Nissen, *El contrato estimatorio*, La Ley 1987-C, 758.

36. Entre otros, Tamburrino y Galvão Telles, citados por Muñoz M. Planas, *El contrato estimatorio*, op. cit.

37. Así lo expresa, entre otros, F. J. López de Zavalía, *Teoría de los Contratos. Parte Especial*, T. 2, Buenos Aires, Zavalía. 1991, p. 262 y ss.

Pero, no obstante las similitudes apuntadas, lo cierto es que esta tesis tampoco logró consenso entre todos los juristas. En tal sentido, se sostuvo que en el contrato estimatorio el *accipiens* recibe las cosas con la intención de revenderlas y lucrar con su enajenación,<sup>38</sup> mientras que en la compraventa con reserva de dominio el comprador lo hace con fines naturales de uso o de consumo. Es decir que, desde este punto de vista, habría que indagar previamente la intención que tuvieron las partes al momento de contratar para, de ese modo, precisar si estamos frente a una u otra figura jurídica.

Nosotros no compartimos esa visión pues entendemos que, si bien es cierto que la compraventa civil tiene fines de consumo (ya sea personal, doméstico o familiar), la compraventa comercial posee una clara finalidad lucrativa, toda vez que el comprador debe adquirir la cosa con la intención de revenderla o alquilar su uso, aun cuando esa finalidad no llegue a concretarse (art. 451 Cód. de Comercio). De modo que las diferencias señaladas sólo permitirían distinguir el contrato estimatorio de la compraventa civil, pero mantendrían la confusión que existe con la compraventa comercial.

De ahí que optemos por buscar otro criterio de distinción y, en este sentido, sostengamos que la diferencia sustancial radica en que, en el contrato estimatorio, el *accipiens* puede disponer de la cosa sin haber abonado el precio estimado (como habitualmente ocurre en la práctica mercantil), mientras que en la compraventa con reserva de dominio el comprador sólo podrá realizar actos válidos de disposición una vez que haya abonado la totalidad del precio convenido en el contrato. Si así no lo hiciera, estaríamos en presencia de una venta de cosa ajena como si fuese propia, surgiendo en consecuencia el deber del *accipiens* de reparar los daños y perjuicios que hubiese ocasionado.

Vemos, pues, que ninguna de las teorías que buscan asimilar el estimatorio al contrato de compraventa puede vanagloriarse de estar indemne a toda crítica. Ello obedece, a nuestro entender, a la imposibilidad de reconocer la existencia de una compraventa que no genere la obligación de transmitir la propiedad de un bien pues, como sabemos, ese efecto resulta natural en todos los contratos de esa especie, conforme se desprende del art. 1323 de nuestro Cód. Civil.

38. Muñoz M. Planas, *El contrato estimatorio*, op. cit., p. 251.

### B) Teoría del depósito

Es habitual que la mayor parte de la doctrina moderna cite a Bolaffio como el creador de la teoría en análisis. Este autor, en oportunidad de publicar *Il contratto estimatorio quale atto oggettivamente commerciale*,<sup>39</sup> sostuvo que en la primera fase de este negocio el *accipiens* asume una obligación de guarda, custodia y conservación de cosas muebles que lo ubica en la misma situación jurídica que un depositario; pero reconoce que en la segunda etapa del contrato el *accipiens* podría pagar el precio estimado, en cuyo caso quedaría liberado de la obligación de guarda por haberse convertido en propietario del bien. De ahí que concluya que el contrato en estudio será de depósito si el *accipiens* reintegra el bien, pero asumirá el carácter de compraventa si optase por pagar el precio convenido.

Esta opinión no logró consenso entre todos los juristas debido a que impide la unidad del contrato y admite la variación de la especie por la sola voluntad del deudor. Tal circunstancia se opone a la idea del consentimiento como elemento esencial del contrato y es rechazada por varias legislaciones que, como la nuestra, exigen que la oferta se haga “sobre un contrato especial” (art. 1148 Cód. Civil), lo que implica que las partes, antes de celebrar el acto, deban convenir el tipo contractual que ha de surgir a la vida jurídica, no siendo posible que *a posteriori* se modifique esa elección por voluntad de uno solo de los contratantes.

Por lo demás, se ha dicho<sup>40</sup> que esta tesis tampoco explica satisfactoriamente en qué carácter el depositario podría vender la cosa que recibió del *tradens* ya que, si asume las obligaciones de guarda y restitución, no podría entregar la cosa a otra persona que no fuese el depositante sin que ello atente contra el fin genérico que las partes tuvieron en miras de contratar.

Estos argumentos son suficientes para descartar la doctrina en análisis que, por cierto, no ha logrado un número significativo de adhesiones dentro de la ciencia del derecho.

39. Este artículo fue publicado en *Rev. del Diritto Commerciale*, 1919, p. 381 y ss.

40. E. Gregorini Clusellas, *Contrato estimatorio*, La Ley 1992-E, p. 949.

C) *Teoría del mandato comercial*

Un sector de la doctrina, quizá siguiendo las ideas de Ulpiano, entiende que el contrato estimatorio no es más que un mandato para la venta ya que el *accipiens* “asume la obligación de ejecutar el encargo consistente en celebrar el acto jurídico encomendado, o sea, la venta de las cosas muebles dadas en consigna en el plazo y por el precio encomendados, cuyo importe deberá entregar al consignante, descontando la remuneración estipulada”.<sup>41</sup>

Muñoz M. Planas defiende con vehemencia esta postura y rechaza el argumento que habitualmente esgrime la doctrina para oponerse a ella, esto es, que en el contrato estimatorio el *accipiens* obra por cuenta propia y no por cuenta del *tradens* como lo hace un comisionista. Y, en respuesta a ello, ese notable jurista español remarca que “a poco que se observe la estructura dinámica del contrato estimatorio, es obvio que no puede afirmarse que el consignatario actúe por cuenta propia: el resultado de su *facere* incide sobre la esfera jurídica del *tradens*, que es la única que se ve afectada por los actos dispositivos del primero, lo que motiva el derecho del segundo a exigir la reversión a su favor de la participación estimada en el precio de venta. Hay pues, una alienidad de resultado, y es innegable, en consecuencia, que esa actuación se verifica por cuenta ajena”.<sup>42</sup>

No obstante, debemos advertir que ese mismo autor reconoció que esta especie de mandato presenta ciertas particularidades que permiten distinguirlo del mandato propiamente dicho. La primera nota distintiva que resalta es que el consignatario actúa siempre en nombre propio y no como representante del *tradens*. Sería, pues, un típico caso de mandato sin representación que ya admitían las viejas prácticas mercantiles y que luego reconocieron la mayor parte de las legislaciones modernas.

El segundo rasgo característico es que el consignatario se encuentra autorizado para obrar a su arbitrio, sin recibir instrucciones del *tradens*, a diferencia de lo que ocurre con el mandato ordinario donde el mandatario está obligado a obrar conforme a las órdenes o indicaciones del mandante. Ello, por cierto, no es más que una consecuencia directa de la función eco-

41. Así lo expuso, dentro de la doctrina nacional, R. S. Stiglitz, *Contratos, Teoría General I*, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 180.

42. Muñoz M. Planas, *El contrato estimatorio*, op. cit., p. 275.

nómica que desempeña el contrato estimatorio donde lo habitual es que el fabricante de productos recurra al *accipiens* por los conocimientos y la experiencia que este posee en la comercialización de bienes. De ahí que, desde esta óptica, se lo reconozca como un contrato de empresa, de carácter mercantil, “que queda sometido a los preceptos con que el código de comercio regula el contrato de comisión de venta”.<sup>43</sup>

Por nuestra parte, pensamos que estas “particularidades”, más que crear una *especie* de mandato, nos colocan frente a una nueva figura contractual, con naturaleza propia, que debe diferenciarse del mandato o la comisión comercial, pese a las similitudes que pueden encontrarse con esa figura jurídica. Estas diferencias, que ya fueron estudiadas por algunos juristas,<sup>44</sup> pueden resumirse en las siguientes:

El *accipiens* no está obligado a procurar ni a intentar la venta de las mercaderías que le fueran dadas por el *tradens*; mientras que el comisionista que aceptó el mandato, sea expresa o tácitamente, se encuentra obligado a cumplirlo, conforme a las órdenes o instrucciones del comitente (conf. art. 238 Cód. de Comercio).

El comisionista en ningún caso puede adquirir para sí las cosas cuya venta se le encomendara, salvo que mediare consentimiento del comitente (art. 262 Cód. de Comercio). En cambio el *accipiens*, una vez que abonó el precio estimado, puede darle a las cosas el destino que desee, no mediando ningún impedimento al respecto.

La retribución que obtiene el comisionista consiste sólo en un porcentaje sobre el precio de venta y cualquiera otra ventaja que obtenga redundará en provecho del comitente; mientras que en el contrato estimatorio la utilidad del *accipiens* radicarán en la diferencia que exista entre el precio estimado y el precio que en definitiva obtenga de los terceros adquirentes a título oneroso.

El art. 258 del Cód. de Comercio establece que el comisionista no responde en caso de insolvencia de las personas con quienes contratare en cumplimiento de su comisión, siempre que al tiempo del contrato fuesen reputadas idóneas, salvo el caso de pacto de garantía o si obrase con culpa o dolo. El *accipiens*, en cambio, contrata por sí y asume, en consecuencia,

43. Muñoz M. Planas, *El contrato estimatorio*, op. cit., pp. 284-285.

44. J. M. Farina, *Contrato estimatorio*, La Ley 122-1140.

los riesgos frente a la insolvencia de los terceros con quienes contrata. Por tanto, debe abonar el precio estimado o restituir la cosa, cualquiera sea la suerte que corra el negocio que llevó a cabo.

Cabe destacar, en este sentido, que tales discrepancias fueron puestas de relieve por nuestros tribunales al expresar que “el contrato estimatorio no está comprendido en las disposiciones de la comisión, porque el *accipiens* obra en su nombre y por su cuenta. Puede o no, según su conveniencia, realizar la venta, todo lo cual no se adapta a las condiciones esenciales de la comisión según las cuales el comisionista si bien obra en su nombre lo hace por cuenta ajena y está obligado a cumplir la comisión”.<sup>45</sup>

Vemos, entonces, que el contrato estimatorio presenta tantas diferencias con el mandato o la comisión comercial que, lejos de reconocerse como una especie de este, debe concebirse como una figura autónoma que requiere un tratamiento particular.

#### *D) Teoría de la naturaleza propia. Nuestra opinión*

La postura que actualmente se erige como favorita en el ámbito académico es la que indica que el estimatorio es un contrato autónomo, con naturaleza propia, que si bien participa de los caracteres de varias figuras conocidas, no encuadra en ninguno de los moldes contractuales con los que se lo ha querido identificar. De ahí que se sostenga, con un criterio que compartimos, que el estimatorio es un contrato con características particulares, de contornos bien definidos, que genera una combinación de prestaciones que lo hacen único en su especie.

Sin embargo, es oportuno detenerse, siquiera sea brevemente, en la valoración de esas prestaciones, pues de su análisis surgirán los motivos que han llevado a esa confusión que, por cierto, subsiste hasta la actualidad e impide que se arribe a un acuerdo sobre su naturaleza jurídica, no obstante la atención que ha recibido este tema entre los estudiosos del Derecho privado.

Así, pues, vemos que en la estructura de este negocio conviven obligaciones de guarda, de transferencia de dominio, de restitución de cosas, de

45. CNCom, Sala A, “Robert’s Cristian S.R.L. c. Creaciones Zeta Sport S.A.”, La Ley 1986-E, p. 598.

gestión por cuenta ajena y de prestación de servicios que sin dudas podrían hacernos dudar sobre su inclusión o no dentro de alguno de los esquemas ya regulados en nuestro ordenamiento jurídico (vgr., contratos de depósito, compraventa, locación de servicios y mandato comercial). Sin embargo, creemos que esta variedad de prestaciones permite asignarle al negocio una función económico-social independiente de cualquiera otra relación de derecho, puesto que el conjunto de todas ellas forma una categoría autónoma, con función y objetivos propios, que reclama un tratamiento particular que se diferencie de cualquiera otra especie ya regulada por la ley.

No obstante, es oportuno destacar que en nuestro país predomina la opinión de que se trata de un “contrato atípico mixto” pues, según lo hemos dicho, en su estructura intervienen elementos todos conocidos pero dispuestos en combinaciones distintas de las que pueden apreciarse en los contratos nominados y tomados de más de uno de dichos contratos.<sup>46</sup> Empero, debemos reconocer que esta doctrina no es unánime pues existe alguna reconocida opinión<sup>47</sup> que cita al contrato estimatorio como ejemplo de un contrato atípico “puro” (es decir, como una especie de atipicidad que se opone al contrato atípico “mixto”), pues entiende que en el caso no se advierten coincidencias, en ninguno de sus aspectos, con los contratos regulados.

Nosotros compartimos la idea de que el estimatorio es un “contrato atípico mixto”, conforme el significado que le hemos dado a esa expresión, pero también advertimos que, dada su frecuente práctica en la vida de los negocios, y en atención a que posee un nombre e incluso una “normativa” que, si bien no está incorporada en ninguna ley, surge de los usos y costumbres, nos lleva a reconocerlo como un contrato con “tipicidad social”.<sup>48</sup>

Cabe destacar, en este sentido, que pese a que el contrato socialmente típico no es un contrato reconocido y regulado por la ley, reviste igualmente importancia desde el punto de vista jurídico puesto que cumple una función

46. Véase, al respecto, J. M. Gastaldi, *Contratos*, V.I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 177 y ss.

47. H. Masnatta, *El contrato atípico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 51.

48. La elaboración del concepto “tipo social” se debe a E. Betti, *Teoría general del negozio giuridico*, Turín, 1950, p. 151. Este concepto lo recepta la mayor parte de la doctrina moderna al entender que la tipicidad social es aquella que tiene por base las concepciones dominantes en la conciencia social de la época en los varios campos de la economía, de la técnica y de la moral.

interpretativa e integradora, ya que orienta al juez sobre la manera más correcta de solucionar el conflicto que se plantee con motivo de este contrato. De ahí que la doctrina advierta que, si bien la pérdida completa de la condición de la atipicidad de un contrato es un fenómeno que no se agota con la tipificación social, lo cierto es que “los convenios que han venido cuajando en tipos sociales bien definidos, de significación conocida y firme, han logrado escapar de la nebulosa de los negocios atípicos, gracias a su utilización continuada, a su importancia social o a una especial elaboración doctrinal”.<sup>49</sup>

## VII. Caracteres

El contrato estimatorio participa de todos los caracteres inherentes a los contratos bilaterales, onerosos, consensuales, atípicos, no formales y comerciales.

Esta afirmación, empero, requiere que nos detengamos en los motivos que nos han llevado a formularla, pues no podemos dejar de advertir que la inclusión de este contrato en algunas de las categorías mencionadas ha suscitado diversas opiniones que evidencian la existencia de criterios dispares.

En atención a ello, pasaremos a analizar los caracteres citados.

### A) *Bilateral*

El estimatorio es un contrato bilateral ya que, desde el momento de su celebración, produce obligaciones para ambas partes contratantes (conf. art. 1138 Cód. Civil). En este sentido, observamos que el *tradens* asume, entre otras, la obligación de entregar el bien que es objeto de este contrato, mientras que el *accipiens* toma a su cargo el compromiso facultativo de restituir dicho bien o de pagar el precio estimado. Asimismo, advertimos que entre ambas obligaciones existe un vínculo de reciprocidad, de interdependencia, que hace que cada obligación actúe como presupuesto de la otra, dándose así otro de los rasgos que caracteriza a la bilateralidad contractual.

No obstante, debemos advertir que un sector de la doctrina sostiene que esta convención tiene carácter unilateral ya que “sólo genera obliga-

49. E. Vicente Domingo, *El contrato de sponsorización*, Madrid, Civitas S.A., 1998, p. 36.

ciones para el *accipiens*”,<sup>50</sup> sin que el *tradens* quede obligado. Nosotros no compartimos esta opinión pues consideramos que el *tradens* también asume el deber de entregar el bien sobre el cual se ha contratado, pues esa dación no se requiere a los efectos constitutivos del acto (como ocurre con otros contratos) sino que surge con posterioridad y como consecuencia de haberse formado el negocio jurídico. Pensar lo contrario sería asignarle a esta convención carácter real que, como veremos más adelante, no tiene en virtud de su atipicidad.

### *B) Oneroso*

El contrato estimatorio siempre reviste carácter oneroso. A esta conclusión puede arribarse por vía de la bilateralidad (esto es, aplicando la máxima que indica que todos los contratos bilaterales son onerosos) y en virtud de la presunción que establece el art. 5, *in fine*, del Cód. de Comercio, en cuanto dispone que “los actos de los comerciantes se presumen siempre actos de comercio, salvo la prueba en contrario”.

Y pensamos que ese carácter se mantiene aun cuando el *accipiens* optase por restituir el bien sin abonar el precio estimado pues entendemos que la onerosidad no implica la percepción efectiva de beneficios sino, más bien, la realización de un sacrificio teniendo “en miras” obtener una ventaja apreciable en dinero, aunque ella no llegue a concretarse.

### *C) Consensual*

El estimatorio participa de los caracteres de los contratos consensuales toda vez que sus efectos nacen a la vida jurídica cuando las partes manifiestan su consentimiento, sin que sea necesaria la tradición del bien que constituye su objeto.

No obstante, debemos reconocer que un sector de la doctrina nacional, quizás inspirándose en las soluciones del derecho comparado,<sup>51</sup> sostiene que

50. En este sentido, se han manifestado R. F. Garrido - J. Zago, *Contratos. Parte especial*, T. II, Buenos Aires, Universidad, 1985, p. 147.

51. Recordemos, al efecto, que el Código Civil italiano de 1942 (art. 1556), así como las legislaciones que lo siguieron, definen al estimatorio como un contrato real pues exigen la entrega de la cosa como requisito ineludible para la constitución del acto.

el contrato estimatorio se perfecciona *re* porque, además del consentimiento, requiere para su perfeccionamiento la entrega de la cosa”.<sup>52</sup>

Nosotros no compartimos esta opinión pues consideramos que el carácter real de un contrato sólo puede derivar de la ley y que, siendo el estimatorio un contrato atípico, no es posible asignarle tal carácter. De allí que compartamos la opinión de que “no hay otros contratos reales más que aquellos que la ley califica como tales, obligando a esa entrega para su perfeccionamiento”.<sup>53</sup>

#### *D) Atípico*

Conforme lo hemos manifestado en ocasión de analizar la naturaleza jurídica de esta figura, pensamos que el estimatorio es un contrato atípico toda vez que carece de una regulación expresa, completa y unitaria en nuestra legislación. Sin embargo, y dada su frecuente práctica en la vida de los negocios, reconocemos que cuenta con una suerte de “normativa” que, si bien no está incorporada en ninguna ley, surge de los usos y costumbres, lo que nos lleva a encuadrarlo dentro de los denominados contratos atípicos con “tipicidad social”.

#### *E) No formal*

El estimatorio es un contrato que puede celebrarse bajo la forma que las partes juzguen más conveniente a sus intereses, rigiendo en plenitud lo previsto en el art. 974 del Cód. Civil.

Tampoco la ley exige una forma determinada a los efectos de probar la existencia de este acto, salvo lo dispuesto en el art. 209 del Cód. de Comercio que excluye la prueba de testigos (y exige indirectamente la forma escrita) cuando el contrato exceda de cierto valor.<sup>54</sup>

52. Así, por ejemplo, R. S. Stiglitz, *Contratos - Teoría General*, op. cit., y E. L. Gregorini Clusellas, *Contrato estimatorio*, op. cit.

53. J. M. Gastaldi - E. Centanaro, *Contratos aleatorios y reales*, Buenos Aires, Ed. de Belgrano, 1998, p. 99.

54. El art. 209 del Cód. de Comercio establece que “la prueba de testigos, fuera de los casos expresamente declarados en este Código, sólo es admisible en los contratos cuyo valor no exceda de doscientos pesos fuertes...”. Por cierto que, si se convierten los doscientos

### F) Comercial

El estimatorio es un contrato que, las más de las veces, encuadra en la esfera del derecho comercial. A esta conclusión arribamos por aplicación del art. 8, inc. 1, del Cód. de Comercio que, como se ha dicho,<sup>55</sup> encuadra perfectamente en la figura del estimatorio por cuanto “el *accipiens* adquiere el derecho de disponer de la cosa recibida y esa adquisición es a título oneroso”.

No obstante, podría pensarse que no todos los supuestos quedan comprendidos dentro de la previsión del mencionado art. 8, inc. 1 (al menos si se hace una interpretación literal de esa norma), pues el contrato estimatorio puede tener por objeto no sólo *cosas muebles* sino también ciertos *derechos* que, por su naturaleza, pueden transmitirse por la simple tradición del instrumento donde constan.<sup>56</sup> Pero, aun cuando adoptemos esa interpretación restrictiva, el contrato estimatorio no dejará de ser comercial dado que, si ese rasgo no surge del inc. 1 del art. 8, podrá deducirse del inc. 11 del mismo precepto, según lo ha entendido la doctrina mayoritaria.

---

pesos fuertes que menciona la norma al valor vigente de la moneda, resultaría que ningún contrato podría probarse recurriendo a la prueba de testigos. Sin embargo, ello no es así, por cuanto se reconocen excepciones al principio, es decir, casos en que, no obstante superar el contrato la tasa de ley, aquella prueba se admite.

55. O. E. Pisani, en R. A. Etcheverry, *Derecho Comercial Económico, Contratos, Parte Especial, T. I*, op. cit., p. 144.

56. Según la ley (art. 8 Cód. de Comercio) la adquisición comercial debe ser “de una cosa mueble o de un derecho sobre ella”. El art. 2311 del Cód. Civil establece que se llaman *cosas* “los objetos materiales susceptibles de tener un valor”. Pero, para un sector de la doctrina, si la palabra *cosa* tuviera ese significado en el art. 8 del Cód. de Comercio, no serían actos mercantiles la adquisición o enajenación de una serie de bienes o valores que son objeto de operaciones esencialmente comerciales. Tal ocurriría, por ejemplo, con las marcas de fábrica, las patentes de invención y los derechos de autor, a los cuales es aplicable la denominación de *bienes*, del art. 2312 del Cód. Civil, y no la denominación *cosas* del art. 2311. De ahí que se diga, con frecuencia, que en el ámbito del art. 8 del Cód. de Comercio, el término *cosas* deba interpretarse en el sentido amplio de *bienes*, o sea el significado que, por otra parte, tiene esa palabra en varias disposiciones del Cód. Civil, como, por ejemplo, en los arts. 953 y 2336. Véase, al respecto, R. S. Castillo, *Curso de Derecho Comercial*, compilado y arreglado por F. Bertorino, T. I, Buenos Aires, 1950, p. 74.

## VIII. Elementos

### A) Consentimiento

En materia de consentimiento resultan aplicables las normas que, para los contratos en general, consagra nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, todos los sujetos que intervienen en el acto deberán arribar a esa suerte de “voluntad común” a que alude el Código Civil en ocasión de definir el contrato (art. 1137 Cód. Civil), que no es otra cosa que la intención recíproca de las partes de cumplir una o más prestaciones de contenido económico.

Pero es oportuno aclarar que esa voluntad colectiva no ha de alcanzar a todas las situaciones relacionadas con el acto ya que, como es de prever, no es posible que las partes hagan una descripción minuciosa de todos los acontecimientos que podrán producirse durante la vigencia de la relación contractual. No obstante, pensamos que existen ciertas cuestiones que no pueden quedar exentas de regulación pues ello importaría reconocer que, desde el punto de vista jurídico, no ha quedado formado el contrato.

Así, pues, entendemos que las partes necesariamente deben pronunciarse sobre la naturaleza del acuerdo, es decir, deben manifestar su intención de celebrar un contrato estimatorio. Para ello, no es necesario que empleen fórmulas sacramentales ni que utilicen una denominación en particular, sino que es suficiente que de su contexto resulte que han querido celebrar ese tipo de acuerdo, y no otro. Y ello es lógico porque, mientras no sepan qué clase de contrato han de concluir, no quedará más que interpretar que la negociación aún se mantiene en el terreno de las tratativas precontractuales.

También es preciso que las partes se pronuncien sobre el objeto del contrato, es decir, sobre el bien respecto del cual se transmitirá un derecho de disponibilidad limitado, que podrá estar determinado en mayor o menor medida, pero que en ningún caso se admitirá su indeterminación absoluta.

Por fin, las partes deberán pactar el precio que habrá de dársele al bien que es objeto de ese acto. Esta valoración, como dijimos anteriormente, está íntimamente vinculada a la consecución del fin propio del contrato, ya que indica la ventaja que obtendrá el *tradens* en caso que el bien no le sea restituido y marca también el beneficio económico que obtendrá el *accipiens* en caso que decida transmitirlo a un tercero por un precio mayor. Por tanto, si

las partes no han pactado la estimación del bien, u omitieron fijar el mecanismo que debe seguirse para su valoración, pensamos que no habrá técnicamente contrato estimatorio sino, más bien, un acuerdo preliminar que no alcanzará la entidad de aquel.

Por lo demás, y en contra de la opinión de algunos autores,<sup>57</sup> creemos que no es necesario que los contratantes se pronuncien sobre la duración del acuerdo por no ser ello esencial para la caracterización del acto. Si las partes no acordasen un tiempo de vigencia, el contrato se reputará como de plazo indeterminado y, en consecuencia, cualquiera de los interesados podrá resolverlo en la oportunidad que lo estime conveniente, cuidando siempre de dar un preaviso razonable que evite los efectos nocivos que, en general, producen las decisiones intempestivas.

### *B) Capacidad*

La capacidad, en tanto es un presupuesto del negocio, debe valorarse antes de que las partes manifiesten su consentimiento contractual. Ello es así por cuanto no puede admitirse la presencia de una voluntad jurídica, o sea, de una voluntad sana y eficaz, de no existe capacidad en el sujeto que la detente.

En el caso del contrato estimatorio, y ante la ausencia de previsiones legales específicas, resultan aplicables las normas de carácter general que regulan la capacidad para contratar (art. 1160 y ss. Cód. Civil). En consecuencia, no podrán celebrar por sí este contrato, aunque podrán hacerlo mediante representación o asistencia, los incapaces que detenten una incapacidad absoluta o relativa de hecho; ni aquellas personas que carecen de aptitud para ser titulares de derechos y obligaciones en virtud de una incapacidad de derecho. Esta última prohibición reposa en razones de índole moral y, en atención a su carácter imperativo, no admite ser superada por los institutos de la representación o la asistencia, como sí ocurre en los supuestos de incapacidad de hecho.

57. Entre ellos, cabe mencionar a Giordano, "Tradizione e potere de disposizione nel contratto estimatorio", en R. D. C., 1952, p. 98; Tamburrino, "Sulla natura e caratteristiche del contratto estimatorio", en *Giur. Cass. Civ.*, XXVI, III, 1947, p. 526 y ss. y L. Rocchi, "Sul contratto estimatorio", en R. D. C., 1946, p. 301 y ss.

Pero cabe preguntar: ¿quiénes son esas personas que están impedidas de celebrar el contrato estimatorio en virtud de una incapacidad de derecho?

Los pocos autores que se ocuparon del tema<sup>58</sup> respondieron a este interrogante diciendo que la capacidad que se requiere para celebrar el contrato estimatorio es la misma que se necesita para concluir el contrato de compra y venta. Ello significa que el *tradens* debería gozar de capacidad para disponer de sus bienes y el *accipiens* para obligarse, conforme lo prescribe el art. 1357 del Cód. Civil.

Pero, ¿existe una específica capacidad de disponer, y otra de obligarse, que presenten características propias y reconocibles dentro del cuerpo de nuestra ley civil?

En nuestra opinión, que está corroborada por el pensamiento de Risolía, la respuesta es negativa puesto que nuestra legislación “no ha circunscrito en ninguna parte esa capacidad de disponer, absorbida por la capacidad general, y si bien es cierto que a algunas personas [...] se les prohíbe celebrar actos que podrían comprometer su patrimonio, es evidente que esa prohibición no sirve para construir, a contrario, una capacidad de disponer, susceptible de ser distinguida dentro del vasto círculo de la capacidad común, por sus netos perfiles y su naturaleza peculiar”.<sup>59</sup> Por lo tanto, no es posible aludir a una “capacidad para disponer” sino, más bien, a una “facultad de disposición” que es inherente al derecho de propiedad, conforme surge del art. 2513 y se reitera en la doctrina de las notas a los arts. 2506, 2508 y 2513 del Cód. Civil.

Esa facultad (y no capacidad) de disponer consiste, como se ha dicho,<sup>60</sup> en que el sujeto esté habilitado para privarse, material y jurídicamente, de un bien económico. Es decir, se trata de una potestad que se vincula a un sacrificio que sólo puede provenir del titular de un derecho de propiedad ya que, como tal, es el único que puede decidir el destino que habrá de dársele a sus bienes.

58. En general, la doctrina omite referirse a la capacidad requerida para celebrar el contrato estimatorio. Entre los autores que le han dedicado unas pocas líneas a este tema pueden mencionarse, entre otros, a Muñoz M. Planas, *El contrato estimatorio*, op. cit., p. 291, y E. L. Gregorini Clusellas, *La Ley 1992-E*, p. 949.

59. M. A. Risolía, *Capacidad y contrato*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959, pp. 33-34.

60. M. A. Risolía, *Capacidad y contrato*, op. cit. p. 34.

Y así como pensamos que no existe una “capacidad de disponer”, creemos que tampoco puede hablarse de una “capacidad para obligarse” que se desligue de la capacidad jurídica: una y otra constituyen lo mismo dado que la asunción de obligaciones, así como la adquisición de derechos, hace a la esencia de la capacidad jurídica. Es más: aun cuando reconozcamos la existencia de una capacidad específica para obligarse –y aunque adhiramos a la idea de que ella es distinta a toda otra capacidad jurídica–, es evidente que no será privativa del *accipiens* puesto que el *tradens* también asumirá obligaciones en oportunidad de concluir el negocio, como es la de entregar el bien que constituye su objeto.

En conclusión, todas las personas que participen en el contrato estimatorio deben ser capaces, esto es, deben tener aptitud legal para adquirir derechos y contraer obligaciones. Pero el *tradens*, además de capacidad, debe estar investido de poder jurígeno que lo habilite a disponer del bien de que se trate (así, por ejemplo, no podría estar inhibido por orden judicial o privado de disponer de sus bienes por algún otro motivo), pues ello le impediría celebrar válidamente el acto, aun cuando tuviese plena capacidad civil para concluir negocios jurídicos, siendo en lo demás aplicables, por analogía, los arts. 1358 a 1362 del Cód. Civil.

### C) Objeto

Es sabido que la labor encaminada a precisar la noción de objeto del contrato originó un intenso debate doctrinal que, pese a los esfuerzos realizados y el tiempo transcurrido, aún hoy sigue vigente. Tal circunstancia puede explicarse, a nuestro entender, por la oscura redacción que contiene el Código Civil, lo que ha llevado a confundir el objeto de la obligación (que es la prestación) con el objeto del contrato.<sup>61</sup>

61. La tesis fue sustentada en Francia por algunos comentaristas del *Code Civil* de 1804, y por Freitas en el *Esboço* de Código Civil que redactara para la República Federativa de Brasil. Sin embargo, Lafaille, en su *Derecho civil. Contratos*, T. III, afirma que Vélez Sarsfield, al redactar el art. 1167 del Código Civil, hizo una mala traducción del Proyecto de Freitas (art. 1680 –y su concordante art. 1682, inc. 1º–), pues el texto concebido por el jurista brasileño expresaba que “el objeto de los actos jurídicos es el de las obligaciones que en ellos se contrajeran”, lo que, al decir del autor argentino, pone un manto de duda sobre la idea contenida en el art. 1167 de que el objeto del acto es la prestación.

Sin embargo, y teniendo a la vista lo dispuesto en el art. 1167 del Código Civil, que remite a la norma del art. 953 del mismo cuerpo legal, podemos colegir que el objeto del contrato es el mismo que el del acto jurídico y, en consecuencia, que ese elemento se integra de “hechos” (positivos y negativos) o “bienes” (cosas y derechos) que sean susceptibles de apreciación pecuniaria.

Partiendo de esta doctrina, están quienes entienden que el contrato estimatorio tiene únicamente por objeto las cosas muebles no registrables de propiedad del *tradens*. El fundamento de esta opinión –seguida por el derecho comparado y la mayor parte de la doctrina nacional y extranjera– radica en que las cosas muebles registrables, los inmuebles y ciertos derechos de carácter patrimonial requieren su inscripción en los registros respectivos para que el cambio de titularidad resulte oponible a terceros. De modo que el *accipiens*, en tanto no es propietario del bien, estaría vedado de realizar esa anotación en nombre propio, frustrándose así la función económica del contrato en análisis.

Pero en nuestra opinión, que dista en parte de la doctrina que acabamos de exponer, el objeto del contrato estimatorio puede ser, no sólo las cosas muebles no registrables, sino también aquéllos derechos que por su naturaleza admiten su transmisión, ya sea en propiedad o uso, mediante la entrega del soporte o instrumento en el que constan. Tal el caso de ciertos títulos al portador (como, por ejemplo, letras de cambio, pagarés, cheques, siempre que no sean nominativos o a la orden) o *software* informático que, en atención a sus características particulares, pueden transferirse por simple tradición del documento que los contiene. Es decir, se trata de derechos que pueden comercializarse de la misma forma que lo hacen las cosas muebles no registrables y, en mérito a ello, no ofrecen dificultad para actuar como objeto de este contrato, aunque en la práctica no sea frecuente que asuman ese carácter.

Por lo demás, y en cuanto a las cosas muebles no registrables, pensamos que no existen límites para que compongan el objeto de este contrato, pudiendo ser tanto cosas muebles consumibles, no consumibles, fungibles, no fungibles, divisibles o indivisibles, siempre que estén determinadas al momento de formarse el acto o puedan determinarse con posterioridad mediante los mecanismos provistos en el acuerdo de partes. Pero debemos aclarar que si el

contrato recae sobre cosas muebles consumibles o fungibles,<sup>62</sup> y el *tradens* no le ha quitado esa calidad mediante un acto voluntario,<sup>63</sup> ocurriría con el nacimiento del acto una verdadera transmisión de dominio a favor del *accipiens*, quien podría liberarse de su obligación de pagar el precio estimado devolviendo, no la misma cosa, sino otra de la misma especie, calidad y cantidad.

Esta última conclusión arroja consecuencias importantes dentro del campo del derecho pues, si consideramos que el *accipiens* se convierte en propietario de las cosas consumibles o fungibles que recibe (salvo que el *tradens* le haya quitado esa calidad mediante un acto voluntario), no quedarán dudas de que deberá asumir los riesgos que suelen asociarse a ellas (esto es, pérdida, robo, deterioro, etc.) pues, conforme puede extraerse de la doctrina de nuestro Código Civil,<sup>64</sup> todos los bienes crecen y perecen para sus dueños, salvo pacto en contrario.

Por lo demás, coincidimos con la doctrina mayoritaria y, por tanto, excluimos a los inmuebles, las cosas muebles registrables y los derechos (salvo

62. No obstante, las definiciones de “consumible” y “fungible” que contienen los arts. 2325 y 2324 del Código Civil, respectivamente, pensamos que lo mejor es recurrir a la nota del codificador al art. 2241, atento su claridad. Allí dice, citando a Marcadé, que “se llaman cosas de consumo las que no se pueden emplear en su uso natural, sin destruirlas, sea materialmente, como el pan, el vino, etc., o sea civilmente, haciéndolas salir de nuestro patrimonio, como la moneda. Las cosas no consumibles son las susceptibles de un uso repetido sin destruirse, como un caballo, un libro, etc. Se ve, pues, que la calidad de consumirse o no consumirse depende de la naturaleza de las cosas, y no de la fantasía de las personas. Entre tanto, las cosas son fungibles o no fungibles según que en la entrega que yo hago a una persona que debe devolvérmelas, estas cosas podrán ser devueltas por otras de la misma especie, en cantidad y calidad, o deberán devolverse las mismas cosas. Si yo os presto un Código en el que he puesto algunas notas, y os encargo que me lo devolváis, el libro no es fungible. Pero si al contrario un librero pide a un impresor un Código que de pronto necesita para devolverle después otro ejemplar igual, el libro es fungible. Se ve, pues, que la fungibilidad, en lugar de depender de la naturaleza de las cosas, como la calidad de consumirse por el primer uso, depende únicamente de la intención de las partes [...]”.

63. Cabe destacar, en este sentido, que el *tradens* podría quitarle a una cosa consumible su calidad de tal si, por ejemplo, la entrega al *accipiens* en saco o caja cerrada con llave, no entregándola a este; o si fuera un bulto sellado, o con algún signo que la distinga (conf. art. 2188, Cód. Civil).

64. Art. 574 y ss.

los que enunciamos con anterioridad) de la nómina de bienes que pueden integrar el objeto de este acuerdo de voluntades.

#### D) Forma y prueba

El estimatorio es un contrato que carece de exigencias formales prescriptas por ley. De allí que pueda celebrarse por escrito, verbalmente o acudiendo a signos inequívocos, rigiendo en plenitud el *principio de libertad de formas* que consagra el art. 974 del Cód. Civil.

No obstante, debemos reconocer que este principio originario del derecho moderno sufre una limitación que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, está prevista en el art. 209 del Cód. de Comercio (y se reitera en el art. 1193 del Cód. Civil). Según esta norma, los contratos que excedan de “doscientos pesos fuertes” no podrán probarse por testigos a menos que exista principio de prueba por escrito, esto es, que en juicio se presente “cualquier documento público o privado que emane del adversario, de su autor o de parte interesada en la contestación o que tendría interés si viviera” (art. 209, *in fine*, Cód. de Comercio) y que torne verosímil el derecho que se invoca.

Vemos, pues, que esta norma apunta a regular la prueba de los contratos (y no su forma), pero pensamos que merece analizarse dentro del tema que nos ocupa pues vuelve a implantar el principio de formalismo contractual que había consagrado el derecho romano y que, en apariencia, desechó la codificación moderna. Sin embargo, al excluirse la prueba testimonial –y con ello, las presunciones y demás pruebas no instrumentales, con excepción de la confesión judicial–,<sup>65</sup> estaría imponiéndose nuevamente la regla de la esencialidad de la forma, pero no por tratarse de una exigencia legal, sino para evitar las dificultades que el propio ordenamiento jurídico impone a la prueba de los contratos que excedan la tasa de ley.

Empero, debemos advertir que existen algunas circunstancias que ponen en duda la aplicación y vigencia de esta norma. Así, pues, el valor en dinero que indica la ley (esto es, “doscientos pesos fuertes”), equivale “a cero” en la actualidad debido a los efectos derivados de los procesos inflacionarios y cambios en la moneda que azotaron a nuestro país; por tanto,

65. A. G. Spota, *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, V. I, p. 195, Buenos Aires, Depalma, 1974.

si aplicáramos la norma en sentido literal, llegaríamos al absurdo de que todo contrato, por más modesto que fuese su alcance económico, quedaría comprendido dentro de la previsión legal, contrariándose así el fin que ha perseguido el legislador.

Asimismo, observamos que los arts. 209, *in fine*, del Cód. de Comercio y 1191 y 1192 del Cód. Civil contienen una serie de excepciones a la ineficacia de la prueba de testigos que reducen notablemente su campo de acción.<sup>66</sup> En efecto, la primera de las normas mencionadas admite ese medio de prueba, incluso cuando el contrato supere la tasa legal, siempre que en juicio se haga valer un documento escrito que reúna las condiciones de ley y sea hábil para presumir la existencia del acuerdo (principio de prueba por escrito); en tanto las normas civiles aluden, no sólo a esa excepción, sino también a la imposibilidad de obtener o presentar la prueba que designa la ley y a la falta de cumplimiento del contrato por parte de uno solo de los contratantes (principio de ejecución del contrato).

Vemos, pues, que son tantas *las excepciones* que rodean a la excepción de la prueba calificada que, en rigor de verdad, no hacen más que confirmar la regla general de libertad de formas. Pero esa libertad, como toda otra, debe ejercerse con cuidado y previsión para evitar las dificultades que pueden surgir a la hora de delimitar los contornos del contrato que ha querido celebrarse. Dichas dificultades pueden representarse con el siguiente ejemplo: supongamos que, como ocurre en la realidad, un fabricante de productos o comerciante mayorista entrega a otro (generalmente minorista) una cantidad cierta de mercadería, contra la suscripción de una constancia que acredita el envío y recepción de la misma, comúnmente denominada “remito”, para que este último lucre con su enajenación. En este caso: ¿cómo comprobar si estamos en presencia de un contrato estimatorio, un mandato para la venta o una compraventa sujeta a condición o plazo?

66. Hay acuerdo en sostener que, no obstante la consagración de una sola excepción en la legislación mercantil, se aplican a los contratos comerciales las otras dos que contempla el Cód. Civil. Incluso, el hecho de que en la definición de principio de prueba por escrito el art. 209 del Cód. de Comercio no aluda a que el mismo “haga verosímil el hecho litigioso”, como dice el art. 1192, 2ª parte, del Cód. Civil, no se considera una variación de criterio para determinar la existencia de tal principio, debiendo resolverse atento las circunstancias del caso (conf. J. M. Gastaldi, *Introducción al estudio de los contratos comerciales. Su relación con los contratos civiles.*, Buenos Aires, Belgrano, 1985, p. 79).

Es verdad que en el ejemplo dado podremos recurrir a cualquier medio de prueba puesto que los “remitos”, en tanto son documentos privados que emanan de una de las partes interesadas, sirven como principio de prueba por escrito y, en consecuencia, habilitan la amplitud probatoria. Pero no podemos dejar de advertir que, las más de las veces, esos medios son útiles para demostrar la existencia de *un contrato*, pero resultan insuficientes para acreditar el *tipo de contrato* que ha ocurrido en la realidad. De ahí que, si las partes disintieran respecto del contrato que creyeron celebrar, habrá que estar a los resultados de una solución judicial que, en muchos casos, puede no coincidir con la realidad del negocio.

Por tanto, y pese a que nuestro ordenamiento no prescribe una forma determinada para concluir el contrato estimatorio, pensamos que es conveniente recurrir a la forma escrita para evitar las divergencias que podrían darse en materia de prueba. No obstante, debemos admitir que los usos del comercio se apartan de esta recomendación y acuden a la forma verbal como medio habitual de concluir este negocio.

## **IX. Elementos esenciales particulares**

### *A) Consideraciones previas. Fijación del plazo*

Los elementos esenciales particulares del contrato estimatorio son el *precio estimado* y el *derecho de disposición* que nace en favor del *accipiens*.

Fuera de ellos, no hay más elementos que adquieran ese carácter; ni siquiera la fijación convencional del término del contrato tiene esa entidad pues, a nuestro entender, el fin propio de este acuerdo puede cumplirse aun cuando las partes no pacten el período de tiempo dentro del cual habrá de desarrollarse la relación contractual.

En tal sentido cabe recordar que, entre nosotros, la ausencia de plazo convencional lleva a aplicar lo dispuesto en el art. 509, ap. 3º, Cód. Civil que informa que “si no hubiere plazo, el juez, a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada en la sentencia para el cumplimiento de la obligación”. Ello demuestra que la ausencia de un plazo de vigencia convenido

por las partes no enerva la existencia del contrato estimatorio, por lo que no corresponde asignarle a esta estipulación el carácter de elemento esencial.

Hecha esta aclaración, pasaremos a analizar los componentes que, a nuestro entender, resultan esenciales y particulares a la figura en análisis.

### *B) Precio estimado*

Las partes del contrato estimatorio deben convenir el valor que ha de dársele a los bienes que constituyen su objeto. Esta valoración está íntimamente vinculada a la consecución del fin propio de este contrato ya que, por un lado, indica el precio que habrá de obtener el *tradens* en caso que el bien no le sea restituido y, por otro, marca la ventaja económica que recibirá el *accipiens* en caso que decida transmitirlo a un tercero por un precio mayor.

Por tanto, si *tradens* y *accipiens* no pactaron la *aestimatio* –o no fijaron el método que habrá de seguirse para su determinación–, no será posible afirmar la existencia de un contrato estimatorio debido a la ausencia de un elemento que es esencial a este negocio.

Para que el precio estimado tenga relevancia jurídica debe reunir la condición de *cierto*, esto es, debe ser determinado o determinable; y ello ocurre cuando: a) las partes lo han fijado de común acuerdo; b) cuando se deja su designación al arbitrio de un tercero para que lo haga al tiempo del contrato o con posterioridad y; c) cuando se fija con referencia a otra cosa cierta. Esto, en virtud de la aplicación analógica del art. 1349 del Cód. Civil que regula el precio en la compraventa.

Por cierto que la primera variante (fijación del precio por acuerdo de partes) no ofrece mayores dificultades ya que el valor surgirá de lo convenido por los contratantes sin requerirse ninguna investigación u operación posterior. Pero es oportuno aclarar que, a nuestro entender, no es necesario (aunque sí habitual) que las partes pacten que el precio sea “en dinero”, pudiéndose acordar, como contraprestación a cargo del *accipiens*, la entrega en propiedad de otra cosa (sea mueble o inmueble), la concesión de un derecho o el cumplimiento de un hecho, siempre que sean susceptibles de apreciación pecuniaria. Ello, en virtud del carácter atípico que tiene el contrato estimatorio, y que torna inaplicable la exigencia legal del “precio en dinero” que en general rige para otros contratos que cuentan con una regulación específica en la ley (vgr. compraventa, locación, entre otros).

En la segunda hipótesis de determinación, esto es, cuando la fijación del precio queda al arbitrio de un tercero, puede suceder que este no quiera, no pueda o no llegue a determinarlo. En este caso, habrá que estar a lo dispuesto por el art. 1350 del Cód. Civil que, también por aplicación analógica, resuelve la cuestión diciendo que “cuando la persona o personas determinadas para señalar el precio, no quisieren o no llegaren a determinarlo, la venta quedará sin efecto”. Cabe aclarar, en este sentido, que nada obsta a que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, pacten una solución contraria a la prevista en la norma transcrita y, por ende, acuerden que si el tercero no quiere, no puede o no llega a determinar el precio, cualquiera de las partes podrá recurrir al juez competente para que lo haga en su nombre. Ello así, por cuanto la previsión legal no es de orden público y, en consecuencia, admite modificarse por voluntad de las partes.

Por último, hemos dicho que el precio puede resultar *cierto* cuando las partes lo determinasen en referencia a otra cosa cierta como, por ejemplo, si conviniesen que el precio estimado será igual al valor que tiene un objeto de similares características en una plaza determinada o al precio corriente de la cosa en un tiempo establecido. En estos casos, y a diferencia de lo que ocurre en los supuestos anteriores, la determinación del precio requerirá de una investigación u operación que ha de efectuarse con posterioridad a la celebración del contrato.

Pero debe quedar claro que, dentro de esta operatoria, pueden convivir dos clases de precios que merecen distinguirse en atención a sus orígenes: por un lado, está el “precio estimado” que es un elemento necesario para la existencia y validez del contrato estimatorio y, por otro, el “precio de venta” que es la contraprestación que recibirá el *accipiens* en caso que decida comercializar los bienes dados por el *tradens*. El primero surge del acuerdo entre las partes e integra la estructura funcional de este contrato; mientras que el segundo es consecuencia de la voluntad unilateral del *accipiens* y su fijación excede los límites del contrato estimatorio (en todo caso, podrá ser un elemento esencial –y negociado– dentro del contrato que el *accipiens* celebre con el tercero adquirente). De modo que si el “precio de venta” fuese impuesto por el *tradens* o acordado entre las partes, no habrá contrato estimatorio sino alguna otra figura con características similares (vgr. mandato), que debe distinguirse de aquel.

Lo expuesto hasta aquí lleva a apartarnos de la doctrina mayoritaria que señala que el contrato estimatorio tiene frecuente aplicación entre los

editores de diarios y revistas con sus distribuidores, pues consideramos que esa opinión se basa, exclusivamente, en observar que los distribuidores pueden devolver las mercaderías si al cabo de determinado tiempo no han podido colocarlas entre su clientela, pero omite advertir la ausencia de otros elementos que también son esenciales a la figura en análisis. De ahí que, a nuestra entender, esa operatoria se enmarque dentro de otra figura (según el caso, podría ser un contrato de distribución o de mandato) que excede los límites del contrato estimatorio, pues el distribuidor carece de facultades para transmitir la cosa a un precio y bajo las condiciones que libremente convenga con el tercero, y debe sujetarse a las instrucciones dadas por el editor. Ese grado de subordinación (aunque sea mínima) desnaturaliza la figura del contrato estimatorio y hace que el negocio jurídico encuadre dentro de algún otro tipo contractual.

En síntesis: si el *tradens* fija precios indicativos u obligatorios para la venta de sus productos no puede afirmarse la existencia de un contrato estimatorio porque el *accipiens* estaría recibiendo instrucciones del *tradens* –y no obrando por cuenta propia–, lo que haría que sus funciones se asemejen a las que cumple un mandatario sin representación.

### C) Derecho de disponibilidad

El otro elemento esencial y particular del contrato estimatorio es el derecho de disponibilidad que nace en favor del *accipiens*. Ese derecho, lejos de ser absoluto, está limitado a la ejecución de ciertos actos y permite que el *accipiens* disponga de los bienes como si fuesen de su propiedad –con las limitaciones que surgen de la naturaleza de la convención–, siendo el pago del precio una mera consecuencia del ejercicio de tal poder.

Pero, ¿cuál es la naturaleza de ese derecho que integra la estructura de este acto con carácter esencial?

A nuestro entender, resulta claro que el estimatorio no puede actuar como fuente de un derecho real de dominio pues el *accipiens*, en tanto es deudor de la cosa, salvo que abone el precio estimado, está impedido de realizar ciertos actos (como, por ejemplo, gravar la cosa con un derecho real de garantía; darla en locación, comodato o depósito; alterar su calidad o cantidad; entre otros), atento el carácter relativo del derecho que recibe. Ello demuestra que el *tradens* sigue conservando la propiedad del bien (salvo

que se trate de cosas consumibles o fungibles) y sólo transmite un derecho de disponibilidad que está limitado a la ejecución de ciertos actos.

Tampoco puede decirse que el *accipiens* actúe como simple tenedor de cosa ajena (como lo haría un locatario o comodatario, conforme lo establece el art. 2462 del Cód. Civil) ya que, de asumir ese rol, no podría cumplir con la función económica de esta figura que, como sabemos, es obtener cantidades suficientes de mercaderías, que no adquiere en propiedad, pero que puede, sin embargo, transmitir y lucrar con su enajenación como si fueran propias. Vale decir, el simple tenedor de cosa ajena no puede disponer del bien que recibe pues, aunque tenga el *corpus* que le permita ejercer un derecho físico y efectivo sobre la cosa, carece de *animus domini* para decidir el destino que habrá de dársele a dicho bien. De ahí que la figura de la tenencia no se ajuste a la realidad del contrato estimatorio y, por tanto, debe descartarse como fundamento del derecho de disponibilidad que nace en virtud de este contrato.

Pero, dentro de la teoría *realista*, es decir, de aquella que considera que todos los contratos sobre bienes dan origen a un derecho real, podría considerarse que el estimatorio es fuente de un supuesto especial de usufructo (que la ley denomina *usufructo de mercaderías*), previsto en el art. 2809 del Cód. Civil. El fundamento de esta opinión podría hallarse en las notables coincidencias que existen entre el contenido de esa norma<sup>67</sup> y la descripción que la doctrina y los textos legales suelen hacer de ese contrato. Asimismo, cabe recordar que el inc. 1º del art. 2812 del Cód. Civil establece que el usufructo (sea de mercaderías o no) puede constituirse por “contrato oneroso” y que el estimatorio, conforme lo hemos visto, es un acuerdo de voluntades que encuadra dentro de esa categoría.

Todo ello impone que nos detengamos, siquiera sea brevemente, en los fundamentos de esta hipótesis, para luego dar nuestra opinión.

En este sentido, pensamos que si bien el Código Civil define el usufructo como el “derecho real de usar y gozar de una cosa” (art. 2807), y así pareciera excluir a los *derechos*, lo cierto es que el sentido literal del término *cosa* no coincide con las fuentes de las que se valió nuestro codificador para regular este instituto, ni con otras disposiciones contenidas en el

67. Art. 2809: “El usufructo de mercaderías es un puro y simple usufructo, y el usufructuario puede enajenarlas. Los derechos respectivos se fijarán por el valor que se les hubiere dado, o por el inventario que determine su calidad y cantidad”.

mismo cuerpo legal. En efecto, en la nota puesta al pie del art. 2807 Vélez Sarsfield cita a “la ley romana” como antecedente de esa norma y, conforme a esa fuente, la palabra *cosa* sirve para designar tanto a los objetos corporales como incorporales susceptibles de tener un valor.<sup>68</sup> Asimismo, nuestra legislación –tanto civil como comercial– contiene algunas normas que aluden al *derecho* como posible objeto del usufructo: tal el caso del usufructo de créditos previsto en el art. 2875 del Cód. Civil o el usufructo de acciones de las sociedades anónimas (art. 218, Ley 19.550) o de las cuotas de las sociedades de responsabilidad limitada (art. 156, segunda parte, Ley 19.550). Ello demuestra que, no obstante algunas opiniones,<sup>69</sup> existe coincidencia de objeto entre el usufructo de mercaderías y el contrato estimatorio

Ahora bien: frente al texto del art. 2809 del Cód. Civil que declara al usufructo de mercaderías como un usufructo “puro y simple”, están quienes entienden que se trata de un simple error de calificación, toda vez que se refiere, en realidad, a un cuasiusufructo pues contiene la facultad de disponer.<sup>70</sup> También se ha dicho, en este mismo sentido, que el instituto en cuestión constituye un caso especial de cuasiusufructo de cosas fungibles y que las mercaderías a que alude el artículo son, dentro del género de cosas muebles, las que están destinadas a lucrar con su enajenación; de allí que su estudio corresponda principalmente al derecho comercial.<sup>71</sup>

Sin embargo, otros autores sostienen que “es clara la norma cuando comienza diciendo que *el usufructo de mercaderías es un puro y simple usufructo* con lo que quiere llanamente significar que quedará regulado por las normas del usufructo perfecto, cuyo rasgo típico [...] lo constituye la falta de propiedad del objeto gravado”.<sup>72</sup> De modo que, desde este punto de vista,

68. Véase C. Maynz, *Curso de Derecho Romano*, traducc. de Pou y Ordinas, T. I, Barcelona, 1892, p. 476.

69. Algunos autores, (entre otros, M. A. Pepe, *Usufructo de fondo de comercio*, La Ley, 28 de mayo de 2007) sostienen que el usufructo de mercaderías previsto en el art. 2809 del Cód. Civil es, en realidad, un usufructo de fondo de comercio.

70. H. Lafaille, *Derecho Civil*, T. IV, Tratado de los Derechos Reales, V. II, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores S.R.L., 1944, p. 456.

71. M. Mariani de Vidal, *Curso de Derechos Reales*, T. II, Buenos Aires, Zavallía, 1993, p. 249.

72. M. A. Pepe, *Usufructo de fondo de comercio*, La Ley, 28 de mayo de 2007.

el interés del usufructuario consiste en la *explotación y administración* de las mercaderías que recibe para comercializar, siendo entonces responsable de su conservación y pudiendo enajenarlas, no porque sea su dueño, sino porque se le ha otorgado una facultad de disposición.

Todo ello, sin dudas, podría aplicarse al contrato estimatorio; sin embargo, en nuestra opinión, debe descartarse esa idea pues el estimatorio, en tanto es un contrato consensual, sólo puede generar derechos de índole personal –y no real– que se traducen en la asunción de obligaciones a cargo de cada una de las partes contratantes. Ello, por cuanto no existe una relación directa e inmediata entre la persona y la cosa, sino entre el titular del derecho (*tradens*) y el deudor (*accipiens*) que se obliga a cumplir una prestación en beneficio de ambos.

De ahí que debemos buscar otro argumento que justifique la existencia de ese derecho de disposición que caracteriza a esta figura y, en este sentido, pensamos que la explicación más aceptable podría encontrarse en el instituto de la *representación indirecta*, siempre que sea ejercida en interés de ambas partes.

Cabe recordar que la representación indirecta tiene lugar cuando una persona (representante) obra por cuenta de otro (representado), pero en nombre propio. Sin embargo, como lo señala Fontanarrosa,<sup>73</sup> no es de la esencia de la representación que el representante actúe en interés del representado (si bien es lo más común), por lo que puede concebirse una representación en interés del representante o en interés de ambos, siempre que exista conformidad del representado.

Partiendo de esta premisa, pensamos que el derecho de disponibilidad que nace como consecuencia del contrato estimatorio encuentra su origen en la representación (indirecta) que asume el *accipiens* para disponer de los bienes del *tradens* en interés de ambos. De modo que el *accipiens* puede transferir la propiedad de las mercaderías que recibe (o incluso puede hacerlas ingresar a su patrimonio), no porque sea su dueño, sino porque el *tradens* le ha otorgado facultad para ello.

73. Citado por J. M. Gastaldi en *Contratos*, V. II, p. 232, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

Pero, como lo señala Mosco,<sup>74</sup> aunque refiriéndose a otra figura,<sup>75</sup> la representación por sí sola resulta insuficiente para lograr la transmisión de bienes muebles no registrables, ya que el tercero adquirente no podría exigirle al *tradens* la entrega de la cosa vendida puesto que, en los hechos, desconoce quién es ese sujeto y, además, tiene motivos suficientes para creer que el *accipiens* es quien detenta la titularidad de dominio de ese bien. Por tanto, además de la representación, es necesario que el representado entregue al representante la cosa objeto del contrato, ya que de lo contrario no estaría legitimado para llevar a cabo el acto de disposición que autoriza este contrato.

No obstante ello, debemos aclarar que esta última circunstancia no convierte al estimatorio en un contrato real pues la entrega de la cosa no resulta indispensable para el nacimiento de esta figura, sino que es requerida al solo efecto de que el *accipiens* ejerza la actividad de representación. Por tanto, si el *tradens* rehusase tal entrega, habrá incumplido una de las obligaciones que tiene a su cargo, pero ello no afectará la validez del contrato estimatorio que, en virtud de su carácter consensual, sigue manteniendo su vigencia.

## X. Derechos y obligaciones de las partes

El contrato estimatorio origina derechos y obligaciones a cargo de ambas partes contratantes. Ello impone que nos detengamos en el análisis de cada uno de esos derechos y deberes a fin de lograr una visión completa de los efectos que produce este contrato.

74. L. Mosco, *La representación voluntaria*, Barcelona, 1963, p. 55, citado por J. M. Farina, *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 627.

75. L. Mosco, en la obra citada en la nota anterior, se refiere a la figura de la *autorización* y la distingue de la *representación*. En este sentido, sostiene que la representación se refiere a la persona del *dominus*, en tanto la autorización se remite al *objeto* sobre el que se ha de disponer. De este modo, el autor citado sigue la tendencia de algunos autores, como por ejemplo Salas, que sostienen que hablar de representación impropia o indirecta es una *contradicho in adjecto*, porque si el efecto propio y específico de la representación es hacer que las consecuencias de los actos del representante se produzcan directamente en cabeza del representado, no puede haber representación cuando ello no se verifica.

## A) Derechos del *tradens*

Entre los derechos del *tradens* podemos citar los siguientes:

### 1. Conservar la propiedad del bien

Mediante el contrato estimatorio el *tradens* concede un derecho de disponibilidad sobre uno o varios bienes –que en terminología del derecho comercial se llaman *mercancías* o *mercaderías*–, pero conserva su propiedad hasta que el *accipiens* disponga de ellos o abone el precio estimado. Por tanto, como lo señala Messineo,<sup>76</sup> mientras el *tradens* no obtenga la restitución de la cosa o el pago del precio, no pierde la propiedad del bien ni el *accipiens* la adquiere.

Se observa, pues, que el *tradens* se encuentra temporalmente privado de la facultad de disponer de dichos bienes; pero, como se ha dicho,<sup>77</sup> “nada impide que el *tradens* prometa la venta o venda las cosas dadas en consigna, siempre y cuando la eficacia del acto se halle subordinada a la restitución de la cosa” o, por lo menos, se ponga en conocimiento del adquirente el estado de indisponibilidad que pesa sobre dicho bien. Esta solución encuentra su fundamento en los principios de buena fe y lealtad comercial –que se traducen en el deber precontractual de información–, y que apuntan a proteger al tercero adquirente de los actos que realiza el *tradens* sobre bienes que, siendo de su propiedad, no puede disponer.

Pero, ¿hasta qué momento el *tradens* conserva la propiedad del bien que es objeto del contrato estimatorio?

La doctrina suele responder a este interrogante diciendo que el *tradens* mantiene su carácter de propietario hasta que el *accipiens* abone el precio estimado.<sup>78</sup> Sin embargo, pensamos que esa respuesta únicamente puede aceptarse en la medida que exista simultaneidad entre el acto de disposición y el pago del precio convenido en el contrato estimatorio. Pero, si como ocurre en la realidad, existe un intervalo de tiempo más o menos prolongado entre uno y

76. F. Messineo, *Manual de derecho civil*, op. cit., p. 158.

77. R. S. Stiglitz, *Contratos - Teoría General*, 1, op. cit. p. 185.

78. Así lo expresan, entre otros, F. Messineo, *Manual de derecho civil*, I, op. cit.; O. Pisani en R. A. Etcheverry, *Derecho Comercial Económico, Contratos, Parte Especial*, op. cit., p. 147.

otro acto, la pérdida del carácter de propietario del *tradens* no podrá coincidir con la percepción del precio estimado pues, desde el momento en que sucede el acto de disposición y hasta concretarse dicho pago, el *tradens* y el tercero adquirente quedarían como copropietarios del mismo bien.

Por tanto, y ante lo ilógico de esa situación, pensamos que el *tradens* conserva la propiedad del bien, no hasta que reciba la suma convenida, sino hasta que el *accipiens* disponga del derecho o la cosa que es objeto de este contrato. Ello así, por cuanto el *accipiens* actúa como representante del *tradens* en el acto de disposición y, en consecuencia, se encuentra legitimado para provocar que el bien salga del patrimonio de su representado e ingrese en el patrimonio del tercero adquirente.

Lo expuesto hasta aquí cobra singular importancia en el caso de concurso o quiebra que afecte a cualquiera de las partes contratantes. En efecto, si el *accipiens* se hallare en estado de insolvencia que diera motivo a un proceso falencial, los bienes que hubiese recibido del *tradens* no formarían parte de los activos, debiéndose ordenar la restitución a su dueño, salvo supuesto especiales que contempla la legislación concursal (vrg. art. 20, Ley 24.522). Por el contrario, si el concurso o la quiebra afectasen al *tradens*, los bienes que hubiese dado en virtud de un contrato estimatorio formarían parte de los activos, salvo que el *accipiens* ya hubiese ejercido el derecho de disposición que le concede ese acto.

## 2. Percibir el precio estimado

El *tradens* tiene derecho a percibir el precio estimado en la medida que el *accipiens* no decida desobligarse mediante la restitución del bien sobre el cual se ha contratado. De modo que la existencia de este derecho está supeeditada a la previa decisión del *accipiens* respecto de la forma en que habrá de extinguir la obligación facultativa que contrajo.

Pero el *tradens* también tiene derecho a percibir el precio estimado, sin tener que esperar a que el *accipiens* ejerza ninguna opción, cuando acredite que este se encuentra impedido de restituir el bien, ya sea por causas imputables a su persona (culpa o dolo) o derivadas de caso fortuito o fuerza mayor, pues no cabe otra posibilidad si el cumplimiento de la obligación accesoria (restitución del bien) se ha tornado materialmente imposible.

Esta solución se basa en que el *accipiens* sólo puede proceder a la restitución de las mercancías en tanto estas se conserven íntegras; por tanto, si

por cualquier causa estas se pierden o deterioran, únicamente queda la posibilidad de cumplir la obligación principal que, en el caso del estimatorio, se traduce en pagar el precio estimado. No hay, por consiguiente, otra vía de liberación ya que la obligación facultativa se habría extinguido, quedando entonces una sola prestación de objeto determinado.

### *B) Obligaciones del tradens*

Las principales obligaciones que asume el *tradens* son:

#### *1. Entregar la cosa*

Las más de las veces el contrato estimatorio nace a la vida jurídica con la entrega de la cosa que constituye su objeto. Pero esta práctica no permite inferir que la figura en análisis adquiera el carácter de contrato real porque tal entrega no está impuesta por el Derecho sino que es elegida por las partes en uso de la autonomía de la voluntad.

Por tanto, cabe la posibilidad de que, una vez formado el contrato estimatorio, quede pendiente la entrega de la cosa por parte del *tradens*. Dicha entrega deberá hacerse en el lugar y tiempo convenido y, en caso de no haberse pactado, habrá que estar a las disposiciones generales que regulan las obligaciones de dar (arts. 574 y ss., Cód. Civil). Pero, en este caso, deberemos enfrentarnos a la problemática de la armonización entre los arts. 747 y 576 del Cód. Civil que, en opinión mayoritaria, se resuelve dando primacía al primero.<sup>79</sup>

De modo que, si las partes no hubiesen pactado el lugar de entrega, deberá efectuarse donde la cosa existía al tiempo de contraerse la obligación y, si este no puede determinarse, en el domicilio del deudor al tiempo de cumplimiento de la obligación (art. 747, Cód. Civil); en tanto, si las partes no hubiesen previsto el tiempo en que debía hacerse dicha entrega, será el juez competente quien deberá designarlo con arreglo a las circunstancias que rodean al caso (art. 576, Cód. Civil).

79. Véase, al respecto, E. Busso, *Código Civil anotado*, Ediar, 1944, comentario al art. 576.

Empero, debemos advertir que algunos autores<sup>80</sup> sostienen que la falta de acuerdo respecto del plazo de entrega habilita la aplicación del art. 463 del Cód. de Comercio y, en consecuencia, el *tradens* estaría obligado “a tener a disposición” del *accipiens* la cosa objeto del contrato, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la formación del acto.<sup>81</sup> Si bien es cierto que esta postura se adecua mejor a las exigencias del tráfico comercial, pensamos que no tiene cabida dentro de nuestro ordenamiento jurídico pues, como se observa, impone la aplicación de una norma que ha sido dictada para un contrato en especial (en el caso, el contrato de compraventa) y excluye la aplicación de una norma general que, más allá de la opinión que pueda merecernos, mantiene plena vigencia en la actualidad.

Ahora bien: dado que el *tradens* debe entregar el bien, va de suyo que también está obligado a conservarlo sin cambiar su estado hasta el momento de la tradición. Ello, por cuanto la determinación del precio estimado está íntimamente vinculada al estado en que se encontraba el bien al tiempo de la formación del acto. Por tanto, los gastos que demande esa conservación correrán por cuenta del *tradens*, salvo que el *accipiens* haya sido puesto en mora, en cuyo caso se trasladarán a este último porque el *tradens* no habría incurrido en ellos si el *accipiens* hubiese recibido la cosa en tiempo.

En cuanto a los aumentos ocurridos entre la celebración del contrato y la entrega del bien, favorecerán a su dueño, es decir, al *tradens*. Por consiguiente, este podrá reclamar un suplemento proporcional al aumento y si el *accipiens* se negase a abonarlo, el estimatorio quedará resuelto (conf. doctr. art. 582, Cód. Civil), sin que surjan responsabilidades para ninguna de las partes contratantes.

## *2. Aceptar la decisión del accipiens en cuanto al modo de desobligarse*

El *tradens* debe aceptar la decisión del *accipiens* respecto de la manera en que habrá de desobligarse, ya sea recibiendo el precio estimado o restituyendo el bien, con efecto liberatorio. Ello demuestra que la obligación del

80. R. A. Nissen, *El contrato estimatorio*, La Ley 1987-C, p. 758.

81. Esta postura, que no compartimos, encuentra su razón de ser en que “el contrato estimatorio no presenta elementos que puedan distinguirlo del contrato de compraventa comercial” (R. A. Nissen, *El contrato estimatorio*, op. cit.).

*accipiens* es facultativa y no alternativa, como se ha dicho,<sup>82</sup> pues en este último caso sería de aplicación lo dispuesto en el art. 641 del Cód. Civil que admite el supuesto en que “la elección fuere dejada al acreedor”, lo que desnaturalizaría la figura en análisis.

Por tanto, la facultad de sustituir una prestación (pago del precio) por otra (restitución del bien) corresponde únicamente al *accipiens*<sup>83</sup> (art. 643, Cód. Civil); y la acción del *tradens* solo estaría circunscripta a demandar el cumplimiento de la obligación principal que, en el caso del estimatorio, es la de pagar el precio estimatorio.<sup>84</sup>

### 3. Responder por evicción y vicios redhibitorios

Dado que en el contrato estimatorio la transmisión de la propiedad se verifica directamente del *tradens* al tercero en virtud del acto de disposición que lleva a cabo el *accipiens*, pensamos que resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 2096, *in fine*, del Cód. Civil. En consecuencia, el tercero adquirente podrá ejercer la acción de responsabilidad contra el *tradens* (además de ejercerla contra el *accipiens*) en caso de haberse visto privado “en todo o en parte del derecho que adquirió” (art. 2091, Cód. Civil), debiendo este responder por evicción en caso de derrota.

Esta solución, que también consagra parte del derecho comparado,<sup>85</sup> se funda en aquella regla según la cual cuando se transmite un derecho también se transfieren las acciones que el transmitente podría ejercer en razón de él; por tanto, el que adquiere un derecho recibe al mismo tiempo las ac-

82. Así lo han expresado, dentro de la doctrina italiana, De Medio, Coviello, Tartufari, entre otros. Asimismo es la postura que el Derecho germánico adoptó mediante el *Codex Maximiliano*, conforme lo hemos visto en ocasión de analizar los antecedentes de este contrato.

83. En contra: E. Busso, dentro de la doctrina nacional, y Von Tuhr, Larenz, Ennecerus, en la extranjera; citados por Alterini, Ameal, López Cabana, *Curso de obligaciones*, T. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Cuarta ed., 1991, p. 162.

84. F. Messineo, dentro de la doctrina italiana, adhiere a la idea de que en el contrato estimatorio la prestación principal es la de pagar el precio estimado (y no la restitución de la cosa). Dentro de la doctrina nacional este criterio lo sigue, entre otros, J. M. Farina (*Contratos comerciales modernos*, op. cit., p. 631).

85. Entre otros, art. 1841 del Cód. Civil chileno; art. 1488 del Cód. Civil peruano; art. 1759 del Cód. Civil paraguayo.

ciones que su transmitente podía ejercer contra los anteriores titulares de ese mismo derecho.<sup>86</sup>

En cuanto a los vicios redhibitorios, pensamos que la solución es idéntica a la que planteamos en el caso anterior porque, no obstante el silencio que guarda la ley, resulta aplicable lo dispuesto en el art. 2096 del Cód. Civil en atención a observarse “los principios de leyes análogas”, conforme se desprende de lo prescripto por el art. 16 del Cód. Civil.

### C) *Derechos del accipiens*

Los derechos del *accipiens* pueden resumirse en los siguientes:

#### 1. *Disponer del bien.*

El contrato estimatorio otorga al *accipiens* el derecho de disponer de los bienes que recibe del *tradens*. Pero ese derecho de disposición no es absoluto sino que, por el contrario, está limitado a la ejecución de ciertos actos; a saber:

##### a) Transmisión del bien a un tercero

El *accipiens* puede transmitir a un tercero la propiedad del bien por el título que estime más conveniente. Así, pues, puede proceder a su venta, cesión (en caso de tratarse de un derecho admisible como objeto de este contrato), permuta, donación o cualquier otro acto que genere la obligación de transmitir la propiedad del bien, sea a título oneroso o gratuito.

De este modo, nos apartamos de la opinión mayoritaria que, fundándose en la práctica de los negocios, sostiene que el *accipiens* únicamente goza de la facultad de vender las cosas dadas en consigna. En nuestra creencia, como ya quedó dicho, el *accipiens* no sólo puede “vender” dichas cosas sino que, además, puede ejercer cualquier otro acto de disposición que no esté prohibido por la naturaleza de la relación contractual que lo vincula con el *tradens*.<sup>87</sup> Más aún: pensamos que la imposibilidad de realizar estos

86. Véase, al respecto, E. C. Wayar, *Evicción y vicios redhibitorios*, T. I, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 103.

87. A nuestro entender, los actos de disposición prohibidos por la naturaleza del acto son

últimos actos tampoco es absoluta pues, en caso de concretarse, habrá que interpretar que el *accipiens* optó por adquirir para sí la cosa o el derecho que es objeto de este contrato, no pudiendo luego liberarse de la obligación a su cargo sino mediante el pago del precio estimado.<sup>88</sup>

Pero si el *accipiens* decide transmitir la propiedad del bien, además de actuar en nombre propio y por cuenta de ambos, podrá pactar libremente con el adquirente el precio que habrá de percibir y su forma de pago. Ya hemos dicho que, a nuestro entender, el *tradens* no puede fijar precios indicativos u obligatorios para la venta de sus productos pues, en ese caso, el *accipiens* estaría recibiendo instrucciones del *tradens* –y no obrando también por cuenta propia–, lo que haría que sus funciones se asemejen a las que cumple un mandatario sin representación, desvirtuándose así la figura del contrato en análisis.

#### b) Adquisición del bien para sí

Una de las consecuencias jurídicas que surgen del poder de disposición que tiene el *accipiens* es que puede adquirir para sí los bienes que recibe del *tradens*. Ello porque, como se ha dicho,<sup>89</sup> “la enajenación a terceros no constituye un elemento indefectible del contrato estimatorio”, sino que es una de las opciones que nacen a favor del *accipiens*.

He aquí una nota característica de este contrato que, por cierto, sirve para distinguirlo de la consignación mercantil, ya que el art. 262 del Cód. de Comercio prohíbe que el consignatario adquiera los bienes cuya enajenación le fuera encargada, salvo expreso consentimiento del con-

---

aquellos que se oponen a la función económica de este acto como, por ejemplo, gravar la cosa con un derecho real de garantía, darla en locación, comodato o depósito, altear su calidad o cantidad, entre otros.

88. Así lo entiende, entre otros, R. Stiglitz (*Contratos - Teoría General*, op. cit., p. 188) cuando sostiene que “una vez ejercida formalmente la facultad de opción, queda otorgada como tal; de allí que [...] infringe el principio de buena fe contractual quien disponiendo de un plazo para pronunciarse, se anticipa a su vencimiento y escoge la extinción de su obligación mediante el pago de la prestación accesoria, pero antes de que se verifique la fecha inicialmente estipulada, se retracte de su elección anunciando que en definitiva el pago lo será mediante la prestación principal”.

89. F. Messineo, *Manual de derecho civil*, op. cit., p. 158.

signante; mientras que en el contrato estimatorio, la adquisición por el *accipiens* es una consecuencia natural del acto que no requiere aprobación del *tradens*.

Más aún: en la generalidad de los casos esa adquisición se produce en desconocimiento del *tradens*, puesto que si el *accipiens* abona el precio estimado queda liberado de toda obligación y no debe rendir cuentas ni dar explicaciones sobre el destino que ha escogido para esos bienes. Recuérdese, en este sentido, que el *accipiens* no es un comisionista y, por ende, no debe actuar conforme a las órdenes e instrucciones dadas por el *tradens*, sino que realiza un negocio propio que no requiere ningún tipo de anuencia del propietario del bien.

Por cierto, la manera habitual en que el *accipiens* habrá de concretar la adquisición de los bienes que recibe del *tradens* es mediante el pago del precio estimado. Dicho pago puede ocurrir al vencimiento del plazo (tanto si se trata de un plazo acordado como fijado judicialmente) o con anterioridad pues, conforme surge de la naturaleza del acto, la fijación del plazo del contrato se impone a favor del *accipiens*.

Pero puede ocurrir que el *accipiens* también adquiera el o los bienes antes de haber abonado el precio estimado. Ello sucedería si lleva a cabo alguno de los actos que contrarían los fines para los cuales se ha celebrado este contrato (por ejemplo, si grava la cosa con un derecho real de garantía; la da en locación, comodato o depósito; altera su calidad o cantidad; entre otros), pues en estos casos habrá que interpretar que hizo uso del derecho de opción que le otorga la obligación facultativa, quedando sólo pendiente el pago del precio convenido con el *tradens*.

## 2. Optar por la forma en que habrá de desobligarse

El derecho del *accipiens* de elegir la forma en que habrá de desobligarse, ya sea abonando el precio estimado o restituyendo el bien, es consecuencia de la obligación facultativa que surge en virtud del contrato estimatorio.

Por tanto, el *accipiens* se halla obligado a extinguir su obligación mediante el pago del precio estimado que, en opinión de la doctrina mayoritaria, es su prestación principal; pero goza del derecho de sustituir esa prestación por otra (art. 643, Cód. Civil), atento el carácter facultativo de la obligación que contrajo. De modo que, al tiempo de perfeccionarse el contrato, la obligación del *accipiens* es de objeto plural, pero habrá de transformarse en una obligación de objeto único cuando este ejerza la opción de extinguir su obli-

gación mediante el cumplimiento de la prestación principal (pago del precio estimado), o la accesoria que consiste en la restitución de la cosa.

Pero, ¿hasta qué momento el *accipiens* puede ejercer la opción antes aludida?

Por cierto que la respuesta a este interrogante variará según las partes hayan convenido el plazo de ejercicio de opción o no. En el primer caso, es claro que el vencimiento del término acordado funcionará como límite temporal dentro del cual el *accipiens* podrá elegir la manera en que habrá de desobligarse; en cambio, en el segundo caso, y ante la ausencia de plazo convenido, no quedará más que recurrir al juez competente para que fije dicho plazo de conformidad con el procedimiento preceptuado por el art. 509 del Cód. Civil (cfr. arts. 618 y 751, Cód. Civil).

No obstante, conviene aclarar que el *accipiens* puede ejercer su derecho de opción en cualquier momento dentro del plazo (ya sea que se trate de un plazo acordado o fijado judicialmente), pero no es necesario que lo haga el día de su vencimiento. Sin embargo, una vez que ha manifestado su decisión, sea de manera expresa o tácita, pensamos que cesa la indeterminación del objeto y, por tanto, queda extinta la obligación facultativa, transformándose en obligación de prestación determinada.<sup>90</sup> Esto significa que el *accipiens* que adelanta su decisión, renuncia al derecho de ejercerla o retractarla con posterioridad, pues lo contrario se opondría al principio de buena fe contractual previsto en el art. 1198, primera parte, del Cód. Civil.

Por último, cabe poner de relieve que la opción que tiene el *accipiens* respecto de la forma en que habrá de desobligarse subsiste aun cuando los acreedores del *tradens* embarguen los bienes que son objeto del contrato estimatorio, pues en este caso el *accipiens* podrá adquirir para sí la cosa, en cuyo caso el embargo se trasladará al precio estimado, o restituirla a su dueño.

#### D) Obligaciones del *accipiens*

Entre las obligaciones del *accipiens* se destacan las siguientes:

90. Salvat - Galli, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general*, T. 1, Buenos Aires, Tea, 6ª ed., 1952, p. 512, sostiene que la obligación facultativa reserva al deudor la posibilidad de restituir la prestación debida por otra, por lo que hasta el instante del pago ha contado con la posibilidad de ejercer la opción. Si, sin tener necesidad, anticipa su decisión, cabe concluir que ha renunciado al derecho de ejercerla luego.

### 1. *Pagar el precio estimado o restituir el bien*

Ya hemos dicho que, en el marco del contrato estimatorio, el *accipiens* asume una obligación facultativa (art. 643 y ss., Cód. Civil) que lo compele a abonar el precio estimado, salvo que decida liberarse mediante la restitución de los bienes que ha recibido del *tradens*. De allí surge que hay una sola prestación *in obligatione* (pago del precio estimado) y otra prestación *in solutione* (devolución del bien), que están en relación de interdependencia conforme los términos del art. 523 del Cód. Civil.

Sin embargo, debemos advertir que un sector de la doctrina –principalmente de origen extranjera– no comparte esta visión pues sostiene que la restitución de la cosa no importa una obligación en sí misma ya que no satisface el mismo interés del *tradens* respecto de la percepción del precio (más bien, lo contradice), produciendo la extinción de la relación jurídica. No obstante, en nuestra opinión, si la restitución de la cosa puede ser el contenido de una obligación principal, como ocurre en el depósito y en el comodato, no hay razones atendibles que permitan excluirla como objeto de una obligación facultativa.

Por tanto, y siempre dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pensamos que las reglas relativas a las obligaciones facultativas son las que mejor se adecuan a la realidad de este negocio; de allí que concluyamos que la obligación principal del *accipiens* es la de abonar el precio estimado, y que sólo podrá sustituir ese compromiso con la entrega del bien que es objeto de este contrato, elección que únicamente podrá estar a su cargo.

En cuanto al pago del precio estimado, y por aplicación de los arts. 617, 618, 750 y 751 del Cód. Civil, deberá hacerse dentro del plazo convenido y, en ausencia de acuerdo de partes, en la oportunidad que lo fije el juez de conformidad con el art. 509 del Cód. Civil. En tanto, para determinar el lugar de pago, siempre que las partes no lo hayan previsto, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 747 del Cód. Civil, que resuelve la cuestión recurriendo al domicilio del deudor al tiempo de cumplimiento de la obligación.

Si, en cambio, el *accipiens* optara por la restitución del bien, deberá estar a las mismas reglas antes aludidas, pero conviene tener presente que su obligación será la de restituir la misma e idéntica cosa que recibió, salvo que se tratase de cosas consumibles o fungibles, en cuyo caso deberá devolver otra cosa, aunque de la misma especie y cantidad, conforme lo hemos visto en oportunidad de analizar el objeto del contrato estimatorio.

## 2. Conservar la integridad del bien. Riesgo de pérdida

El *accipiens* tiene obligación de conservar la integridad de las cosas que recibe del *tradens* hasta que abone el precio estimado o proceda a su restitución. De allí surge, como consecuencia lógica, que serán a su cargo los gastos que demande esa conservación.

Empero, algunos autores<sup>91</sup> sostienen que los gastos de conservación a que se halla obligado el *accipiens* son exclusivamente los referidos a los gastos urgentes, mientras que los gastos “que sean de necesidad para la conservación de la cosa” (pero no urgentes) correrán por cuenta del *tradens*. Es decir que, desde este punto de vista y respecto de los gastos no urgentes, la obligación del *accipiens* se acotaría a un mero aviso para lograr que el *tradens* adelante los sumas que ha menester para la conservación del bien; pero si el *tradens* negase esa colaboración, el *accipiens* quedará libre de toda responsabilidad.

El fundamento de esta opinión se halla en la aplicación analógica de las normas que regulan el depósito (art. 2204, Cód. Civil), lo que implica asignarle al *accipiens* una obligación de guarda que, a nuestro entender, se aleja de la intención que tienen las partes al momento de celebrar este contrato. De ahí que compartamos la visión de quienes dicen que la tenencia de las mercaderías por parte del *accipiens* “sólo puede calificarse de depósito violentando el esquema típico de dicha figura”.<sup>92</sup>

A nuestro entender, el deber de conservación (y no de guarda) que asume el *accipiens* debe considerarse como una consecuencia natural, aunque accesorio, al cumplimiento del fin propio de este contrato que, como vimos, consiste en conceder un poder de disposición a quien no es propietario del bien, para que lo ejerza con ánimo de especulación. De manera que los gastos que demande esa conservación –sean urgentes o no–, correrán por cuenta del *accipiens*, salvo que las partes hubiesen convenido lo contrario.

Respecto de los riesgos (deterioro o pérdida) que puede sufrir el bien que es objeto de este contrato, la doctrina nacional no ha dado una respuesta única sino que, por el contrario, vacila entre dos posturas antagónicas.

91. R. Stiglitz, *Contratos - Teoría General*, op. cit., p. 195.

92. Muñoz M. Planas, *El contrato estimatorio*, op. cit., p. 235.

En tal sentido, se observa que algunos juristas afirman que el *accipiens* toma a su cargo el riesgo de la pérdida o deterioro del bien o bienes que recibe, aun cuando ello acontezca con culpa de su parte.<sup>93</sup> Sin embargo, debemos advertir que los autores que adhieren a esta postura –que por cierto es mayoritaria en el ámbito nacional–, suelen omitir toda referencia a los fundamentos que sirvieron para justificarla y, en general, se limitan a recordar el contenido del art. 1557 del Cód. Civil italiano que, pese a la trascendencia que tiene en el estudio de esta materia, no forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Otros autores, en cambio, sostienen que “si el *accipiens* no ha ejercido el poder jurídico de sustituir la prestación principal por la prestación accesoria que consiste en la restitución de las cosas dadas en consigna, la pérdida o deterioro de la cosa la sufre el *tradens*”.<sup>94</sup> El fundamento de esta opinión se encuentra en el principio de que “la cosa se pierde para su dueño”, que consagra, entre otros, el art. 584 del Cód. Civil.

A nuestro entender, el principal problema que afecta al esclarecimiento de este tema radica en la elección de la norma que habrá de regirlo, puesto que si aplicamos el art. 584 del Cód. Civil, llegaremos a la conclusión de que el *tradens* debe asumir el riesgo de pérdida o deterioro de la cosa, siempre que haya ocurrido sin culpa del deudor, salvo los derechos de este hasta el día de la pérdida, momento en el cual la obligación quedará disuelta; pero si nos regimos por el art. 649 del mismo cuerpo legal, que regula específicamente las obligaciones facultativas, arribaremos a la solución contraria.

Por cierto que la aplicación de una u otra norma no puede responder a la actitud antojadiza de su intérprete, sino que debe basarse en la identificación de la ley con la situación descripta. En este sentido, pensamos que si el contrato estimatorio da lugar a una obligación facultativa; si la prestación accesoria que conforma esa obligación puede consistir en la restitución de las cosas dadas por el *tradens*; y si no tiene influencia alguna sobre la prestación principal, “ni la pérdida o deterioro de la cosa [...] que constituye el objeto de

93. Así lo expresan, entre otros, S. A. Argeri, *Contrato estimatorio*, La Ley 1980-C, 1238; O. Pisani, en R. A. Etcheverry, *Derecho Comercial Económico, Contratos, Parte Especial*, op. cit., p. 149; J. M. Farina, *Contratos comerciales modernos*, op. cit., p. 601; D. R. Vítolo, *Contratos comerciales*, op. cit., p. 249.

94. R. S. Stiglitz, *Contratos - Teoría General I*, op. cit., p. 193.

la prestación accesoria” (art. 649, Cód. Civil); no quedará más que concluir que el *accipiens* debe responder por la pérdida o deterioro de las cosas que recibe, cualquiera sea el motivo que haya originado ese hecho dañoso.

En síntesis: el deber que tiene el *accipiens* de conservar la integridad de los bienes que recibe del *tradens* comprende tanto la obligación de soportar los gastos que irrogue esa actividad, como la de responder por la pérdida o deterioro que se produzca, sea por causas que pueden imputársele (culpa, dolo) o no (caso fortuito o fuerza mayor).

## **XI. Extinción**

El contrato estimatorio puede extinguirse por la vía ordinaria (esto es, por vencimiento del plazo acordado o cumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes) o por los llamados “modos anormales” de finalización del contrato. Pero, dado que los primeros se rigen por la teoría general, nos ocuparemos exclusivamente de los segundo, ya que estos pueden ofrecer ciertas particularidades en atención a las características propias de la figura en análisis.

Entre los aludidos modos anormales de terminación del contrato, podemos citar los que siguen: a) mutuo disenso o rescisión; b) resolución por incumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes y; c) denuncia o desistimiento del contrato de plazo indeterminado.

Pasemos, pues, a analizar cada uno de ellos, sin perjuicio de aclarar que puede haber otras causales de extinción que surjan de la voluntad de las partes (autonomía de la voluntad), tanto al tiempo de celebrarse el contrato como con posterioridad.

### *A) Mutuo disenso o rescisión*

Conforme surge de la primera parte del art. 1200 del Cód. Civil, “las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos [...]”.

Vemos, pues, que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los contratantes el derecho de poner fin a sus acuerdos por el mero concurso de sus voluntades; y ello lo hace con fundamento en “la fuerza obligatoria y la autonomía de la voluntad, que permite que, así como se creó un lazo jurídi-

camente válido porque las partes lo quisieron, del mismo modo y sobre la misma base, ellas pueden decidir concluirlo”.<sup>95</sup>

En el caso del estimatorio, la rescisión –como verdadero contrato extintivo o distracto– suele concretarse con la restitución que el *accipiens* hace al *tradens*, y que este acepta, de los bienes que constituyen el objeto del contrato, siempre que esa devolución se produzca antes del vencimiento del plazo acordado puesto que, de lo contrario, el contrato se habrá extinguido “normalmente” por la expiración del plazo convenido. Y dado que, en opinión mayoritaria, la rescisión carece de efecto retroactivo, el *accipiens* no tendrá derecho a reclamar el reembolso de los gastos que hubiese efectuado (por ejemplo, aquéllos que hizo con fines de conservación de la cosa), salvo que, al tiempo del contrato o con posterioridad, las partes hayan pactado lo contrario.

### *B) Resolución por incumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes*

Dado que el estimatorio encuadra dentro de la categoría de los contratos comerciales y bilaterales, rige respecto de él lo dispuesto en el art. 216 del Cód. de Comercio que faculta a la parte cumplidora, frente al incumplimiento culpable de la contraria, a exigir el cumplimiento o proceder a la resolución del contrato; en ambos casos, con más la reparación de los daños y perjuicios.

Pero debemos advertir que no todo incumplimiento habilita la resolución del contrato pues, como se ha dicho, debe tratarse de un incumplimiento que revista importancia, esto es, que “afecte el contenido esencial del contrato, de manera que producido el incumplimiento el acreedor ya no tendrá interés, o habrá disminuido su interés, en la ejecución ulterior”.<sup>96</sup> Sin embargo, es preciso apuntar que no siempre resulta fácil determinar cuándo estamos en presencia de un incumplimiento que revista esa entidad, por lo

95. M. L. Casas de Chamorro Vanasco, *Distintos medios de extinción de los contratos*, en *Contratos, Homenaje a Marco Aurelio Risolía* (varios autores), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 97.

96. J. M. Gastaldi, *Pacto Comisorio*, Buenos Aires, Hammurabi, 1985, p. 138.

que deberá acudir al juez que resulte competente para que, de acuerdo a las circunstancias de hecho de cada caso, decida la cuestión en debate.<sup>97</sup>

Lo expuesto no significa, por cierto, que los incumplimientos de menor envergadura queden exentos de sanción, sino sólo que carecerán de poder jurígeno para lograr la resolución del contrato, aunque dejarán subsistente la acción resarcitoria. Así lo entendieron nuestros tribunales que, en reiteradas oportunidades, rechazaron la resolución de un acuerdo cuando el incumplimiento no reviste una entidad o una gravedad importante –protegiendo así la continuidad del negocio en circunstancias en que el incumplimiento fue simplemente accidental y no afectó a lo esencial del acuerdo–, pero concediéndole a la parte cumplidora el derecho de reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de tal incumplimiento.<sup>98</sup>

### *C) Denuncia o desistimiento del contrato de plazo indeterminado*

El análisis relativo a la denuncia o desistimiento del contrato exige la previa definición de si el acuerdo se celebró por tiempo indeterminado o, en su defecto, con indicación del plazo de finalización, ya que los efectos serán distintos en uno y otro caso.

Así, pues, si el contrato se hubiese celebrado con indicación del plazo de vigencia, la ruptura unilateral del vínculo contractual –previo a la expiración de ese plazo– traerá aparejada las consecuencias que resultan aplicables a cualquiera otra figura contractual cuyo cumplimiento se interrumpe sin expresión de causa. Por tanto, quien haya manifestado su voluntad en tal sentido, deberá reparar los daños y perjuicios que hubiese ocasionado con ese actuar.

Pero los problemas más importantes surgen cuando se ha omitido un plazo para el cumplimiento de las obligaciones del contrato; es decir, cuando nos hallamos ante un acuerdo de “plazo indeterminado” o “sin tiempo fijo”; y las dudas surgen porque no contamos con un régimen específico que resulte aplicable al caso, en virtud de su carácter atípico, lo que nos enfrenta

97. Cfr. CNCiv., Sala A, 20/10/77, ED, 76-174, citado por J. M. Gastaldi, *Pacto Comisorio*, op. cit., p. 139.

98. CNCiv., Sala C, 11/12/62, ED, 5-765; íd. 8/6/76, ED, 69-283; íd. Sala D, 27/7/78, LL, 1978-D-635; íd. 18/11/81, LL, 1982-C-320; CNCCom., Sala B, 29/12/77, ED, 77-380; íd., 14/3/83 y 29/4/83, LL, 1983-C-226, entre otros.

a una enorme cantidad de opiniones doctrinarias que apuntan desentrañar, por un lado, cuál es la normativa que habrá de aplicarse en caso de desistimiento contractual y, por otro, cuándo la disolución del vínculo habrá de considerarse abusiva.

Sin duda, la solución a este tema podría encontrarse en las decisiones judiciales que resolvieron cuestiones similares a las que aquí planteamos; sin embargo, dentro de la escasa jurisprudencia que se ocupa de la figura en análisis, ninguna de ella alude a la denuncia o desistimiento del contrato estimatorio celebrado por plazo indeterminado. De ahí que debamos recurrir a las soluciones que nuestros tribunales elaboraron para otros contratos de duración (como, por ejemplo, los contratos de distribución), las que nos permiten concluir que si el estimatorio fue celebrado sin indicación de plazo, cualquiera de las partes podrá resolverlo cuando lo estime conveniente, siempre que esa decisión no sea intempestiva ni esté reñida con los deberes de la buena fe.<sup>99</sup>

## **XII. Conclusiones**

El problema que enfrentamos al analizar el contrato estimatorio es determinar si estamos en presencia de un acto con naturaleza propia o ante un negocio que queda subsumido bajo alguna de las especies de mandato comercial que contempla la ley. Las dudas se acrecientan aún más cuando advertimos que muchas de sus características coinciden con los esquemas ya pensados por el legislador, lo que ha llevado a la doctrina a formular las más variadas opiniones en torno a su naturaleza jurídica.

Sin embargo, en nuestra opinión, es inútil tratar de identificar el contrato estimatorio con cualquiera de los supuestos típicos que actualmente consagra nuestro ordenamiento jurídico, pues entendemos que esa combinación de prestaciones típicas es, justamente, la que justifica su atipicidad y le otorga existencia como contrato con función y objetivos propios.

Dado su actual carácter de contrato atípico, pensamos que no hay motivos para reducir su objeto a las cosas muebles no registrables, pudiendo alcanzar incluso a ciertos derechos que por su naturaleza admiten su transmisión, ya sea en propiedad o en uso, mediante la entrega del soporte o ins-

99. Así, por ejemplo, CNCom., Sala C, 17/03/2006, JA 2006-III, 213, ED 223,25; CNCom, Sala E, 27/05/2005, *Souto, Ángel c.Nobleza Picardo S.A.I.CyF.*, La Ley Online.

trumento en el que constan (vgr. títulos de créditos al portador o software informático).

Por último, creemos que uno de los elementos esenciales particulares de esta figura es el derecho de disponibilidad que surge en favor del *accipiens* y que le permite disponer de bienes ajenos como si fuesen propios, con las limitaciones que emanan de la naturaleza del acto, y que encuentra su justificación en el instituto de la representación indirecta.

En virtud de todo ello, concluimos que el estimatorio es un contrato, actualmente atípico para el Derecho argentino, mediante el cual una parte (denominada *tradens*) se obliga a entregar a otra (denominada *accipiens*) uno o varios bienes no registrables de su propiedad, que ambas partes estiman en un valor pecuniario determinado o susceptible de determinación, asumiendo el *accipiens* la obligación de abonar el precio convenido en caso que decida adquirirlos o transmitirlos por cualquier título, pero pudiendo liberarse de esa obligación mediante la restitución de los bienes dados por el *tradens*.

## **Bibliografía**

- Alterini, Ameal, López Cabana, *Curso de obligaciones*, T. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 4<sup>a</sup> ed., 1991.
- Argeri, S.A., *Contrato estimatorio*, La Ley 1980-C, 1238.
- Betti, E., *Teoría general del negozio giuridico*, Turín, 1950.
- Busso, E., *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1944.
- Casas de Chamorro Vanasco, M. L., *Contratos, Homenaje a Marco Aurelio Risolía* (varios autores), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- Castillo, R. S., *Curso de Derecho Comercial*, compilado y arreglado por F. Bertorino, T. I, Buenos Aires, 1950.
- Coviello, N., “Del contratto estimatorio”, *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 1893.
- D’ors, A., “Derivación vulgar y bizantina del contrato estimatorio de Ulpiano”, *Rev. Prudencia Iuris*, 2000, N°51.
- Dabah, A., *El Contrato internacional en el Mercosur*, Buenos Aires, Quorum, 2005.
- Etcheverry, R. A., *Derecho Comercial Económico, Contratos, Parte Especial*, T. I, Buenos Aires, Astrea, 1991.
- Farina, J. M., *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, Astrea, 1999. — *Contrato estimatorio*, La Ley 122-1140.

- Fernández Madrid, J.C., Fernández Madrid, H. y Caubet, A. B., *Manual Práctico de Contratación comercial*, T. I, Buenos Aires, Errepar, 1996.
- Garrido, R. F. - Zago, J., *Contratos. Parte especial*, T. II, Buenos Aires, Universidad, 1985.
- Garrigues, J., *Curso de Derecho Mercantil*, 1ª ed., Madrid, Temis, 1940.
- Gastaldi, J. M. - Centanaro, E., *Contratos aleatorios y reales*, Buenos Aires, Ed. de Belgrano, 1998.
- Gastaldi, J. M., *Introducción al estudio de los contratos comerciales*, Buenos Aires, Ed. de Belgrano, 1985.
- *Pacto Comisorio*, Buenos Aires, Hammurabi, 1985.
- *Contratos*, V. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- Giordano, *Tradizione e potere de disposizione nel contratto estimatorio*, en R. D. C., 1952.
- Gregorini Clusellas, E., *Contrato estimatorio*, La Ley 1992-E.
- Lafaille, H., *Derecho civil. Contratos*, T. III, Buenos Aires, Cía. Arg. de Editores SRL, 1944.
- *Derecho Civil*, T. IV, V. II, Buenos Aires, Cía. Arg. de Editores SRL, 1944.
- Langle, E. *El Contrato de compraventa mercantil*, Barcelona, Bosch Ed., 1958.
- Larguier, J. *La formation du contrat dans les diverses ventes commerciales*, vol. *La vente commerciale de Merchandises*, París, 1951.
- López de Zavalía, F. J., *Teoría de los Contratos. Parte Especial*, T. 2, Buenos Aires, Zavalía, 1991.
- Mariani de Vidal, M., *Curso de Derechos Reales*, T.II, Buenos Aires, Zavalía, 1993.
- Masnatta, H., *El contrato atípico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- Maynz, C., *Curso de Derecho Romano*, trad. de Pou y Ordinas, T. I, Barcelona, 1892.
- Messineo, F. *Manual de derecho civil y comercial*, t. IV, Buenos Aires, Ejea, 1955.
- Muñoz M. Planas, J. M., *El Contrato estimatorio*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963.
- Nissen, R. A., *El contrato estimatorio*, La Ley 1987-C, 758.
- Ossorio, M., *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires, Heliastas, 1982.
- Parra Guerra, F., *Gestión de Stocks*, Madrid, ESIC Editorial, 2005.
- Pepe, M. A., *Usufructo de fondo de comercio*, La Ley, 28 de mayo de 2007.
- Proyecto de Código Civil. Según texto aprobado por la Honorable Cámara*

- de Diputados de la Nación, Orden del día 1064 con las modificaciones incorporadas hasta su media sanción*, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- Proyecto de Código Civil de 1998, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina*, Buenos Aires, 1999.
- Rezzonico, J. C., *Contrato, concepto y tipo*, La Ley, 1985-B.
- Risolía, M. A., *Capacidad y contrato*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959.
- Rocchi, L., *Sul contratto estimatorio*, en R. D. C., 1946.
- Salvat - Galli, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general*, t.1, Buenos Aires, Tea, 6<sup>a</sup> ed., 1952.
- Spota, A. G., *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, V. I, p. 195, Buenos Aires, Depalma, 1974.
- Stiglitz, R. S., *Contratos, Teoría General I*, Buenos Aires, Depalma, 1990.
- Unificación de Legislación Civil y Comercial. Proyecto de 1993, Sancionado por la Cámara de Diputados a consideración del Senado*, Buenos Aires, Zavalía, 1994.
- Tamburrino, *Sulla natura e caratteristiche del contratto estimatorio*, Giur. Cass. Civ, XXVI, III, 1947.
- Thaller, E., *A propos du contrat estimatoire en mélanges Ch. Appleton*, París, Rousseau, Lyon, 1903.
- Uria, R., *Derecho Mercantil*, Madrid, 11. ed. 1976.
- Vicente Domingo, E., *El contrato de sponsorización*, Madrid, Civitas S.A., 1998.
- Vitolo, D. R., *Contratos comerciales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993.
- Wayar, E. C., *Evicción y vicios redhibitorios, T. I*, Buenos Aires, Astrea, 2001.



# Del legislador al regulador: rasgos de la transformación del derecho comercial

*Rodrigo S. Luchinsky\**

## **Resumen**

El derecho comercial, mercantil o empresarial tiene una fisonomía muy distinta de la reflejada en los códigos de tradición liberal, los estudios de doctrina y los programas de enseñanza. Pueden identificarse tres notas que lo distancian de su linaje normativo: es publicístico, regulatorio y procedimental. Nacido como sustrato normativo del capitalismo comercial y luego, a partir de la máquina, la revolución industrial y la explosión informática, evolucionó para adaptarse al arquetipo financiero del siglo XX. Sentado incómodamente sobre el paradigma liberal, enfrenta los desafíos que suma la era de la información, la caída de las fronteras nacionales, la vivificación del consumo y la presión insostenible sobre los recursos de la naturaleza.

Palabras clave: derecho comercial, codificación, regulaciones, medioambiente.

\* Doctor en derecho mercantil (UBA), LL.M. Columbia University, Coordinador del Centro de Análisis de Riesgos Financieros y Económicos de la Universidad Nacional de San Martín, docente del curso Contratación mercantil de la Facultad de Derecho de la UBA; rodrigoluchinsky@hotmail.com.

## **From the legislator to the regulator: an outline of the transformation of commercial law**

### **Abstract**

Commercial or business law displays very different features from those that liberal-era codes tend to portray and academic papers and syllabi reflect. Three features appear to grow it apart from its legal heritage: it is publicly focused, regulatory and procedural. Born as a legal base to commercial capitalism, it evolved through the machine era, the industrial revolution and the informational paradigm to accommodate to the financial realm of the twentieth century. Keeping those liberal-era characteristics, it confronts the challenges of globalization, informational burst, glorification of consumption and the abuse of the earth resources.

Keywords: commercial law, codes, regulations, environment.

### **I. Introducción**

Tradicionalmente, la dogmática jurídica enseña un Derecho Comercial autónomo y especializado, derivado de la naturaleza profesional de quienes ejercen el comercio. A pesar de esa persistencia, el ritmo de los acontecimientos evidencia un panorama muy diferente. El derecho comercial, mercantil o empresarial tiene una fisonomía muy distinta de la reflejada en los códigos de tradición continental, los estudios de doctrina y los programas de enseñanza. Pueden identificarse tres notas que lo distancian de su linaje normativo: es publicístico, regulatorio y procedimental. Sólo en un segundo plano aparecen representados los institutos insignia de la era liberal, como la autonomía de la voluntad, la baja intervención estatal y una baja estima por las formalidades que atentan contra la circulación de la riqueza.

El derecho comercial nació como sustrato normativo del capitalismo comercial y a partir de la máquina, la revolución industrial y la explosión informática, evolucionó para adaptarse al arquetipo financiero del siglo XX. Sentado incómodamente sobre el paradigma liberal, enfrenta los desafíos que suma la era de la información, la caída de las fronteras nacionales, la

vivificación del consumo y la presión insostenible sobre los recursos de la naturaleza.

Luego de postular la progresión de la materia mercantil hasta la actualidad (capítulos II y III), este artículo plantea algunas características de su fisonomía actual (capítulos IV, V y VI) y destaca algunos de los enormes desafíos que aún no parecen encontrar un camino adecuado para su abordaje<sup>1</sup> (capítulo VII). Finaliza con una breve conclusión (capítulo VIII).

## **II. El mundo y los tratados de doctrina**

El derecho comercial como disciplina busca generar sistemas normativos capaces de canalizar la actividad mercantil dentro de un paradigma axiológico que vendrá dictado desde el corazón del sistema político. Al igual que el resto de las ramas del Derecho, es dependiente de las circunstancias históricas en que se lo formula, que explican la particular forma en que las cosas aparecen dispuestas en la actualidad. Sin embargo, el Derecho nada tiene que ver con la Historia, ni en su función ni en sus métodos y ni siquiera en su concepción de la verdad, como bien ha señalado Foucault.<sup>2</sup> La necesidad –y dificultad– de interpretar hechos corrientes y generar soluciones jurídicas inmediatas separa en gran medida una disciplina de la otra.

La preeminencia de la perspectiva racionalista que propone la dogmática jurídica ha generado una desconexión entre la materia comercial como fenómeno y el derecho que construyen los juristas. Ese abordaje justifica la resistencia a considerar el Derecho como disciplina científica, que en su conformación moderna repele los postulados dogmáticos.

En gran medida, la distancia entre el objeto del derecho comercial y el Derecho como discurso o manifestación normativa se expresa cotidianamente en muchos ámbitos académicos, especialmente cuando se ciñen los fenómenos normativos a las categorías predispuestas por la dogmática. Para mencionar un ejemplo real y reciente, hace algún tiempo se celebró una conferencia universitaria sobre la crisis financiera internacional, en la

1. Algunas nociones profundizadas en el presente fueron introducidas en “Evolución y desafíos del derecho comercial ‘De la máquina a la bicicleta’”, *La Ley* Año LXXVII, N°122, 04/07/2013.

2. Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, 1980.

que resultó convocado un renombrado profesor de derecho comercial. Tráandose de un evento jurídico, la cuestión no giraba en torno a las causas o implicancias económicas de la crisis, sino –acaso– a las consecuencias jurídicas de las respuestas normativas de los Estados y las iniciativas debatidas en el marco de las organizaciones supranacionales.

La presentación del profesor, un prolífico autor y adecuado orador, se refirió principalmente a la conocida definición de los títulos circulatorios que enseñaba el profesor veneciano Cesare Vivante entre las postrimerías del siglo XIX y los inicios del siguiente. La idea subyacente sería algo así como que es preciso volver a las fuentes, a los sabios, para encontrar las soluciones que buscaba sin suerte la comunidad internacional. Nada que sirviera para arrojar luz a la cuestión central de la coyuntura que había justificado la reunión académica.

Para ponerla en contexto, la conferencia se celebró mientras comenzaba la discusión aún no cerrada acerca de la revisión de la arquitectura regulatoria para detectar prematuramente situaciones de fraude o groseras ineficiencias que terminen incidiendo a nivel sistémico.

Curiosamente, de estar presente, el maestro italiano invocado por el conferencista hubiese partido ofuscado. Garrigues lo recuerda enseñando que no se debe aventurar nunca un tratamiento jurídico “si no conocen a fondo la estructura técnica y la función económica de la institución, que sea el objeto de sus estudios. Es una deslealtad científica y una falta de probidad hablar de una institución para fijar su disciplina jurídica sin conocerla a fondo en su realidad”.<sup>3</sup>

La conferencia de aquel profesor es demostrativa de la dificultad de la dogmática jurídica para comprender su propio objeto de estudio. En rigor de verdad, no es justo cargar las tintas contra un solo referente, en un medio en el que abundan las instancias de formación e investigación en derecho comercial sin otro valor o pretensión que el de mostrar alguna novedad jurisprudencial o normativa, entendiendo los fenómenos jurídicos como una línea de tiempo coloreada por fallos y leyes. Una indeseable derivación de la persistencia dogmática narrada es la replicación del índice de los códigos

3. Garrigues, Joaquín, “Discurso de contestación al ser concedido al Profesor Garrigues el título de Doctor Honoris Causa por la Universidad de Génova”, 1966, en Garrigues, Joaquín, *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Editorial Tecnos, 1971, p. 231.

y principales leyes mercantiles como programa de enseñanza de la materia tanto en la carrera de grado como en muchas especializaciones de posgrado. El resultado inmediato es la pérdida de oportunidades de brindar una necesaria formación tanto académica como profesional con la consecuente carencia en ambos planos.

Vivante (1855-1944) fue un jurista importante en la discusión de temas muy trascendentes en el derecho continental. Sus reflexiones acerca de la unificación del derecho privado siguen valiendo una detenida lectura. Como profesor, formó a varias generaciones de juristas que luego trascendieron a su maestro. Algunas de sus definiciones, repetidas con precisión solemne, valen como máximas. Pero, como también le ocurre a las mejores expresiones científicas, Vivante no dejó de ser un producto de su época. Su obra se refiere a un mundo que asimilaba el fenómeno decimonónico de la codificación. Recién al final de su vida comenzaban a aflorar ciertas circunstancias que incidirían en la fisonomía del derecho comercial actual.

Para intentar desandar tanto camino recorrido por nuestra materia, es insoslayable señalar que hasta cierto punto en la historia, el derecho comercial era el derecho aplicable a los comerciantes como categoría profesional. Recuerda Garrigues que el primer código de comercio moderno, el francés de 1807, quiebra –aunque tímidamente– esa tradición de clara delimitación frente a otras disciplinas jurídicas.<sup>4</sup> Nuestro código aún mantiene el acto de comercio objetivo junto con la traza prerrevolucionaria, de tinte profesional y corporativista.

En cada período histórico desde aquel punto fundacional hasta la era contemporánea, ha existido una verdadera asimilación de los paradigmas sociopolíticos imperantes en cada ciclo. Aunque ese proceso nunca fue lineal ni inmediato, lo cierto es que la lectura en perspectiva demuestra una correlación significativa.

Esa dinámica evolutiva, que nunca se ha detenido, explica en gran medida el fracaso de la pretensión dogmática de definir al derecho comercial como un sistema autónomo y estable en el universo jurídico. Y ello se ha debido al principal error gnoseológico que supone o causa el positivismo jurídico: la realidad se conoce a través de la ley, obviando muchos fenómenos

4. Garrigues, Joaquín, “La crisis del derecho mercantil contemporáneo”, 1955, en Garrigues, J., *Hacia un nuevo...*, p. 205.

normativos aparentemente velados, lo que a su vez supone que el progreso depende de la mejora de la técnica legislativa. Como método indirecto, si la ley omite plasmar un fenómeno social o, como ocurre a menudo, lo hace a destiempo, condena al jurista a mirar algo que ya no es. Es el mismo problema que tienen los astrónomos cuando observan estrellas que desaparecieron hace millones de años. Primero intentarán mejorar los instrumentos de medición, y cuando ello no sea posible –la inconmensurabilidad del Universo supera cualquier genialidad técnica– deberán incorporar esas limitaciones a los postulados científicos.

Puede trazarse esa visión estática que abunda en la dogmática jurídica en las definiciones introductorias de los principales tratados de derecho comercial. Algunos expresan definiciones tales como que el derecho comercial es “el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia comercial”.<sup>5</sup> Y la definición de la materia comercial termina en una vaga descripción de lo que hacen los comerciantes, o en otra definición derivada. El mismo tratado expresa que “es comercio, en sentido jurídico, todo supuesto de hecho al que la ley califica de mercantil”.<sup>6</sup> Bajo una pretensión de universalidad, postulan una referencia semántica vacua. Siguiendo con el parangón espacial, afirmar que la astronomía es la ciencia que estudia los cuerpos celestes vale para los 2.500 años que separan a Tales de Mileto de los científicos modernos. Para que sea de utilidad a un astrónomo moderno, la definición requiere un consenso –siempre sujeto a revisión– sobre la clasificación de los objetos astronómicos. Ese consenso sobre la materia mercantil, asumida como extrasistémica, es la carencia más evidente de la dogmática jurídica en el derecho comercial. Aunque puede postularse que la materia comercial corresponde ser definida por otra disciplina –la economía quizás–, es cuestionable que no se necesite de una clasificación *ad-hoc*.

Otros tratadistas han elegido fórmulas algo más elaboradas pero similares desde el punto de vista de su composición lógica. Castillo expresa que el derecho comercial “es el conjunto de principios que rigen las operaciones sometidas al mismo por razones de interés general y establecen los derechos

5. Fontanarrosa, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino, 1: Parte general*, Zavalía, 1995, p. 18.

6. Fontanarrosa, R. O., *op. cit.*, p. 19.

y obligaciones de las personas que a ellas se dedican”.<sup>7</sup> Sin expresar con claridad el significado o los criterios delimitadores del “interés general”, termina afirmando que “el Derecho Comercial se halla constituido entre nosotros por el Código de Comercio y leyes que lo complementan”.<sup>8</sup> En gran medida, esta última definición refleja la incomodidad que presenta el positivismo jurídico, calificado como *el arma del despotismo* por Mario Bunge por su inevitable relativismo que acepta cualquier valor como válido aunque sea repugnante a ciertos valores humanos universales.

Más allá de la inconveniencia de definir una disciplina jurídica con la referencia a las leyes o la inutilidad de los enunciados demasiado generales, lo cierto es que ninguna fórmula contiene la esencia del derecho comercial en la actualidad. Girón Tena propone una explicación plausible para esa distancia, al analizar la génesis conceptual de los códigos de comercio. El profesor español explica que esos cuerpos normativos han sido construidos alrededor del “comercio” como principal actividad económica, y por lo tanto a partir del capitalismo comercial que precedió al capitalismo industrial y financiero, y al actual influjo de la revolución informática.<sup>9</sup>

El derecho comercial contemporáneo carece de los elementos distintivos del mundo liberal que inspiró las corrientes de elaboración jurídica que dieron luz a los códigos del siglo XIX. El derecho comercial actual es altamente regulatorio y publicístico, con un quiebre de las categorías usuales de normas dispositivas e imperativas frente a las reglas de carácter procedimental, en donde no interesa tanto el cumplimiento de la finalidad de la norma como haber cumplido una seguidilla de ritos.

Como fenómeno relacionado con el quiebre de las categorías jurídicas clásicas, incluso ha recobrado vigencia la distinción entre validez y eficacia, desde que los Estados responden frente a la comunidad internacional no tanto por la existencia de las normas en sus sistemas jurídicos como en la vigencia real de las mismas.

Así, por ejemplo, la última ronda de evaluaciones mutuas del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) sobre prevención de lavado de

7. Castillo, Ramón S., *Derecho comercial*, 1948, p. 11.

8. Castillo, R. S., op. cit.

9. Girón Tena, J., *Tendencias actuales y reforma del derecho mercantil (estudios)*, Civitas, 1986, p. 130.

activos y financiamiento del terrorismo tuvo un resultado dispar para muchos países, entre ellos, el nuestro. Según los evaluadores, el país cuenta con normativa adecuada a juzgar con los estándares internacionales, pero tiene una deuda pendiente en cuanto a la vigencia concreta, que se mide en sanciones administrativas y consecuencias judiciales. En comparación con las evaluaciones anteriores, los países no mejoraron ni empeoraron, sino que cambió la vara con que se los mide, ahora con el criterio de *res, non verba*.

### III. El derecho formulario

El proceso codificador tuvo en origen la misión fundamental de positivizar el derecho, es decir, estatizar las facultades normativas para acompañar la consolidación de los estados nacionales en su configuración moderna. Recordemos que la monarquía centralista admitía jurisdicciones múltiples como resultado de la distribución regional del poder. La estatización del derecho devino también fundamental en nuestros países americanos, en plena organización tras repeler el antiguo régimen colonial, y con el consiguiente caos interno de las nuevas repúblicas.

Joaquín Garrigues explicaba que las sociedades comerciales –instituto insignia del derecho comercial– funcionan como un correlato preciso del sistema político imperante. Su variante más sofisticada, la sociedad anónima, nació en el siglo XVII como instrumento de la política colonial del estado absoluto. No fue creada para cumplir objetivos mercantiles sino para organizar proyectos de descubrimiento geográfico y colonización bajo el completo mando de las monarquías europeas. Luego prosperó junto al Estado liberal, convirtiéndose en impersonal y capitalista y atribuyendo la propiedad a la clase ascendiente, burgueses devenidos accionistas.

Si bien en materia comercial se mantuvo en gran medida la tradición normativa prerrevolucionaria, la orientación objetiva aplicada a los actos de comercio implicó un paulatino abandono de la perspectiva profesional anterior. El proceso, sin embargo, fue lento. El Código de Comercio francés de 1807 aparece fundamentalmente como una actualización de las Ordenanzas, sin otra novedad técnica que la de una prolija recopilación. Aunque el ideario liberal exigía una legislación más universal tras la disolución de las corporaciones, la jurisdicción mercantil de excepción de los tribunales consulares permaneció a salvo de la Revolución.

La sociedad anónima del código napoleónico nace con la impronta de su antecesora, “atada al derecho público, arrastrando la cadena de la concesión del Estado, cuya semblanza se traslada a la institución creada al servicio de los privados, de la que se libraré en Francia sesenta años después por la ley que afirma las bases contractuales de la anónima”.<sup>10</sup> Es justo aclarar que esa característica no era exclusiva de Europa continental. Se ha señalado que el primer tratado inglés de derecho de sociedades, de 1794, apenas mencionaba el uso de la forma societaria para emprendimientos económicos.<sup>11</sup> Al poco tiempo, en 1811, el estado de Nueva York sanciona la primera ley general de sociedades norteamericana que no requería la aprobación parlamentaria de los actos constitutivos. No obstante la novedad, debían pasar algunas décadas para que esa modalidad se generalizara.

La resistencia inicial se comprende a partir del prejuicio anticorporativista que imperaba bajo las banderas revolucionarias. Finalmente, la libertad industrial que requería como precondition el nuevo sistema económico derivó en la independencia de las sociedades del poder público.

Siguiendo la corriente de los tiempos, el régimen societario adoptó las formas y el léxico de las Constituciones modernas. Documentos constitutivos de dificultosa modificación, órganos con funciones específicas emulando a los poderes del Estado, un “estado de socio” que se asemeja a la ciudadanía, derechos políticos, funcionamiento colegiado con el predominio de las mayorías, etc. Como correlato teórico-jurídico se ha construido la concepción contractual de las sociedades, derivada de su análogo en ciencia política. Más perfecto, quizás, pues el contrato social no es una creación conceptual sino un documento preciso, suscripto y hecho público.

Como fuente del derecho, el movimiento codificador contiene en origen una pretensión de permanencia que conduce a una cierta actitud ahistórica originada en su inspiración iluminista y iusnaturalista. Han existido quienes resistían la codificación no tanto por el rechazo a los ideales revolucionarios sino porque su vocación de permanencia detiene el progreso de la legislación.<sup>12</sup>

10. Arecha, Waldemar, *La sociedad anónima y el hombre*, Abeledo Perrot, 1965, p. 31.

11. Cit. en Allen, William T. - Kraakman, Reinier, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, Aspen Publishers, 2003, p. 84.

12. Girón Tena, J., op. cit., p. 31.

La evolución posterior es tan compleja como lo fue el siglo XX, el de las reivindicaciones sociales y los genocidios, la ciencia como fe y las técnicas de asesinato selectivo, los derechos humanos, la posmodernidad y el relativismo cultural.

En materia societaria, la tesis contractual comienza a convivir y a ser superada por otras construcciones teóricas. Aparecen las teorías institucionalistas y luego la teoría del órgano. Lo llamativo es que esta última, de buena acogida entre nosotros, continúa vista como una derivación del ideario liberal aun cuando admite en su seno limitaciones impensadas en el plano público.

Esa dualidad típica de un período transicional aparecía claramente articulada en numerosos trabajos publicados a mediados del siglo XX. Gervasio Colombres postulaba que “lo que resultará de cualquier manera impostergable para un sistema jurídico [de orientación democrática] es la presencia en sus órganos colegiados de estos dos presupuestos: deliberación y gobierno por la mayoría. Tal es el régimen de nuestro derecho societario, y mal podría ser otro bajo una ley fundamental de inspiración semejante a la nuestra”.<sup>13</sup> Y más precisamente afirma que “para las naciones de formación institucional democrática como la nuestra, la deliberación es un presupuesto, más que jurídico, político. El derecho se limita a consagrar su obligatoriedad y a estatuir normas de garantías para que la práctica no desvirtúe su ejercicio”.<sup>14</sup>

Pero la base democrática que sostiene la necesidad de la deliberación en el seno de los órganos colegiados no admite la revisión de la voluntad mayoritaria para la protección de las minorías o cuando sea evidente la desnaturalización del fin de la empresa. En opinión de Colombres, quien con gran acierto nos facilita una fotografía precisa de este cambio que hoy aparece como evidente, ni siquiera cabría la posibilidad de analizar un acto de voluntad social bajo la óptica del abuso del derecho. Y más adelante defiende la licitud de las convenciones sobre el derecho de voto, admitiendo aun su renuncia y criticando duramente al legislador paternalista. Cita incluso un dicho de Malagarriga, quien afirmaba que “todo andaría mejor, en las cosas

13. Colombres, G. R., *La teoría del órgano en la sociedad anónima*, Abeledo Perrot, 1964, p. 49.

14. Colombres, G. R., *op. cit.*, p. 51.

del país, si el Estado no estuviera continuamente protegiendo al hombre mayor de 22 años no interdicto”.<sup>15</sup>

Bajo una aparente defensa de la autonomía de la voluntad, los derechos de socio, los derechos políticos a semejanza del texto constitucional de orientación democrática, se admite la venta del voto (la “licitud de las convenciones sobre el derecho del voto”) y la irreversibilidad de las decisiones de gobierno, con el único límite en los vicios de la voluntad.

En similar sentido y en la misma época, otro autor titula un estudio declarando a “la sociedad anónima como instrumento de la democracia” y destacando el fenómeno societario como necesario para la vigencia de ciertos derechos fundamentales. Presentado el problema de la concentración del poder en un mercado dejado a su suerte, expresa que “en cuanto al poder que inevitablemente se concentra y las desviaciones a que el mismo puede conducir, es al libre juego institucional de la democracia donde debe recurrirse para su control”.<sup>16</sup> Omite especificar, no obstante, si el juego institucional de la democracia implica una asunción de facultades regulatorias por parte del Estado, o si es el mismo sistema liberal que facilitó la concentración del poder el que deberá autorregularse.

Vale también la mención de otro estudio que afirma que la pérdida del sentido democrático en la organización empresaria es reflejo de “razones comerciales” y no tanto de la asimilación de procesos políticos no democráticos. Dice Etchebarne (h.), que “en Alemania se introduce en 1937 el *führerprinzip*, el principio del jefe, en la organización de las sociedades anónimas. No debe ser considerada, empero esta evolución jurídica, la mera consecuencia de un nuevo impacto de doctrinas políticas totalitarias en las esferas económicas y jurídicas. En países que sustentan firmes concepciones democráticas, razones de orden estrictamente comercial, tendientes a adaptar las estructuras empresarias al ritmo de los negocios en la época actual, han impulsado movimientos similares”.<sup>17</sup>

15. Colombres, G. R., op. cit., p. 79.

16. Alconada Aramburu, Carlos, *La sociedad anónima, propósitos y problemas*, Abeledo Perrot, 1966, p. 50.

17. Etchebarne, Conrado (h.), *Proyecciones de la sociedad anónima en el mundo actual*, Abeledo Perrot, 1962, p. 34.

Menos atractiva por sus apelaciones irrealistas, la teoría institucional también simboliza la crisis del sistema liberal. Hauriou explica que “el alma humana aparecería como una realidad objetiva, que posee la misma existencia positiva que tiene la idea de la obra a realizar en una institución corporativa”.<sup>18</sup> Defiende la idea de la institución sobre la premisa de que esta precede a las reglas de derecho. Afirma que “el verdadero elemento objetivo del sistema jurídico es la institución; es verdad que ella contiene un germen subjetivo que se desarrolla por el fenómeno de la personificación, pero el elemento objetivo subsiste en el corpus de la institución y este solo corpus, con su idea directriz y su poder organizado, es muy superior en virtud jurídica a la regla de derecho, porque son las instituciones las que determinan las reglas de derecho, y no las reglas de derecho las que crean las instituciones”.<sup>19</sup> Ningún autor encolumnado en esta corriente ha podido explicar el origen de aquellas instituciones supralegales. Menos aún, existen explicaciones razonables frente al potencial peligro de asignar cualidades sustanciales a entidades que quedarían por fuera del sistema democrático de generación de normas.

En el impecable análisis histórico-jurídico que venimos siguiendo, Garrigues afirma que aunque se mantiene la forma mercantilista, las sociedades comerciales son instrumentos de la política nacional, volviéndose sobre sí mismas sobre la base de una estructura aristocrática representada por la clase ascendente de los dirigentes de empresa y con una estrecha vinculación con el Estado. De la dependencia frente a este último pasa a la independencia, para volver a sufrir una intromisión creciente del Estado. Las autoridades políticas no quieren abdicar de la función tutelar bajo la cual nace la sociedad anónima, ocupándose de defender a los accionistas, a los inversores, pero también “de defenderse a sí mismo... cuando el poder de esta es tan fuerte que llega a enfrentarse con el poder del Estado”.<sup>20</sup>

Esta concepción sobre la función del Estado fue germinando lentamente a lo largo del siglo XX y emerge consolidada con la necesidad de responder activamente frente a las crisis del sistema financiero internacio-

18. Hauriou, Maurice, *La teoría de la institución y de la fundación (ensayo de vitalismo social)*, Abeledo Perrot, 1968, p. 53.

19. Hauriou, M., op. cit., p. 76.

20. Garrigues, Joaquín, “Problemas actuales de la sociedad anónima”, 1933, en Garrigues, J., *Hacia un nuevo...*, p. 121.

nal. En efecto, el texto constitucional de 1853-1860 se enmarca dentro del constitucionalismo clásico, como una garantía del ejercicio de los derechos frente al Estado, que podía hacerlos peligrar a partir de la consolidación del monopolio de la fuerza.

Las reformas del siglo XX, culminando en el texto actual, contienen el agregado de las obligaciones positivas del Estado como garante del progreso y se introducen las cuestiones antimonopólicas, ambientales, de los consumidores y la discriminación. A diferencia del movimiento constitucional anterior, resulta que el Estado deja de ser la única amenaza para el ejercicio de los derechos.

Con el reconocimiento de los derechos sociales, vendría la presión reformadora para integrar fórmulas de conducción compartida entre el capital y el trabajo, que van desde los comités de empresa franceses o los jurados españoles hasta el sistema de la codeterminación alemana, único con vigencia real aunque sin éxito allende las fronteras de su país de origen. La cláusula del art. 14 bis de la Constitución Nacional que establece para los trabajadores la “colaboración en la dirección” no ha sido hasta el momento puesta en práctica, y las iniciativas en ese sentido –desde los bonos para el personal, los esquemas de propiedad participada o las opciones sobre acciones–, no han alcanzado niveles aceptables de popularidad.

Entrados en el siglo XXI, con la caída del mundo bipolar y la inédita experiencia de la globalización, la cultura informatizada y la presión sobre los recursos naturales, la materia comercial muestra tres notas claramente distintivas que se explican por la germinación de los procesos antes relatados. Aunque existen matices regionales, se trata de un fenómeno global. Entre nosotros, no parece tratarse de movimientos vinculados a los procesos políticos que transita nuestro país sino más bien a las fuerzas convergentes del mundo interconectado.

El primer elemento destacable es el corrimiento de la fuerza legisladora desde el parlamento hacia los reguladores que crecen en número, sofisticación y cantidad de facultades. Una vez en ese ámbito, los cuerpos normativos regulatorios vienen creciendo en forma exponencial. El código, extensivo de todas las relaciones jurídicas horizontales, y estable en el tiempo, deja lugar a las regulaciones, complejas, cambiantes y aplicadas por autoridades ejecutivas.

La segunda característica, que podría entenderse como un prerrequisito de la primera, es el involucramiento del interés público en áreas tradi-

cionalmente reservadas al ámbito negocial privado. Paradójicamente, el concepto jurídico de “orden público” disminuye en importancia como elemento calificador de los institutos jurídicos, no porque hayan desaparecido las normas imperativas, sino porque retroceden las de naturaleza dispositiva.

En tercer lugar, existe un viraje en cuanto a la técnica legislativa, que no descansa tanto en las categorías usuales de actos “permitidos”, “facultativos” y “prohibidos” o a lo sumo “actos sujetos a autorización” sino en una generalización de los deberes procedimentales. Y también ha permeado a la materia mercantil un aspecto puramente persecutorio aunque no necesariamente vinculado al derecho penal. En gran medida, los Estados descansan en los sujetos de dedicación empresarial para “señalar”, no ya los actos delictivos, sino los sujetos sospechosos, convirtiendo en culpable a quien omite señalar.

#### **IV. El derecho regulatorio y el pseudoproblema del código unificado**

Con su Código de Comercio, Vélez y Acevedo buscaron llevar a cabo los ideales liberales a partir de un cuerpo normativo que conjugaba la tradición previa de un derecho profesional con los actos objetivos de comercio. El derecho comercial apareció entroncado en el derecho privado y contractual, buscando consagrar la libertad constitucional de ejercer toda industria lícita (art. 14, Constitución Nacional) a partir del imperio de la autonomía de la voluntad.

Ese programa legislativo fue exitoso en implementar aquel ideario, más allá de las críticas que pueden encontrarse alrededor de algunos institutos del Código e incluso de su organización a partir de la definición del acto de comercio como elemento calificador de la jurisdicción mercantil. A pesar de haber sufrido mutilaciones con la sanción de innumerables leyes especiales que terminaron por destruir su integridad en cuanto a la técnica de la codificación, la disciplina jurídica comercial mantuvo un cierto grado de autonomía. Aunque más no sea, como rama entroncada en el derecho privado.

La tradición iusprivatista sigue vigente en las aulas universitarias, en muchos textos de doctrina y –en menor sentido porque allí deben lidiar con casos actuales y reales– en los tribunales. Es la visión que destilaba la conferencia antes mencionada. Los programas de enseñanza –para ser justos, la

mayoría pero no todos— evidencian que la educación en derecho comercial sigue atada a la perspectiva tradicional. La misma visión prevalece en los ámbitos de formación docente, a juzgar por los temas elegidos en los concursos para la elección de profesores en el área. Luego de una breve actualización en jurisprudencia, un profesor del siglo XIX podría comprender los contenidos como propios de su mundo y quizás tenga chances de lograr un nombramiento en la universidad actual.

Menos suerte tendría fuera del aula. La actividad empresarial jurídicamente relevante dista en la actualidad de lo que refleja ese código descuartizado, aun incluyendo las leyes contenidas en sus anexos. La actividad comercial o empresarial está definitivamente más influenciada por las regulaciones que por la ley. Cuando hablamos de regulación, no solamente nos referimos a su significado más propio en términos jurídicos, es decir, las disposiciones reglamentarias que emite la Administración Pública y las agencias regulatorias, sino en sentido más general para también incluir a las leyes en su concepción formal. Aun cuando dejan los detalles para el regulador o el juez, las leyes mercantiles son más exhaustivas, casuísticas y procedimentales, asemejándose a las regulaciones en su forma, en el proceso interpretativo y en su inestabilidad. En ese sentido, las regulaciones son más importantes que la ley en su forma tradicional.

Paradójicamente, esta circunstancia relativiza la importancia de la eventual sanción del Código Unificado. Aunque es indudable que el proyecto en debate tiene enormes méritos en cuanto refleja aspectos contemporáneos de la idiosincrasia nacional y contiene disposiciones progresistas, en tanto se enmarca dentro del paradigma regulatorio, su influencia normativa sería relativa. En gran medida, la denominación de “Código” conduce a la falsa representación de un cuerpo normativo integral —como los códigos del siglo XIX— cuando en realidad la explosión regulatoria implica que se tratará de una guía de derechos y deberes muy poco representativa de la normativa que realmente incide en la vida en sociedad.

Las discusiones en torno a la profundidad de los cambios que plantea el texto propuesto —demasiados para algunos, adecuados para otros, tibios para otros— en realidad omiten reconocer la circunstancia evidente de que la principal fuente de los fenómenos jurídicos se halla en otro lado. Cualquier discusión sobre nuevas disposiciones contractuales, por más profunda que sea, pierde importancia frente a nuevas medidas regulatorias, algunas de ellas inéditas como la recopilación de datos biométricos por parte de la au-

toridad fiscal, medida antes reservada al lumpenaje que debía imprimir sus huellas digitales o “tocar el pianito” en sede policial.

En términos de técnica normativa, la generalización del mecanismo regulatorio ha quebrado en gran medida las grandes distancias que históricamente existieron entre el derecho continental, las tradiciones de origen alemán y el *common law*. Ni el Código es el manual integral de los derechos y sus limitaciones, ni los jueces tienen entera libertad para construir las reglas en base a los precedentes jurisprudenciales. El derecho aparece más que nunca definido muy precisamente por el regulador.

La generalización de las regulaciones y su predominio por sobre la ley parece una tendencia global que involucra gobiernos de todos los signos políticos. Habrá matices, claro está, pero a los efectos de la delimitación que sufre el derecho comercial, las diferencias de visión política no alteran el sentido de los cambios.

La actuación regulatoria del Estado tuvo su puntapié inicial en la crisis internacional de los años treinta del siglo XX. El primer antecedente significativo es la creación de la Reserva Federal estadounidense de 1913. Recién en 1935 se funda el banco central argentino con facultades bastante limitadas para un observador actual. Dos años después se creó la autoridad de supervisión del mercado de los seguros. También en 1937 se instituyó una autoridad de supervisión del mercado de capitales en la órbita del Banco Central.

La Comisión Nacional de Valores fue creada por la ley 17.811 en 1968<sup>21</sup> bajo el ejemplo de la *Securities and Exchange Commission* (SEC) estadounidense de 1934. Esta última había sido instituida en respuesta al quiebre bursátil de 1929, en el marco de una reforma integral del régimen de la oferta pública. Bajo esta nueva dirección se impone el registro ante una autoridad pública de cualquier ofrecimiento público de valores negociables. En lugar

21. La Comisión de Valores de 1937 carecía de facultades regulatorias y ejercía un control de oportunidad en la autorización de nuevas emisiones. El Decreto-Ley del 28 de mayo de 1946, modificatorio de la estructura de la Comisión de Valores, incluía entre sus funciones “resolver sobre las solicitudes de cotización de valores emitidos por entidades privadas o mixtas, para ser colocados pública o privadamente, que se presenten a las bolsas o mercados de valores del país y verificar el cumplimiento de dichas resoluciones”. Posteriormente, se le fueron sumando nuevas funciones pero no fue hasta la sanción de la ley 17.811 que adquirió el lugar que en la actualidad ocupa.

de hacer un control de méritos como se hacía previamente en algunas legislaciones estadales,<sup>22</sup> se establecen deberes informativos para asegurar el funcionamiento regular del sistema de formación de precios. Con matices, es la misma modalidad que rige la actuación de la CNV.

La historia de las autoridades regulatorias en el siglo XX es compleja en cuanto a la evolución de la arquitectura institucional, que por otra parte trasciende las fronteras territoriales. Sin entrar en una materia que requiere de un estudio especial, basta con mencionar que el inicio del siglo XXI tuvo su propia impronta en la materia a partir de la creación de las entidades de prevención del lavado de dinero y financiamiento del terrorismo, en un principio para el sistema financiero pero actualmente para casi cualquier sector de la economía. En efecto, la Unidad de Información Financiera fue creada en el año 2000, el mismo año de la fundación del grupo intergubernamental regional Gafisud y solamente once años después del nacimiento del FATF-GAFI.

Hemos afirmado que para los destinatarios del derecho comercial, las regulaciones han crecido tanto en cuanto a su generalización y complejidad, que en cierto sentido han desplazado a la ley en el contacto cotidiano con la actividad mercantil. Un empresario que no conoce la ley de sociedades podrá trabajar normalmente con algún tipo de asistencia jurídica y contable, pero si no conoce las últimas disposiciones regulatorias de la UIF, AFIP, el BCRA, la IGJ, la CNV, etc., seguramente se verá impedido de abrir las puertas de su comercio o industria.

Una sencilla prueba es ilustrativa de la criticidad de la cuestión. La inflación regulatoria queda patentizada en la evolución del tamaño de los cuerpos normativos en las últimas décadas, medidos en cantidad de palabras. Podrá decirse que la mayor extensión en los textos no necesariamente implica una mayor carga regulatoria, aunque tratándose de números contundentes no parece haber una mejor explicación. Reténgase además que el discurso legislativo, a diferencia del literario, reposa justamente en la economía de palabras. Salvo cuando deba hacerse algún tipo de aclaración o énfasis en algún aspecto, rara vez las leyes recurren a los ejemplos, las metáforas, la repetición de conceptos, etc. Es decir, el legislador y el regulador

22. Malumián, Nicolás - Barredo, Federico A., "Oferta pública de valores negociables", *Lexis Nexis*, Buenos Aires, 2007, p. 45.

tratan de utilizar la menor cantidad de palabras que sean necesarias para dejar en claro los hechos condicionantes y las consecuencias jurídicas. Por otro lado, el crecimiento de los cuerpos regulatorios es consistente con la generalización de los deberes procedimentales, otra característica saliente del nuevo derecho comercial.

En números redondos, la ley 17.811 de 1968, es decir la ley que creó la Comisión Nacional de Valores en su forma actual, tenía 4.700 palabras. El texto actualizado en 2001 a partir del decreto 677/2001 contaba con 9.500 palabras, es decir, un 102% más que el anterior. El Decreto 677/2001, sin las porciones que se integran a otras leyes, sumaba 12.500 palabras, con lo cual podría afirmarse que en el año 2001 la normativa principal del mercado de capitales tenía 22.000 palabras, un 368% más que en 1968. La última reforma integral del sistema de la oferta pública, operada en 2012 a partir de la ley 26.831, sumaba 23.200 palabras, sólo un 5% más que el texto de 2001, pero un 394% adicional tomando como base el texto de 1968. Antes de que la CNV emitiera el nuevo cuerpo regulatorio, el poder ejecutivo sancionó un decreto reglamentario (Decreto N°1023/2013) sumando 5.970 palabras a la ley del mercado de capitales. Cabe aclarar que no han sido contabilizadas algunas leyes especiales sancionadas luego de 1968 y que han hecho crecer considerablemente ese ámbito normativo como la ley de fideicomisos, la ley de fondos comunes de inversión, la normativa relativa a las empresas calificadoras de riegos, etc.

Las resoluciones de la CNV reunidas en textos ordenados también aumentaron considerablemente en su extensión. La Resolución General 290 de 1997 tenía 68.900 palabras. El texto de 2001 compilado a través de la RG 368 sumaba 125.100 palabras, es decir un 82% más extenso a pesar de haber transcurrido muy pocos años y con un mercado de capitales que se encogía. El texto ordenado vigente en enero de 2013, antes de emitir la reglamentación de la nueva ley, ascendía a 240.100 palabras, lo que equivale a un 92% más que el texto de 2001 y 248% más que el de 1997.

La IGJ, autoridad de policía societaria de la Capital Federal, sancionó en 1980 un texto general de normas de 25.600 palabras. En el año 2005 se aprobó una nueva recopilación regulatoria a través de la Resolución General 7 que sumaba 94.100 palabras, un 268% adicional tomando el texto de 1980 como base 100 aunque con 25 años de diferencia. En enero de 2013, el texto de las regulaciones sumaba 104.800 palabras, un 12% más que el texto de 2005 y 309% más que en 1980.

A esta carga regulatoria adicional que ejemplificamos, habría que adicionarle innumerables otras normas que también han crecido en su complejidad, desde las disposiciones de tipo tributarias hasta las que buscan prevenir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo.

La explosión regulatoria no es exclusiva de nuestro medio. El texto de la ley Dodd-Frank que operó la reforma financiera estadounidense en 2010 tiene 368.000 palabras, unas 800 páginas en el formato de texto de la publicación oficial. Seguramente, la suma de las disposiciones reglamentarias se extienda por algunos millones de palabras. Lo mismo puede decirse de las últimas reformas sancionadas en la región europea.

Para saber derecho comercial, entonces, no basta con conocer las disposiciones normativas tradicionales. Se impone también conocer esta inabarcable cantidad de regulaciones que indefectiblemente afectan no solamente la relación de los sujetos del comercio con el Estado, sino también las relaciones horizontales, desde que cada acto de comercio deberá integrar un número creciente de requisitos establecidos en ese mar de leyes.

## **V. Visión “publicística” o tutelar**

Según la clasificación habitual, el derecho positivo puede dividirse en dos grandes ramas conformadas por el derecho público y el derecho privado. Borda no finca la distinción en la relación de subordinación o coordinación o en el interés involucrado, sino en el sujeto de la relación. Según el autor, estaremos dentro del mundo del derecho público cuando el Estado interviene como poder público. Si sólo intervienen particulares, será derecho privado.<sup>23</sup>

Como toda clasificación, es útil para poner algo de orden a las ideas, pero no tiene valor de verdad. Es una dualidad problemática desde que pretende hacer encajar dentro de cada molde a las ramas en que a su vez se divide el derecho. Así, por ejemplo, para Borda el derecho procesal civil y la legislación laboral serían derecho privado.

Hemos señalado que el paulatino abandono de la visión liberal tiene como correlato la explosión regulatoria que sufre la materia mercantil. Otra

23. Borda, Guillermo A., *Manual de derecho civil - Parte general*, Perrot, 17ª Edición, 1995, p. 17.

consecuencia derivada del mismo proceso es una cierta visión “publicística” del derecho.

No es un término feliz, desde que el necesario origen en un proceso político vincula el derecho a lo público. Por otra parte, su antónimo refiere a una idea de imposible postulación en la modernidad, esto es, que puedan existir manifestaciones normativas privatistas. En efecto, la instalación del paradigma regulatorio ha provocado la caída en desgracia de los sistemas de autorregulación, profundamente revisados en buena parte del mundo.

En su lugar, es preferible referirse a ese fenómeno como tutelar, o quizás intervencionista. En definitiva, se quiere expresar la mayor presencia estatal en las relaciones jurídicas puramente privadas. No se espera, como lo hacía la economía clásica, que la actuación egoísta de los sujetos promueva el interés público sino que se establecen criterios especiales, dispuestos por la autoridad pública, teniendo en cuenta la calidad de los operadores, el tipo de actividad, la importancia económica, etc. Pero tampoco es una simple derivación del *welfare state*, ya que no siempre la intervención busca equilibrar situaciones allí donde el mercado arroja resultados injustos.

En derecho comercial, ejemplos de normativa tutelar se observan en las normas de protección al consumidor, en las innumerables cargas procedimentales a la celebración de operaciones comerciales por cuestiones tributarias o de política monetaria, los regímenes especiales como el de oferta pública y lavado de dinero, entre muchos otros.

En materia societaria, nunca ha desaparecido la idea de que la responsabilidad limitada implica la concesión de un privilegio que requiere un cuidadoso escrutinio público. Esa desconfianza se remonta a los inicios del mundo moderno, cuando los revolucionarios decretaron la abolición de las corporaciones. Easterbrook y Fischel<sup>24</sup> ofrecen una interesante explicación para desmentir que el beneficio de la responsabilidad limitada sea un privilegio. Desde que se puede lograr el mismo resultado mediante contratos –los acreedores comerciales acuerdan limitar su reclamo a ciertos bienes y para el resto existen seguros– las leyes societarias se limitan a establecer una solución eficiente en términos de costos de transacción. Coase en estado puro.

24. Easterbrook, Frank H. - Fischel, Daniel R., *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1991.

El mismo razonamiento puede valer para ciertas disposiciones societarias imperativas, como por ejemplo, la tipicidad. Una sociedad anónima con dos órganos de administración no parece una inmoralidad o una injusticia, pero está prohibido. La prohibición se justifica para disminuir el costo de transacción de estudiar exhaustivamente el contrato de sociedad para cualquier operación, ante la posibilidad de estar contratando con quien carece de facultades. En términos sistémicos, la uniformidad conviene.

Pero la visión publicística de las sociedades no está vinculada con la proliferación de normas imperativas, sino en la tutela estatal directa sobre actos o actividades antes dejados a la autonomía de la voluntad y, especialmente, los actos intrasocietarios. Muchas de las medidas de gobierno societario participan de esta corriente. La OPA obligatoria, la integración de los órganos con funcionarios independientes, la adecuación del capital al objeto social, las obligaciones informativas, y tantas otras medidas aplicables tanto a las sociedades cotizadas como a las cerradas, jamás podrían haber sido siquiera planteadas bajo el paraguas del ideario liberal.

Zamenfeld y Caivano<sup>25</sup> explican que la perspectiva publicística no es exclusiva de las autoridades políticas sino que también involucra a los jueces. Critican la baja estima judicial por las cláusulas arbitrales de los contratos de sociedad. Afirman enfáticamente que “este pensamiento pertenece a la categoría de aquellas ideas que, aunque en apariencia son inmovibles, no resisten un análisis profundo y deben ceder frente a la demostración de su inconveniencia, en tanto por encima de su aparente legitimidad conceptual no logran traducirse en soluciones equitativas para problemas reales”. La resistencia a admitir la jurisdicción arbitral para juzgar la validez de los actos asamblearios, “equivaldría a quitar una buena proporción de la materia societaria del tráfico privado y someterla a la tutela del Estado como condición de validez de cualquier manifestación de la voluntad de las partes”.

A pesar de los cuestionamientos doctrinarios, la visión publicística o tutelar del derecho comercial trasciende los dispositivos normativos puntuales para atravesar la materia en su conjunto. Y dejando a salvo la impronta de cada sistema jurídico y político, existen elementos para afirmar que también se trata de una corriente global. Ello se percibe en los consensos

25. Zamenfeld, Víctor - Caivano, Roque J., “El arbitraje en materia societaria”, *El Derecho* 194-152, 2001.

que lentamente se van logrando en el marco de las organizaciones internacionales o intergubernamentales como el G-20, el GAFI, IOSCO, IAIS, Basilea, etc.

## VI. Deberes procedimentales

Además de la distinción derecho privado-derecho público, las leyes pueden ser imperativas o supletorias, de acuerdo a su validez en relación a la voluntad de las personas.<sup>26</sup> De todas las que han sido postuladas, es una de las clasificaciones más útiles dado que se vincula directamente con las categorías de lo “prohibido”, “obligatorio” y “facultativo”. Aunque la justificación de esa distinción trae sus propios problemas, para los operadores del derecho es fundamental determinar los límites de las estipulaciones particulares.

El nuevo panorama regulatorio viene presentando un fenómeno peculiar que en cierto sentido quiebra esa perspectiva ternaria. Prolifera una creciente cantidad de normas procedimentales, en las cuales se ordena la ejecución de determinadas conductas, pero con una relación indirecta con la conducta social que busca promoverse o prohibirse. El incumplimiento de las obligaciones rituales causa la aplicación de sanciones aunque el bien jurídico que busca protegerse no haya peligrado.

En estrictos términos lógicos, las normas procedimentales no alteran la forma en que se postulan los enunciados normativos. En aquellas, también se prevén antecedentes vinculados a ciertas consecuencias. Pero existen al menos dos importantes distinciones. En primer lugar, el derecho comercial resiente algo de los valores “celeridad”, “informalidad”, etc., que implicara su calificación como el derecho de la circulación<sup>27</sup> para adoptar un cierto sesgo burocrático, más propio de otras ramas del derecho. Es cierto que si hablamos de tiempos transaccionales, en gran medida la revolución informática compensa el derrotero procedimental complejizado. Pero el cumplimiento de ritos intermedios como fines en sí mismos, cambia radicalmente la fisonomía de la materia. Esto último constituye el segundo distingo. Mu-

26. Borda, G. A., op. cit., p. 39.

27. Luchinsky, Rodrigo S., *Gobierno societario, mercados y conflictos*, Ediar, 2012.

chas de las obligaciones procedimentales no tienen como finalidad resguardar o controlar la transacción con la cual se vincula, sino que se persigue otro objetivo calificado como de interés público.

El proceso de ritualización del derecho comercial puede ser descrito en tres etapas o componentes. Por un lado, muchos institutos clásicos se han procedimentalizado, operando el paulatino abandono de las categorías normativas clásicas. En un inicio, cierta práctica aparece como permitida, obligada o prohibida. Con posterioridad, se establecen ritos, primero sencillos pero paulatinamente más complejos, que buscan canalizar las prácticas en ciertas formas descriptas por el legislador o el regulador.

Aparece más tarde el componente represivo: el incumplimiento de los ritos, además de habilitar reclamos por parte de los interesados, aparece como antecedente de las prerrogativas sancionatorias del Estado moderno. La sanción tiene lugar con independencia del daño. Aunque pueden encontrarse razones sistémicas (“resguardar el sistema financiero”, “asegurar la transparencia en el mercado de capitales”, “evitar sanciones de la comunidad internacional”), lo que se castiga es la desobediencia.

Finalmente, llevada a un extremo, la desvinculación entre el daño y la infracción origina a su vez categorías jurídicas nuevas como la del *sospechoso*. Por supuesto que la evolución descrita no tiene lugar con la misma intensidad en todas las expresiones del derecho comercial, pero en todas ellas puede identificarse la impronta del proceso señalado.

Un ejemplo de la evolución señalada en primer término –de normas rígidas a procedimientos descritos en la ley– puede ser, aunque los hay por donde se mire, la regulación de los contratos entre los directores y la sociedad que integran. El art. 338 del Código de Comercio prohibía a los directores “negociar o contratar por cuenta propia, directa o indirectamente, con la sociedad que administra”. Se trataba, de acuerdo a un sector importante de los comentaristas, de una disposición de orden público, con algunos matices que fue admitiendo la jurisprudencia.<sup>28</sup> Las sucesivas reformas agregan pasos procedimentales en forma incremental hasta llegar al texto actual, que a su vez se integra con regulaciones.

28. Malagarriga, Carlos, *Código de Comercio comentado*, T. II, J. Lajouane & Cía. Editores, 1927, p. 194. Ver también Alconada Aramburu, C., op. cit., p. 51.

La ley de 1972 establece una habilitación limitada a los contratos que involucren la actividad normal de la sociedad y en las mismas condiciones en que aquella contrata con terceros, siempre y cuando se informe al directorio y al síndico y los directores contratantes se abstengan de participar en la deliberación. El resto de los contratos requieren la aprobación de una asamblea extraordinaria.

En el texto de 1983 –ley 22.983– hoy vigente, los contratos que involucren la actividad normal requieren la aprobación *previa* del directorio o la sindicatura si aquel no tuviese quórum, y la remisión posterior del asunto a la asamblea, sancionando de nulidad los contratos no ratificados por esa instancia.

A partir del año 2001, en una dirección ratificada a finales de 2012, las sociedades con acciones anotadas en el régimen de la oferta pública deben someter los llamados “contratos con partes relacionadas” –que incluyen los contratos entre directores y la sociedad– a una serie de pasos procedimentales mucho más complejos.

La ley 26.831 establece que los contratos con partes relacionadas sobre un valor señalado como umbral y denominado “monto relevante” requieren una deliberación en el directorio, la posterior remisión al comité de auditoría y la eventual consulta a dos firmas evaluadoras independientes para determinar si el contrato se realiza en condiciones normales y habituales de mercado. Luego, se establece que la decisión del directorio –además de ser comunicada al mercado– deba quedar a disposición de los accionistas en el domicilio de la sede social. Y si el contrato no se concierta en base a circunstancias normales y habituales del mercado, se requiere la aprobación asamblearia.

A la extensión de las normas rituales habría que adicionarle la exaltación de las potestades sancionatorias del Estado. El incumplimiento de los procedimientos no solamente interesa al ámbito negocial, como podría ocurrir si una operación no logra las ratificaciones necesarias para resultar válida, sino que con mayor intensidad aparece la autoridad pública aplicando castigos.

En cierto sentido, esa potestad sancionatoria responde a la evolución de las prácticas judiciales a partir de la estatización de los mecanismos jurisdiccionales que describe Foucault. Sin embargo, es notable que en ciertos institutos del derecho comercial parece haberse llegado al extremo de desvincular totalmente la práctica impuesta con el daño que busca prevenirse.

Afirma el filósofo francés que a partir de la segunda mitad del siglo XII nace en Europa la figura del procurador –desconocida por el derecho romano con esta nueva misión–, quien oficia de representante del soberano ejerciendo la condición de titular de un poder lesionado por el solo hecho de que ha habido un delito o crimen.

Surge desde entonces el concepto novedoso de la “infracción”, que implicaba dejar de lado el sistema judicial anterior que consistía en dirimir si había existido un daño y en establecer el responsable para aplicar el castigo o exigirle reparación. Cuando se determina que el soberano también resulta lesionado por el daño, se entiende que el ataque no se dirigió de un sujeto a otro, sino al Estado, a la ley. Con el tiempo, las prácticas jurisdiccionales afectan la forma de saber, al transformar la indagación para determinar el transcurso de los hechos en un caso que tuvo lugar en el pasado y que se dirime en un pleito judicial, a la forma moderna de la vigilancia. De ahí viene el ejemplo que Foucault trae de Bentham acerca del *panóptico*. Decía el jurista y filósofo británico en 1791 que “el saberse constantemente observado por un inspector, hace perder en efecto, la fuerza para obrar mal y casi la idea de desearlo”.

La vigilancia como práctica surge como mecanismo subterráneo de las prácticas que hoy podríamos llamar republicanas, que exigen una clara determinación de la conducta debida y las sanciones, una relación de razonabilidad entre ambas y cierta mesura a la hora de restringir derechos. Es interesante la contraposición que propone Foucault de la teoría del derecho penal postulada por Beccaria a la vigilancia como mecanismo de control social: “Esta teoría del castigo subordina el hecho y la posibilidad de castigar a la existencia de una ley explícita, a la comprobación manifiesta de que se ha cometido una infracción a esta ley y finalmente a un castigo que tendría por función reparar o prevenir, en la medida de lo posible, el daño causado a la sociedad por la infracción. Esta teoría legalista, teoría social en sentido estricto, casi colectiva, es lo absolutamente opuesto del panoptismo. En este, la vigilancia sobre los individuos no controla lo que hacen, sino lo que son o pueden hacer. La vigilancia tiende cada vez más a individualizar al autor del acto, dejando de lado la naturaleza jurídica o la calificación penal del acto en sí mismo”.<sup>29</sup>

29. Foucault, M., op. cit., p. 124.

El distanciamiento entre el daño y la infracción es entonces producto de la evolución de las prácticas judiciales y, agregaría Foucault, ello opera como necesidad del sistema productivo moderno.

En lo que atañe a la materia mercantil, sin dejar de reconocer el proceso evolutivo que venimos describiendo, lo que aparece en el último tiempo es un salto cuantitativo en torno a esa desconexión. En tanto el deber ritual se aleja del bien jurídico a resguardar, la sanción aparece como buscando el disciplinamiento por sí mismo.

Uno de los ejemplos más palmarios de esta circunstancia son las normas de prevención de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo. Por un lado, se establecen innumerables obligaciones procedimentales, tendientes a que ciertas personas –los sujetos “obligados”– puedan detectar, entre sus clientes actuales o potenciales, operaciones sospechosas. La categoría del sospechoso no es problemática en torno a la persona denunciada –en cierto sentido, cualquiera puede ser denunciado por cualquier delito, recayendo una cierta medida de sospecha– sino alrededor de la persona del sujeto obligado a denunciar. La falta de cumplimiento de ciertos deberes alrededor de la implementación del sistema de denuncia, o la falta de denuncia de un sospechoso, aunque no sea un lavador de dinero o un terrorista, convierte al sujeto obligado en infractor.

El sistema de la ley 25.246 –en este aspecto idéntico a la totalidad de los países que integran el GAFI– establece un catálogo de sujetos obligados que incluyen desde entidades financieras, corredores de todo tipo hasta escribanos y todo aquel que reciba aportes de terceros, es decir, prácticamente todo aquel que desarrolla actividades económicas de alguna sofisticación.

Los sujetos obligados tienen tres obligaciones centrales: conocer a sus clientes, denunciarlos cuando exista alguna operación sospechosa o inusual, realizada o tentada y abstenerse de informarles que los han denunciado. Para implementar el mecanismo de prevención, la reglamentación establece una larga serie de obligaciones procedimentales. Estas incluyen el nombramiento de un oficial de cumplimiento, la confección de un manual de procedimientos, la realización de auditorías internas, la capacitación continua del personal, la remisión de informes periódicos, y otras adicionales dependiendo de la naturaleza del sujeto obligado de que se trate.

El mecanismo antilavado completa con las amplias facultades de la UIF. Para cumplir con su cometido, dice la ley, la autoridad puede “solicitar informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estime

útil para el cumplimiento de sus funciones, a cualquier organismo público, nacional, provincial o municipal, y a personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, todos los cuales estarán obligados a proporcionarlos dentro del término que se les fije, bajo apercibimiento de ley” (art. 14, ley 25.246). Cuando los requeridos sean sujetos obligados, y exista un reporte de operación sospechosa, la ley establece que no podrán oponer el secreto bancario, fiscal, bursátil o profesional, ni los compromisos legales o contractuales de confidencialidad.

El incumplimiento de las obligaciones procedimentales puede originar la aplicación de sanciones, aun cuando el bien jurídico protegido no haya sido puesto en peligro. Es cierto que en derecho administrativo sancionador hace mucho tiempo que se admite la aplicación de sanciones por transgresiones meramente formales, aunque no exista daño ni peligro para aquello que busca resguardarse. Lo peculiar no yace en el poder sancionatorio del Estado, sino en la naturaleza de las normas involucradas, de naturaleza estrictamente formal. Un ejemplo de ello es la obligación de contar con un manual de prevención, auditorías de *compliance* y programas de capacitación, que por sí mismos no aseguran la eficacia del sistema en general.

Aunque la UIF viene siendo bastante cauta en el ejercicio de sus prerrogativas sancionatorias –los casos que hemos podido consultar se refieren a operaciones no reportadas que claramente debían haber sido tildadas de inusuales– lo cierto es que la normativa aparece redactada en términos muy imprecisos. No se trata de un problema de nuestros legisladores sino del consenso internacional acerca de la salud del sistema financiero.

El mundo que describe Orwell en su utopía negativa *1984* tiene mucho en común con el mecanismo de los sujetos obligados que hemos descripto. En la obra de 1949, el estado policíaco no sólo descansa en la tecnología para ejercer el control, sino más especialmente en lo propios sujetos, quienes especialmente desde niños reciben entrenamiento para detectar acciones, actitudes y aun instintos sospechosos.

## **VII. Los desafíos pendientes**

La sociedad anónima nació como instrumento de política económica del absolutismo monárquico del siglo XVII. Bajo la influencia del capitalismo y el liberalismo político, se independiza y reproduce en su seno las formas propias del constitucionalismo moderno. Dice Garrigues que “en el

siglo XIX los hombres de negocios desempolvan la sociedad anónima, que había vivido olvidada por los mercantilistas, y la convierten en su instrumento predilecto al servicio de la nueva mística” y concluye que “el capitalismo no ha creado las instituciones del Derecho mercantil: las ha deformado cambiando su sentido para llevarlas al límite de sus posibilidades al servicio de una nueva mística: la concepción fáustica del dinero como instrumento de señorío, de poder y de fuerza”.<sup>30</sup>

La evolución posterior del derecho comercial ha dejado irreconocible la anatomía de la materia a los ojos de un jurista formado hace algunas décadas. Operan innumerables fuerzas convergentes conformadas por la creciente presión regulatoria, las prevenciones frente a los abusos que permite la globalización de las finanzas y la evidente crisis de las aspiraciones del liberalismo y el progreso científico en torno a la mejora de las condiciones de vida.

El proceso de reforma, lento e incipiente a pesar de la explosión regulatoria, no viene siendo sencillo. El mismo profesor español se alzaba contra el *status quo* que la forma societaria moderna ha generado como dogma. Decía que “todo intento de reforma escandalizaba a los bien hallados en este régimen de una malentendida libertad. Malentendida porque era sólo libertad para los poderosos y para los grupos de mando que les seguían. Se estimaba que el Derecho de propiedad y el Derecho contractual vigentes eran una especie de Derecho divino, que debía quedar al margen del poder que, paradójicamente, había creado esas leyes, es decir, el poder del Estado. Toda injerencia se tachaba de socialista y de demagógica”.<sup>31</sup>

Pueden postularse al menos tres desafíos que nos ofrece este nuevo orden de cosas. El primero tiene que ver con el diseño de técnicas jurídicas que permitan aprehender la materia mercantil en su verdadera dimensión. Continuar operando con las categorías iusprivatistas de los códigos implica desatender la realidad de la vida empresarial en la era de la información. Desconocer que las regulaciones integran el sistema jurídico con preponderancia solamente contribuye a evitar los juicios de adecuación que debe sortear toda normativa. Las normas o regulaciones irrazonables o inconsti-

30. Garrigues, Joaquín, “Reto sin respuesta”, 1970, en Garrigues, J., *Hacia un nuevo...*, p. 246.

31. Garrigues, J., “Reto...”, p. 248.

tucionales que no sean así declaradas, se transforman en el nuevo parámetro de lo normal.

Vinculado con el anterior, la segunda cuestión hacia adelante es la que enfrenta el edificio democrático asentado sobre la vigencia de los derechos humanos. La comunidad internacional deberá diseñar mecanismos tendientes a aventar los riesgos globales sin que implique destruir las reivindicaciones volcadas en tratados de derechos humanos, quizás el gran legado del siglo XX para la posteridad. La mayor deuda pendiente es, sin dudas, la de la equidad. El desafío para la clase política es enorme, quizá como nunca antes lo ha sido. Quizá el aspecto que le suma una complejidad enorme es el hecho de que las herramientas tecnológicas son neutras desde el punto de vista de los valores. Las redes sociales pueden servir a los fines de control social o la difamación de una persona o grupo, pero también, como ha ocurrido en Medio Oriente, para derrocar dictaduras sangrientas.

Finalmente, el tema ambiental dejará, nuevamente, irreconocible a la materia mercantil. A pesar del evidente deterioro del entorno natural y de los riesgos concretos que implica para la vida humana, no ha recibido la atención que merece, desde ningún ángulo. El tema ambiental es asumido por el derecho como ajeno a la responsabilidad de las partes.

Un abordaje efectivo de esa apremiante cuestión requerirá complementar los mecanismos regulatorios de naturaleza vertical con la internalización de la afección al medio ambiente por los sujetos contratantes. Inevitablemente, en una era de valorización del entorno natural, ciertos postulados normativos deberán repensarse: los derechos del consumidor también involucran deberes, las sociedades comerciales realizan actividades productivas sustentables, el patrimonio común de un país involucra los recursos naturales pero también la innovación tecnológica para conservarlos, etc.

En el sistema de la ley de sociedades –y en definitiva, en todo el derecho que llamaríamos privado– existe una valoración por la producción y el intercambio de bienes y servicios, sin implicar de ningún modo las consecuencias sobre el entorno. Así está expresado en la definición del art. 1º de la LSC, cuando establece que las sociedades involucran aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas y así lo define el Código Civil en el art. 1648 al establecer que habrá sociedad, cuando las partes hacen comprometen recursos “con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero,

que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiese aportado”.

Según la posición ideológica del observador, y el momento histórico y político, el énfasis estará centrado en los aspectos distributivos del resultado de esa explotación. Incluso la función asignada al Estado en los distintos procesos históricos también ha sido tributaria de esa puja. Pero ninguna de esas definiciones contempla que los recursos que indefectiblemente ha de transformar el proceso productivo generan consecuencias ambientales –externalidades– que las partes no asumen y que son de muy difícil reparación.

Y si bien la cuestión ambiental viene siendo atendida –una vez más– a través de dispositivos regulatorios, lo cierto es que ni el más efectivo de los Estados podrá llegar lejos sin la colaboración de los ciudadanos. Así como la mayoría de la gente prefiere abstenerse de matar porque es moralmente reprochable hacerlo (al menos, para las morales no relativistas), y no tanto porque el Código Penal lo sanciona, la producción sustentable deberá ser el único camino aceptable como práctica social. Y más especialmente el consumo sustentable; no deberá tanto hablarse de los derechos del consumidor, sino más de los deberes, no tanto frente al proveedor, sino para con el mundo circundante.

Con pequeños cambios de hábito que implican enormes cambios filosóficos, ciertos comportamientos que vemos como moralmente neutros deberán replantearse. No es racional, por ejemplo, movilizar un vehículo de dos o tres toneladas con una sola persona a bordo para un viaje de algunos cientos de metros para, por ejemplo, ir a la panadería. Una bicicleta o un pequeño vehículo eléctrico no superan los 20 o 30 kilos –1% a 3% del vehículo de combustión–, aun con materiales de tecnología ya superada.

## VII. Conclusión

El derecho comercial ha seguido, con ritmo propio, los paradigmas económicos y políticos de cada período histórico. Nació como sustrato normativo del capitalismo comercial, transformándose para adecuarse al arquetipo financiero moderno. Aunque la visión dogmática sigue aplicando las categorías conceptuales del entorno liberal generador de los códigos normativos, lo cierto es que enfrenta los desafíos propios del mundo presente.

El derecho comercial entendido como fenómeno normativo relativo a la actividad comercial moderna aparece como regulatorio, publicístico y proce-

dimental. Los procesos tradicionales de conformación de reglas jurídicas no descansan tanto en el legislador parlamentario como en el regulador, quien introduce factores de interés comunitario en las relaciones jurídicas privadas y utiliza con mayor frecuencia deberes procedimentales o rituales, con una relación débil con la finalidad de la norma o el bien jurídico involucrado.

Tratándose de una corriente global, o al menos una que involucra el mundo occidental, deviene fundamental comprender el nuevo orden de cosas para afrontar los desafíos concretos y acuciantes.

Señalamos algunas cuestiones que atraviesan nuestra materia, pero que involucran a todo el edificio social. Por un lado, la alteración de las categorías jurídicas tradicionales y la alteración del proceso de generación de normas requieren actualizar los paradigmas conceptuales del derecho comercial, necesarios para resguardar y profundizar los procesos democráticos. Una correcta conceptualización de la materia requiere pensar seriamente en la vigencia de los derechos bajo un paradigma regulatorio de un aparato estatal efectivo para la consecución de finalidades progresistas pero también para la anulación de ciertas libertades básicas. Y finalmente, el derecho privado no ha resuelto efectivamente la generación de externalidades ambientales, y la solución regulatoria no parece satisfactoria frente a la imposición de incentivos concretos para que el cuidado del entorno natural integre el interés inmediato de consumidores y empresarios.

## **Bibliografía**

- Alconada Aramburu, Carlos, *La sociedad anónima, propósitos y problemas*, Abeledo Perrot, 1966.
- Allen, William T. - Kraakman, Reinier, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, Aspen Publishers, 2003.
- Arecha, Waldemar, *La sociedad anónima y el hombre*, Abeledo Perrot, 1965.
- Borda, Guillermo A., *Manual de derecho civil - Parte general*, Perrot, 17<sup>a</sup> edición, 1995.
- Castillo, Ramón S., *Derecho comercial*, 1948.
- Colombres, G. R., *La teoría del órgano en la sociedad anónima*, Abeledo Perrot, 1964.
- Easterbrook, Frank H. - Fischel, Daniel R., *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1991.

- Etchebarne, Conrado (h.), *Proyecciones de la sociedad anónima en el mundo actual*, Abeledo Perrot, 1962.
- Fontanarrosa, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino, 1: Parte general*, Zavalía, 1995.
- Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, 1980.
- Garrigues, Joaquín, “Discurso de contestación al ser concedido al Profesor Garrigues el título de Doctor ‘Honoris Causa’ por la Universidad de Génova”, 1966, “La crisis del derecho mercantil contemporáneo”, 1955, “Problemas actuales de la sociedad anónima”, 1933, “Reto sin respuesta”, 1970, en Garrigues, Joaquín, *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Tecnos, 1971.
- Girón Tena, J., *Tendencias actuales y reforma del derecho mercantil (estudios)*, Civitas, 1986, p. 130.
- Hauriou, Maurice, *La teoría de la institución y de la fundación (ensayo de vitalismo social)*, Abeledo Perrot, 1968, p. 53.
- Kelsen, Hans - Bulygin, Eugenio - Walter, Robert, *Validez y eficacia del derecho*, Astrea, 2005.
- Luchinsky, Rodrigo S., “Evolución y desafíos del derecho comercial ‘De la máquina a la bicicleta’”, *La Ley* Año LXXVII N°122, 04/07/2013.  
— *Gobierno societario, mercados y conflictos*, Ediar, 2012.
- Malumián, Nicolás - Barredo, Federico A., “Oferta pública de valores negociables”, *Lexis Nexis*, Buenos Aires, 2007, p. 45.
- Malagarriga, Carlos, *Código de Comercio comentado*, T. II, J. Lajouane & Cía. Editores, 1927, p. 194. Ver también Alconada Aramburu, C., op. cit., p. 51.
- Radbruch, Gustav, *Relativismo y derecho*, Temis, 1999.
- Russell, Bertrand, *Autoridad e individuo*, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Zamenfeld, Víctor - Caivano, Roque J., “El arbitraje en materia societaria”, *El Derecho* 194-152, 2001.