

Revista Electrónica

Año VII – N° 10 - 2013



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

Revista Electrónica

Instituto de Investigaciones Jurídicas y
Sociales "Ambrosio L. Gioja"

Año VII – N° 10 - 2013

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) – 1er. Piso
Horario de Atención: Lunes a Viernes de 9 a 20 horas.
Teléfono: 054 –1-4-809-5629/32
URL: www.derecho.uba.ar/revistagioja
e-Mail: revistagioja@derecho.uba.ar



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

EDITOR RESPONSABLE

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"
(Av. Figueroa Alcorta 2263, primer piso, C1425CKB, Buenos Aires, Argentina)

DIRECTOR Y EDITOR RESPONSABLE

Carlos María Cárcova

COMISIÓN DE REDACCIÓN

Martín Aldao
Lucas Arrimada
Mauro Benente
Agustín Cárdenes
Federico De Fazio
Clara Minaverry
Liliana Ronconi
Luciana B. Scotti
Leticia Vita

COMITÉ CIENTÍFICO

David Baigún
Oscar Casas
Sara L. Feldstein de Cárdenas
Cecilia P. Grosman
Hortensia D. T. Gutiérrez Posse
Abelardo Levaggi
Julio Maier
Guillermo R Moncayo
Tulio E. Ortiz

ÁRBITROS ESTABLES

Ignacio Gabriel Anitua
Luis F. Castillo Argañarás
Nancy Cardinaux
María Laura Clérico
Aníbal D´Auria
Juan Carlos Frontera
Mónica S. Rodríguez

ÁRBITROS DE ESTE NÚMERO

Virginia Abelenda - Claudia Bacci - Zlata Drnas de Clément - Juan B. Etcheverry - Victoria
Famá - Leopoldo Godio - Luciane Klein Vieira - María Inés Pacecca - Gonzalo Penna -
Gabriela Rodríguez - Adriana Tripelli - Nora Wolfzun - Fabiola Wüst Zibetti - Diego Zentner -
Carla Zibecchi

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Federico José Lago

Sumario

EDITORIAL

- CARLOS MARÍA CÁRCOVA

Pag.
5

INVESTIGACION

- Juan Esteban Barile y César Augusto Rojas - *LEY DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL: UNA MIRADA A TRAVÉS DE LA OBRA HABERMAS* 7
- María Emilia Barreyro - *EL "HOMBRE" EN SPINOZA Y SUS PRESUPUESTOS TEOLÓGICOS* 30
- Leandro A. Díaz - *LA TENDENCIA HACIA UN ROL FORTALECIDO DE LAS NORMAS DE JUS COGENS EN EL DERECHO INTERNACIONAL: CAMINOS, RIESGOS Y UTOPIÁS. Homenaje al profesor Antonio Cassese* 45
- María del Pilar García Martínez, María de la Paz Herrera y Sabrina Victoria Olivera - *LA NATURALEZA DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS EN EL MERCOSUR. ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA UNIÓN EUROPEA* 71
- Juan Iosa - *EL ESTATUS NORMATIVO DE LA PROSTITUCIÓN Y EL PROXENETISMO EN ARGENTINA* 96
- Cecilia Lucia Mantecón - *CONSIDERACIONES SOBRE EL DESARROLLO URBANÍSTICO Y LA PROBLEMÁTICA AMBIENTAL EN LA COSTA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES* 118
- Yennesit Palacios Valencia - *EL EJERCICIO DE LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS EN LA RATIFICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES: Caso del Estatuto de Roma* 144

EDITORIAL

Presentamos en las líneas que siguen el N° 10 de la Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas "Ambrosio L. Gioja". Para decirlo sin disimulos, tal circunstancia nos llena de satisfacción. Se trata de una tarea seria, ponderada, exigente, la de divulgar la producción intelectual de las personas que interactúan en este ámbito, en oportunidades contando con el estimulante aporte de docentes e investigadores de disciplinas conexas o de personas que no desarrollan sus actividades en el Instituto pero mantienen con él, vínculos de interés y reconocimiento, que en todos los casos es recíproco.

El trabajo que implica concretar este emprendimiento no es sencillo, aunque lo parece. Con buen criterio quienes hacen de las actividades académicas e investigativas su modo de vida, suelen ser celosos críticos de sí mismos y no entregan con ligereza o descuido, un texto para ser publicado. Vuelven sobre sus trabajos, los rehacen y los someten a las opiniones de los colegas que estiman calificados, para tener la tranquilidad que se trata de materiales de "buena ley". Por eso, el Comité Editorial debe lidiar no sólo con nuestras limitaciones materiales, sino con este peculiar talante. Una razón más para agradecer las colaboraciones que integran este número, que son plurales desde el punto de vista conceptual y de notorio interés por su factura y por las problemáticas a las que se asoman.

La ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, que tantas polémicas y tan complejo y prolongado trámite judicial ha tenido en nuestro país, es analizada con posterioridad al pronunciamiento definitivo de la Corte Suprema de Justicia que ha declarado su plena constitucionalidad, bajo el prisma teórico habermasiano, como un ejemplo de política deliberativa en un espacio público no institucionalizado.

Un trabajo de sesgo filosófico profundo, encara la idea de "hombre" en el pensamiento de Spinoza y los presupuestos teológicos que acompañan las reflexiones de ese reconocido pensador.

Otro ensayo confronta con cuestiones más mundanas al tratar el estatuto normativo que se ocupa de la prostitución y el proxenetismo en nuestro país.

Es también materia de análisis, el desarrollo urbanístico y la situación medioambiental que lo acompaña, en la costa de la Provincia de Buenos Aires.

Finalmente se dan cita en este número de la Revista, tres artículos referidos a cuestiones concernientes al derecho internacional. Cada una de ellas, sin embargo, escoge perspectivas y

enfoques claramente diferenciados: por un lado las opiniones consultivas del Mercosur en relación comparativa con las generadas en la Unión Europea; por otro las normas del *jus cogens* en el plano del derecho internacional; y finalmente la cuestión del ejercicio de la soberanía de los estados en la ratificación de los tratados internacionales.

Como se advierte ofrecemos un material de levantado interés y de marcada diversidad, esperando que nuestros habituales lectores se sientan reconocidos en sus expectativas y exigencias. Como siempre estamos abiertos a la opinión de todos ellos. Las críticas eventuales serán recibidas de buen grado, porque nos obligarán, en su caso, a enmendar errores o ratificar convicciones. Todo ello, elementos imprescindibles para el éxito del propósito que nos anima.

Hasta el próximo. Muy cordialmente.

Carlos M. Cárcova

Director

LEY DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL: UNA MIRADA A TRAVÉS DE LA OBRA HABERMAS

Por Juan Esteban Barile y César Augusto Rojas

RESUMEN

El trabajo desarrolla un análisis del proceso de creación de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual en la República Argentina. El análisis se centra en la teoría del autor Jürgen Habermas, principalmente en el papel que le atribuye al espacio público político no institucionalizado en las democracias. El presupuesto teórico que recorre el trabajo intenta demostrar que la creación y sanción de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual es un ejercicio de democracia deliberativa en los términos en los que Habermas define dicho concepto. Para estos fines en el trabajo se realiza un recorrido de la obra del autor, principalmente sobre los conceptos de opinión pública y espacio público político no institucionalizado. Luego se describe el proceso de creación y sanción de la ley. Como conclusión se resalta el papel fundamental que jugaron las diferentes organizaciones de la sociedad civil en el proceso de creación así como también las posibilidades de democratización del sistema político argentino que esta nueva ley genera.

PALABRAS CLAVE

Espacio público político, medios de comunicación, opinión pública, sociedad civil, democracia deliberativa.

THE AUDIOVISUAL COMMUNICATION SERVICES ACT: ONE VIEW THROUGH THE THEORY OF JÜRGEN HABERMAS

By Juan Esteban Barile y César Augusto Rojas

ABSTRACT

The paper develops an analysis of the creation process of the Audiovisual Communication Services Act in Argentina. The analysis focuses on the theory of Jürgen Habermas, primarily in the role attributed to public space in non-institutionalized political democracy. The theoretical budget covers by the work, attempts to show that the creation and enactment of the Audiovisual Communication Services Act is an exercise in deliberative democracy in the terms in which Habermas define that concept. For this purpose in the paper we make a tour through the author's work, mainly on the concepts of public and non-institutionalized political public space. Then we describe the process of creation and sanction of act. In conclusion, it highlights the key role played by the civil society organizations in the process of creation as well as the possibilities for democratization of Argentine political system that this new act creates.

KEYWORDS

Public politic sphere, mass media, public opinion, civil society, deliberative democracy

LEY DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL: UNA MIRADA A TRAVÉS DE LA OBRA HABERMAS

Por Juan Esteban Barile* y César Augusto Rojas**

La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual en Argentina ha desafiado a los propietarios de los grandes medios de comunicación del país, que en las dos últimas décadas habían logrado erigir importantes corporaciones empresariales y consolidar un proceso de concentración mediática, similar a lo que sucedía en el contexto mundial de apertura de los mercados, que por su parte había generado fuertes reacciones por parte de académicos y representantes de la sociedad civil (BERCHOLC, 2003; BECERRA Y OTRO 2006; CÓRDOBA, 2011) Bajo este supuesto, la expedición de la ley puede ser considerada como un interesante ejercicio destinado al fortalecimiento del sistema democrático, de su diversidad y pluralidad, en al menos dos aspectos: de un lado, desde la perspectiva de su creación, porque sus contenidos estuvieron fuertemente influenciados de propuestas de la sociedad civil, y de otro lado, desde la perspectiva de su ejecución, porque los parámetros normativos que establece están destinados a generar unos medios de comunicación más plurales, menos concentrados y más dispuestos a captar temas relevantes para la opinión pública.

Teniendo en cuenta las dos perspectivas señaladas, la propuesta teórica del autor alemán Jürgen Habermas, sobre la relación entre la opinión pública y la democracia, permite plantear pistas interpretativas adecuadas para explicar el proceso de expedición de la mencionada reforma normativa y sus virtuales efectos sobre el desempeño de los medios de comunicación. Para el desarrollo de esta idea, en el presente trabajo, se explora, en una primera parte, los planteamientos básicos de la teoría de Habermas respecto al rol del espacio público político en un sistema democrático y la forma en la que los medios de comunicación intervienen. En la segunda parte, se aplican estos núcleos teóricos al proceso de formación de la ley de servicios de comunicación audiovisual y, en una tercera parte, a manera de conclusión, se plantean algunas líneas temáticas de investigación teórica y empírica que se abren respecto a la aplicación y los efectos de esta nueva ley, centradas en los desafíos que la desconcentración y la promoción de pluralidad implican, como objetivos trazados para su expedición.

* Juan Esteban Barile, Investigador adscripto al Instituto de Investigaciones Sociales y Jurídicas Lucas Ambrosio Gioja, de la Universidad de Buenos Aires, Profesor de Grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Abogado y Licenciado en Ciencias Políticas por la Universidad de Buenos Aires. (juanebarile@gmail.com)

** César Augusto Rojas, doctorando Universidad de Buenos Aires, Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y profesor de esta misma institución. (crojas135@gmail.com).

I. Democracia en sociedades complejas

Las sociedades contemporáneas se caracterizan por su amplia complejidad, diversidad y pluralidad. Este hecho incontestable implica un enorme desafío para la toma de decisiones colectivas. Bajo este supuesto, Habermas formula una reconstrucción del derecho y de la democracia que pretende responder a las necesidades de las actuales estructuras sociales. Dentro de su teoría, el espacio público informal constituye una pieza central del funcionamiento de la democracia en sociedades altamente complejas.

En el planteamiento habermasiano, el espacio público político informal no solo cumple un rol de mediador o facilitador de la democracia, sino que alcanza un papel constitutivo del proceso político mismo, sin el cual sería prácticamente imposible la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones colectivas y, en su consecuente legitimación. La opinión pública, como proceso informal que hace parte del espacio público político, complementa los procesos institucionales en los que se expresa la voluntad política para la adopción de decisiones que se van a tornar vinculantes y que permiten tener como legítima las decisiones adoptadas por el subsistema político. Esta perspectiva está fundamentada en el desencanto hacia los órganos políticos representativos y en una fuerte creencia en el poder de influencia del discurso y la comunicación. La postura de este autor plantea una revisión de la dimensión representativa en la democracia para atribuirle un papel protagónico, en el seguimiento de las actuaciones de los poderes públicos, a los distintos recursos que da el lenguaje, la discusión y la comunicación. La virtud de opinión pública radica en que los ciudadanos pueden despersonalizar las cargas que implica la acción política, para que sean el flujo de los mensajes y la comunicación, los que ejerzan el control sobre los representantes políticos.

En este sentido, la propuesta de Habermas implica un amplio espacio de análisis de los medios y la opinión pública en el sistema democrático. En lo que sigue se describe el rol, que desde su perspectiva, desempeña la opinión pública en relación con conceptos centrales de su teoría, dentro de la cual, la comprensión de los medios de comunicación no puede ser exclusivamente crítica, sino que también debe ser apreciada y comprendida en términos normativos.

La perspectiva de análisis de Habermas está entre la descripción y la regulación, se trata de una reconstrucción de prácticas e instituciones sociales que no pueden ser comprendidas sin sus referentes normativos. Bajo esta luz, el ámbito de lo político en las sociedades contemporáneas no puede ser entonces reconstruido sin hacer referencia a los presupuestos normativos que una democracia exige, pero debe ajustarse a la evidencia empírica de prácticas sociales fragmentadas y dispersas, con funciones especializadas, de las cuales hacen parte sujetos con intereses y formas de vida diversas, cuya participación en la toma de decisiones colectivas no puede ser exigida a través de cargas altamente demandantes. En este marco, lo primero que se aprecia es que el espacio político en una sociedad descentrada sólo es un subsistema entre muchos otros que componen la sociedad, y no es tampoco el centro de todos ellos (HABERMAS, 2008 y 1999). La complejidad social implica que existen subsistemas especializados como

el económico y el administrativo, que configuran las estructuras del mercado y del poder. Una de las particularidades de las sociedades complejas o descentradas es que el individuo actúa en cada uno de esos sistemas, pero no les dedica su tiempo de modo exclusivo. Además tiene un ámbito de vida privada que debe salvaguardar también con dedicación. De esta forma, los subsistemas deben ofrecer mecanismos que reduzcan la complejidad de la interacción de los individuos para actuar en su campo. Habermas analiza la sociedad desde dos perspectivas, una de los subsistemas sociales que cumplen la función antes descrita. Otra perspectiva, que podemos considerar situada en la mirada del ciudadano, es la del mundo de la vida, que a diferencia de los subsistemas tiende a la integración social y la búsqueda de consenso. La característica del mundo de la vida es estar asentado en una comunidad de hablantes, donde el lenguaje cotidiano permite el entendimiento mutuo.

El sistema político, en las sociedades complejas actuales, ofrecería a los ciudadanos dos mecanismos que reducen la complejidad social: el voto, que da lugar a la conformación del ámbito político institucionalizado, y la opinión pública. Estos dos elementos, institucional e informal, constituyen el espacio público político, definido como *"una estructura de comunicación que a través de la base que para ella representa la sociedad civil queda enraizada en el mundo de la vida"* y que tiene como función servir de *"caja de resonancia para problemas que han de ser elaborados por el sistema político porque no pueden ser resueltos en otra parte"* (HABERMAS, 1998: 439). Se trata de un sistema de avisos y sensores para los órganos políticos sobre las problemáticas sociales que funciona también como elemento de presión a los órganos políticos a través de dos prácticas fundamentales: la tematización y la influencia.

La esfera de la opinión pública, que integra este espacio público político, tiene como característica central la informalidad, es decir, no se traduce en un escenario institucional o una organización que distribuya competencias. Se trata más bien de *"una red para la comunicación de contenidos y tomas de posturas, es decir, de opiniones, y en él los flujos de comunicación quedan filtrados y sintetizados de tal suerte que se condensan en opiniones públicas agavilladas en torno a temas específicos"* (HABERMAS, 1998: 440). En el espacio público informal, el lenguaje natural es la regla, lo que permite su inserción en la vida cotidiana. La fortaleza central de la opinión pública es que ella no asume la responsabilidad de las decisiones, sino que esta carga se le atribuye a los órganos políticamente responsables que integran el espacio público político institucional. Así,

[s]ólo el sistema político puede «actuar». Es un subsistema especializado en la toma de decisiones colectivamente vinculantes, mientras que las estructuras comunicativas de la opinión pública constituye una vasta red de sensores que reaccionan a la presión de problemas o situaciones problemáticas que afectan a la sociedad global, y estimulan decisiones influyentes. La opinión pública así elaborada y transformada (conforme a procedimientos democráticos) en poder comunicativo no puede ella misma «mandar», sino sólo dirigir el uso del poder administrativo en una determinada dirección (HABERMAS, 1998:376).

La institucionalización implica que no se requiere unos ciudadanos en permanente proceso de deliberación y movilización, porque pueden descargar sus responsabilidades en mecanismos menos demandantes que les permiten al mismo tiempo gozar de una vida propia, de una autonomía privada, espacios que no hacen parte del denominado poder comunicativo. La idea central entonces es que la democracia deliberativa se compone de la interacción entre el proceso político institucionalizado de la decisión estatal y la formación de una opinión pública no institucionalizada.

En este contexto, entre las características centrales de la opinión pública, como instancia del actuar del proceso político en las democracias deliberativas, se pueden destacar:

- *Su estructura eminentemente comunicativa*: lo que caracteriza a la opinión pública es que se trata de un flujo de comunicaciones o de discursos sobre problemas públicos que necesitan ser resueltos, situación que impide que su titularidad se asocie con personas o estructuras institucionales de alguna manera responsables¹. Esto es posible gracias a que los flujos de comunicación despersonalizan y desinstitucionalizan los mensajes. La opinión pública no se estructura por un número de personas, sino por aglomeración de ideas y esto, mirado en términos discursivos, es lo que permite tematizar los problemas.

- *Pluralidad y diversidad*: por su definición, la red de comunicaciones es abierta e inclusiva de todos los espacios sociales públicos subculturales, para ser sensible a cualquier necesidad o problemática social.

- *Espontaneidad de los procesos*: dada su relación con la vida cotidiana, la opinión pública se genera a través de cauces estrechamente relacionados con los problemas diarios de la sociedad. El espacio público político se encuentra “*anclado en los ámbitos privados básicos del mundo de la vida a través de las instituciones de la sociedad civil*” (HABERMAS, 1998: 491). Esta característica permite que las necesidades ciudadanas sean apreciadas de forma más sensible, y se den espacios de autoentendimiento abiertos, que no se cierran con la imposición de procesos institucionales.

- *El titular de la opinión pública es la ciudadanía en general conformada por personas que se consideran libres e iguales*: todos los ciudadanos son portadores del espacio público de opinión. Ahora bien, esto es posible gracias a que todos los que hacen parte de la opinión pública pueden entrar y salir del este espacio en cualquier momento y lugar. Pero para que exista un verdadero espacio de opinión pública, la sociedad debe haber alcanzado los mínimos parámetros de libertad modernos:

El espacio público tiene, por su parte, que poder apoyarse en una base social en la que los iguales derechos de ciudadanía hayan cobrado eficacia social. Solo sobre una base que haya

¹ En un ensayo de 1988, denominado Soberanía popular como procedimiento, Habermas había señalado ya que “La soberanía, enteramente dispersa, ni siquiera se encarna en las cabezas de los miembros asociados, sino –si es que todavía se quiere seguir hablando de encarnaciones- en esas formas de comunicación discursiva de la opinión y la voluntad, que sus resultados falibles tienen a su favor la presunción de razón práctica. Una soberanía popular exenta de sujeto (esto es, no asociada a sujeto alguno, que se ha vuelto anónima, que queda así disuelta en términos intersubjetivistas, se retrae, por así decir, a los procedimientos democráticos y a los exigentes presupuestos comunicativos de la implementación de esos procedimientos democráticos” (Habermas, 1998 : 612).

escapado de las barreras de clase y se haya sacudido las cadenas milenarias de estratificación social y la explotación social, puede desarrollarse plenamente el potencial de un pluralismo cultural capaz de funcionar conforme a su propia lógica y a su aire, un potencial que sin duda, es tan rico en conflictos como en formas de vida generadoras de significado y sentido. Pero la solución comunicativa de *estos* conflictos constituye una sociedad secularizada, que ha aprendido a habérselas de forma consciente con su propia complejidad, la única fuente para una solidaridad entre extraños que hacen renuncia a la violencia y que, al regular cooperativamente su convivencia, se conceden también mutuamente el derecho de *permanecer* extraños los unos frente a los otros (HABERMAS, 1998:385).

El carácter secular y no estratificado de la base social así como la solución no violenta de los conflictos son características que hacen referencia a cierto tipo de sociedades que han alcanzado condiciones políticas y económicas propias, como las de los países ubicados en Norteamérica y el este de Europa. Sin embargo, esto no obsta para que estos elementos sean leídos en clave normativa para el resto de las sociedades, es decir, que de no verificarse esta situación en otro tipo de sociedades, como las Latinoamericanas, el espacio público informal mantiene sus potenciales democráticos, pues las mencionadas características funcionan como parámetro de evaluación en el proceso de formación de un espacio público abierto y sensible a las necesidades de manera plural. Sin embargo, la incidencia de la opinión pública sobre el sistema político no está garantizada por esta capacidad perceptiva de los problemas, sino por la *tematización* de los problemas y la *influencia* que desarrolla.

La *tematización* es un proceso a través del cual se organizan las problemáticas y se adoptan posturas en torno a ellas, pero asegurando controversias y análisis con ciertos grados de profundidad, que permita la elaboración de propuestas sustentadas racionalmente (HABERMAS, 1998: 442). Lo interesante de esta propuesta es que advierte que una adecuada tematización determina la calidad de la opinión pública que es medible empíricamente de acuerdo a sus procedimientos.

La *influencia* se trata de una forma simbólica de comunicación que se fundamenta en la confianza de criterios que se tiene sobre una persona o grupo de personas. De este modo, "*las opiniones públicas representan un potencial político de influencia que puede utilizarse para ejercer influencia (sic) sobre el comportamiento electoral de los ciudadanos o sobre la formación de la voluntad en los organismos parlamentarios, en los gobiernos y en los tribunales*" (HABERMAS, 1998:443).

La influencia dentro del espacio público de la opinión genera diferenciaciones entre público y actores, entre oradores y oyentes, entre escenario y espacio para el público. Así, columnistas de diarios, intelectuales, académicos, líderes sociales, alcanzan algún grado de influencia dentro de la opinión pública, en un proceso de diferenciación de roles, propio de sociedades complejas. Sin embargo, los actores en todo caso deben su legitimidad e influencia a la presencia del público que los sigue.

En la trama del espacio público de la opinión se estructuran, al mismo tiempo, actores colectivos que pueden ser claramente diferenciados. De un lado están actores que provienen de sistemas funcionales

que se encuentran fuera del espacio público de opinión y que intentan hacer uso de él de manera estratégica, como los partidos políticos y los grupos de interés. Sin embargo, en el marco de la opinión pública, la pérdida de credibilidad de las opiniones que no pueden ser sustentadas más allá del poder o del dinero, garantizan ciertos grados de autonomía, gracias a que si bien la opinión puede ser manipulada no puede ser objeto de subasta pública ni determinada por un evidente ejercicio de presión pública (HABERMAS, 1998). Un segundo grupo de actores que, a diferencia de los anteriores, nacen y se desarrollan en el seno del espacio público político informal está constituido por la sociedad civil y los movimientos sociales. La sociedad civil en términos de Habermas *"se compone de esas asociaciones, organizaciones y movimientos surgidos de forma más o menos espontánea que recogen la resonancia que las constelaciones de problemas de la sociedad encuentran en los ámbitos de la vida privada, la condensan y elevándole, por así decir, el volumen de voz, las transmiten al espacio de la opinión pública"* (HABERMAS, 1998:447). Por supuesto, el autor reconoce que el espacio de opinión pública está dominado por los medios de comunicación de masas y las grandes agencias, pero la sociedad civil es la quintaesencia de la organización social que intenta hacer manifiestos sus problemas e intereses para incidir en la formación institucionalizada de la voluntad política.

A la sociedad civil le corresponde mantener la independencia de la opinión pública, a través de un proceso comunicativo autorreferencial. Quienes como sociedad civil actúan dentro del espacio de la opinión ejercen una doble función: en primer lugar, intentan ejercer influencia sobre el sistema político encargado de adoptar decisiones, y en segundo lugar, buscan la estabilidad y ampliación de la propia sociedad civil y de la opinión pública. Sin embargo, la estabilización de la sociedad civil implica una autolimitación en torno a sus propios alcances, en tres aspectos: respecto a los espacios propios de la vida privada, con el objeto de preservarnos de la movilización populista; respecto al propio sistema político, de manera que su actuación se mantenga en sólo la influencia y no llegue a constituirse en poder político; y respecto a los sistemas funcionales, respetando su propia lógica y su modo específico de operar (HABERMAS, 1998).

Los movimientos sociales constituyen el ejemplo más característico de un actor propio del espacio de la opinión pública gracias a que desarrollan estrategias que les proveen autoidentificación y autolegitimación para asegurarse su propia identidad. Como tales deben hacer el mayor uso posible de los espacios comunicativos que ofrece la opinión pública para sobrevivir e instalarse en este tráfico comunicacional (HABERMAS, 1998).

Un último actor en el escenario de la opinión pública lo constituyen los medios de comunicación y aquellos encargados de reunir, seleccionar y presentar la información, a quienes se denomina publicistas. La evolución de la teoría de Habermas ha mostrado la doble cara de la opinión pública y en especial de los medios de comunicación. Se ha considerado que en una primera etapa aprecia a los medios de comunicación como un mecanismo de control social, y posteriormente, en una segunda etapa, que coincide con el papel central que le afirma a la opinión pública en la democracia, los asume como elementos emancipadores (ALI JAFELLA, 2000:209). Esta doble visión de los medios de comunicación,

ha sido objeto de crítica, especialmente por aquellos que consideran que la situación actual de los medios de comunicación, atrapados en una lógica mercantil y corporativista, que imponen agenda y que establece estereotipos banales, evidencia una incidencia negativa para fortalecimiento de la democracia. Solo a partir de una cruda descripción de los medios, con la que según los críticos estaría más de acuerdo el Habermas de la *Historia crítica de la opinión pública* que el Habermas optimista de *Facticidad y Validez*, sería posible enfrentar o desafiar el poder que actualmente ostentan (VÁSQUEZ ANDERSON, 2004; STAATS, 2004).

Staats (2004), por ejemplo, resalta tres formas en las que el poder corporativo de las grandes empresas que dominan los medios de comunicación, puede colonizar o afectar la vida de las personas, lo que trae como consecuencia desactivar la capacidad de la opinión pública para contribuir a la democracia. La primera de estas formas se relaciona con el estatus que tienen las empresas, y en especial, las corporaciones que concentran el poder, para disuadir la adopción de algún tipo de política pública por parte del sistema político y así reducir las opciones del discurso público. En segundo lugar, se encuentra el fenómeno conocido como *agenda setting*, que describe el proceso mediante el cual, las grandes empresas a través de la financiación de campañas políticas o el control corporativo de los medios de comunicación, inciden en la configuración de la agenda política, definiendo así qué temas pueden llegar a ser objeto de atención y que otros temas terminan siendo ocultos. Esto determina que los temas verdaderamente importantes en la discusión pública, terminen siendo relegados en los medios de comunicación por la preponderancia que se le asigna a los contenidos sensacionalistas. Por último, Staats considera como una de las formas de poder más preocupantes de los medios de comunicación, no su posición de constreñir a las personas de hacer algo que no quieren hacer, sino en determinar qué es lo que ellas quieren hacer. Esta forma de poder determina la colonización definitiva del mundo de la vida por el sistema económico, pues las personas son vistas, en todas sus dimensiones, como agentes en función del mercado, como clientes y consumidores, y sus deseos y necesidades se traducen en la adquisición de bienes y servicios. La lógica de las empresas es actuar para defender sus propios intereses, incluso en una especie de imperialismo autoimpuesto. Al respecto, Staats concluye que

[Este] "imperialismo autoimpuesto" tiene una cierta familiaridad con la colonización del mundo de la vida. Y esto, por supuesto, nos lleva de nuevo a Habermas y las perspectivas de la democracia. Habermas sostiene que "incluso en las esferas públicas más o menos plagadas por el poder, las relaciones de poder cambian tan pronto como la percepción de problemas sociales relevantes que evocan una autoconciencia de crisis en la periferia" (Habermas, 1996: 382). Sí, pero si el sector empresarial ha corrompido la conciencia de la periferia de la manera sugerida por la tercera cara del poder de Lukes, entonces, ¿cómo se supone que el público sea consciente de que incluso hay una crisis, y mucho menos lo que la crisis es? Sugiero que el resultado bien puede ser un caso de ausencia permanente de la legitimidad democrática -un círculo vicioso según el cual "el sistema político se tira en el remolino de los déficit de legitimación y los déficits de dirección que se refuerzan mutuamente" (Habermas, 1996: 386).

La democracia "parecerá" liberal, pero no lo será realmente. Este es el tipo "callejón sin salida" de la Escuela de Frankfurt que Habermas trata de superar (STAATS, 2004:593).

En esta misma línea, Vásquez Anderson (2004) insiste en las evidencias obtenidas por la investigación de la segunda mitad del siglo veinte, que ha llegado a conclusiones desesperanzadoras sobre la realidad de los medios y su incidencia en la democracia, que pondrían en evidencia la necesidad de revisar el optimismo de los escritos más recientes de Habermas. Según esta autora, estas investigaciones permiten afirmar que el poder de los medios de comunicación tienen como características especiales haberse constituido en un sistema funcional independiente², que se rige por sus propios intereses y lógicas, que conduce a su propia concentración, gracias al poder económico y el acceso y producción de nuevas y mejores tecnologías, y que se presentan como autores neutros que garantizan bastiones de la democracia. Estos mismos medios no solo han logrado controlar y establecer la agenda pública, sino que al constituirse en el referente simbólico de los tiempos modernos determinan qué se debe pensar y cómo pensar. Es a partir de esta concepción realista de los medios de comunicación que se debe evaluar el espacio que le queda a la democracia deliberativa que propone Habermas.

La preocupación que resaltan estos críticos sobre lo que podríamos llamar la perspectiva más reciente de Habermas sobre los medios de comunicación, es que haya cerrado los ojos a una realidad que resulta evidente y que su teoría deje de ser apta para explicar y establecer un marco interpretativo del papel de la opinión pública y los medios de comunicación. Sin embargo se podría aducir, en contra de quienes abogan por el Habermas más crítico de las primeras épocas, que si bien el autor ha cambiado su perspectiva con el paso del tiempo, tal como lo reconoce en el prefacio a la edición de 1990 de la *Historia y crítica de la opinión pública*, el pesimismo de su perspectiva inicial sólo ha sido moderado, pues su perspectiva más reciente no es tan optimista. Si se mira con detenimiento, lo que ha sucedido es que le ha atribuido, con el tiempo, un peso mayor al elemento normativo de la opinión pública y los medios de comunicación. Así, sus críticos coinciden en citar los mismos párrafos de desencanto que se encuentran en *Historia y crítica de la opinión pública* sobre cómo los medios de comunicación, la sociedad tecnificada y unas cuantas élites se han instalado en el escenario de la esfera pública y han coartado la posibilidades de expresión de una opinión pública³. Sin embargo, en esta misma obra ya se encuentran varias referencias al modelo de la opinión pública y su importancia para un régimen democrático, incluso bajo la vigencia de una Estado

²Con fundamento en la teoría sistémica de Luhmann, considera a los medios de comunicación como un sistema funcional, diferente de otros sistemas que tiene como función la búsqueda incesante de información entre compañías, que como actores privilegiados en este escenario, compiten por la búsqueda de atención de la audiencia. Los medios de comunicación, como todos los subsistemas, funcionan para reducir la complejidad, y lo hacen a través de la fragmentación de la información y otra serie de recursos que permiten el entendimiento. Sin embargo, a diferencia de Luhmann, Vásquez considera que los sistemas no están privados de comunicación con otros sistemas, y para el caso, los medios de comunicación son influenciados por el poder económico y político.

³ "La conexión comunicativa de un público raciocinante constituido por persona privadas ha sido cortada, la opinión pública que otrora surgía de esa conexión ha sido en parte descompuesta en opiniones informales de personas privadas sin público y en parte en opiniones formales de las instituciones publicisticamente activas. El público no está ya solicitado a través de la comunicación pública, sino que a través de la comunicación de las opiniones públicamente manifestadas, el público de persona privadas no organizadas es reclamado por *la notoriedad pública representativa o manipulativamente desarrollada* (Habermas, 1994: 272).

social y la presencia de una sociedad de masas. Según afirma, la esfera de lo político, en el Estado social, está conformada por dos tendencias en permanente confrontación: la primera se trata de la notoriedad pública representativa y manipulativa “desarrollada sobre las cabezas del público mediatizado”; la segunda, “en la medida en que mantiene una continuidad con el Estado liberal de derecho se atiende el Estado social al mandato de una publicidad políticamente activa, de acuerdo con la cual, el público mediatizado por las organizaciones – y a través de éstas- tiene que poner en marcha un proceso crítico de comunicación pública” (HABERMAS, 1994: 257). La preponderancia que tiene la primera sobre la segunda indica el grado de democratización de la sociedad, a lo que denomina racionalización del ejercicio del poder político y social. Esto significa que las organizaciones de la sociedad civil jugaban en la esfera pública un papel destacado para la definición de una sociedad democrática. Este papel, como se señaló al principio, sigue siendo definitorio y constitutivo de la democracia, aunque la relación entre en el espacio de la esfera pública entre los actores institucionalizados y no institucionalizados no es de confrontación sino de interacción y complementación.

En realidad, la propuesta habermasiana de los últimos tiempos referida a la opinión pública y los medios de comunicación resalta los virtuales efectos positivos que los mismos pueden llegar a tener en el funcionamiento de los sistemas políticos democráticos, pero no deja de advertir los riesgos que implica la dominación del espacio de la opinión pública o el control de los medios masivos de comunicación por los sistemas estratégicos del poder y el dinero⁴. Por un lado reconoce que existe la idea de la imposición de una agenda, al advertir actores dentro del espacio público político a los que llama los publicistas “que reúnen información, que deciden sobre la selección y presentación de las «emisiones», y que en cierto grado controlan el acceso de temas, contribuciones y autores al espacio de la opinión pública dominado por los medios de comunicación de masas” (Habermas, 1.998:457). En esta misma medida,

Con la creciente complejidad de los medios de comunicación y con la creciente necesidad de capital destinado a ese fin se introduce una centralización de las vías efectivas de comunicación. En la misma medida los medios de comunicación de masas quedan expuestos, tanto al lado de la oferta, como por el lado de la demanda, a una creciente necesidad de selección y a las coerciones provenientes de ella. Estos procesos de selección se convierten en nuevas clases de poder (HABERMAS, 1998:457).

Al mismo tiempo opera un proceso de despolitización de la comunicación pública caracterizado por factores como la mezcla entre información y diversión, la fragmentación de la noticia y la presentación episódica de los temas (HABERMAS, 1998: 458).

⁴ Desde esta perspectiva, Habermas se distancia de las posturas eminentemente críticas de sus predecesores de la Escuela de Frankfurt acerca de los medios de comunicación en el contexto de una cultura de masas. Así, Adorno y Horkheimer consideran los medios de comunicación como expresiones de la industria cultural, que terminan por manipular el desarrollo de las formas artísticas y sublimar el gusto estético dentro de una cultura de masas. Por su parte, Marcuse le atribuye a los medios de comunicación una función alienante que promueve el consumismo para alcanzar una satisfacción personal. Al respecto ver ALI JAFELLA (2000:161 y ss.).

Como se puede observar, el panorama descriptivo de los medios de comunicación expuesto por Habermas no es muy positivo. Sin embargo, a diferencia de sus críticos, abandona la versión totalmente negativa de los medios de comunicación en la que aparecen como un mecanismo que al ampliar su margen de acción, copa todas las posibilidades del espacio público político y le quita todo sustrato crítico. Más bien, en ellos permanece una idea regulativa que los erige en un escenario independiente para la crítica, un espacio y una reserva emancipatoria de la sociedad civil.

Esta autocomprensión normativa de los medios de comunicación que radica en las tareas específicas que están llamados a cumplir, a saber: el control de espectro político y la exigencia de cuentas a las autoridades; la difusión de información a los ciudadanos sobre los asuntos relevantes, que les permitan integrarse a la acción política; y la resistencia hacia aquellos que quieren minar su independencia (HABERMAS, 1998).

Esta idea regulativa que guía la actuación de los medios de comunicación implica que los mismos han de entenderse como mandatarios de un público ilustrado, cuya disponibilidad al aprendizaje y capacidad de crítica presuponen, invocan y a la vez refuerzan; al igual que la Justicia, han de preservar su independencia respecto de los actores políticos y sociales; han de hacer suyos de forma imparcial las preocupaciones, intereses y temas del público y, a la luz de esos temas y contribuciones, exponer el proceso a una crítica reforzada y una coerción que lo empuje a legitimarse (HABERMAS, 1998: 459).

Ahora bien, incluso el balance descriptivo valorativo sobre la opinión pública planteado no es necesariamente positivo, debido a la preponderancia de los medios de comunicación y de las relaciones de poder, que deja aislada a la sociedad civil para intervenir sobre el sistema político. Esto provoca que, la mayor parte del tiempo, la agenda programática del sistema político esté dominada por la administración y los dueños de los medios, y la opinión pública quede hipotecada al poder político y el sistema funcional económico. Según esto, no puede quedar duda de que Habermas considera que el espacio público político está controlado por el poder político y el poder económico, lo que evidencia que su versión no resulta por supuesto del todo optimista a pesar de su cambio de postura. Sólo que al lado de resaltar la dramática realidad de los medios y de la opinión pública, permanece latente una idea regulativa que aparece con fuerza en momentos de crisis.

Frente al callejón sin salida que plantea Staat, de una opinión pública totalmente capturada por el discurso mediático, que se auto reproduce y no deja lugar alguno para alternativas críticas, Habermas podría argüir la reserva democrática que implica el desarrollo de una sociedad civil que es capaz de percibir las necesidades y demandas subculturales y emancipatorias, gracias al amplio y diverso espacio discursivo de la opinión pública que está directamente conectado con el mundo de la vida.

Pero la capacidad de incidencia de la opinión pública en el sistema político en sus principios normativos sólo aparece, sin embargo, en momentos de crisis, en donde la correlación de fuerzas se altera

y la capacidad legitimatoria de la sociedad civil genera un movimiento que le da un peso diferente a sus intervenciones. De este modo, la idea regulativa de los medios de comunicación aparece en momentos especiales, pues *“puede contrastarse que incluso en los espacios públicos políticos más o menos hipotecados por estructuras de poder las relaciones de fuerza se desplazan en cuanto la percepción de problemas socialmente relevantes provoca en la periferia una conciencia de crisis”* (HABERMAS, 1998: 463). De esta manera, *“la sociedad civil puede en determinadas circunstancias cobrar influencia en el espacio de la opinión pública, operar a través de opiniones propias sobre el complejo parlamentario (y sobre los tribunales) y obligar al sistema político a retornar a asentarse sobre la circulación oficial del poder”* (HABERMAS, 1998: 454).

El concepto normativo de lo que debe hacer y cómo debe actuar la opinión pública para la democracia, y el protagonismo de la sociedad civil, así como el papel que deben cumplir los medios de comunicación, resultan sólo efectivamente operantes, en la realidad planteada por Habermas, en los momentos de crisis. La dimensión normativa que debe explicar cómo actúa la opinión pública y los medios de comunicación en una sociedad compleja y descentrada aparecen entonces como una reserva que cobra sentido en momentos específicos en los que es necesaria la búsqueda de alternativas y la legitimación del propio sistema democrático.

Considerada de esta manera, la preocupación sobre el poder de los medios de comunicación, que ha permanecido en el discurso académico y de organizaciones de la sociedad civil en los últimos años, se ha desarrollado y mantenido a pesar de la concentración de los medios en grandes empresas mediáticas, de la imposición de la agenda por estos mismos medios y los intentos permanentes y sistemáticos de colonización del mundo de la vida. Esta visión alterna del papel de los medios dio lugar en la Argentina a la creación de un proceso dentro de la sociedad civil que tenía como propósito la regulación del poder de los medios, cuya plataforma normativa estaba claramente identificada con la idea regulativa de unos medios de comunicación independientes del poder político y del poder económico, que en un momento especial, si no de crisis, si al menos de necesidad de legitimación de la democracia, dieron lugar a la expedición de una legislación que en muchos aspectos refleja las demandas de esa sociedad civil e intenta poner en cintura al poder y la capacidad de control de las grandes corporaciones en la opinión pública. De esta manera, los rasgos así expuestos de la teoría discursiva de la democracia y del papel de la opinión pública representada en la sociedad civil, puede servir de marco interpretativo apto para explicar el proceso de expedición de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.

II. La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual y el papel de la opinión pública

La demanda para adoptar una regulación acorde con los principios de diversidad y pluralismo informativo en los medios de comunicación, tuvo una audaz e innovadora respuesta en Argentina, a través de la expedición de la Ley 26.522 de 2009 que regula los servicios de comunicación audiovisual. Se trata de un marco normativo de los medios de comunicación que pretende lograr el difícil equilibrio de fortalecer

el derecho a la información, sin incurrir en una intervención inapropiada del Estado en la libertad de expresión y de opinión.

Uno de los rasgos característicos de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual en su proceso de expedición fue la participación de la sociedad civil. Más allá de las discusiones provocadas por el conflicto entre los medios de comunicación hegemónicos y el Gobierno Nacional, una historia bien contada de la ley tiene que informar sobre la contribución de la sociedad civil en el proceso. Al respecto hay por lo menos tres aspectos destacados en este proceso que se ajustan al marco explicativo propuesto por Habermas en su descripción del papel de la opinión pública en una democracia deliberativa. El primero tiene que ver con la tematización de la problemática, pues al momento de discutirse el proyecto de reforma regulatoria de los medios de comunicación, sus contenidos ya habían sido objeto de una discusión abierta, amplia y vigorosa por un conjunto de organizaciones sociales que permitieron contar con un cuerpo de principios que legitimaban las decisiones contenidas en la nueva regulación. En segundo término, cabe advertir el contenido normativo que es sustrato de la reforma, con el cual se busca consolidar unos medios de comunicación para formar un espacio público político no institucionalizado independiente y evitar que aquellos sean capturados por los sistemas funcionales político y económico. Por último, resaltar la situación de crisis que permitió que las iniciativas que antes fueran impulsadas por la sociedad civil, recibieran al fin un cauce y aprobación institucional en los órganos de decisión política.

La preocupación por la regulación del poder de los medios de comunicación en Argentina aparece con fuerza una vez terminada la dictadura. La razón sustancial fue que durante ese período los medios de comunicación evidenciaban ya un proceso de concentración en el que algunos propietarios de medios aprovecharon las condiciones de pérdida de libertades para adquirir la propiedad de otros⁵. Sin embargo, el proceso de auge mediático, de concentración, corporativización y privatización de los medios de comunicación se produce en la década de los noventa con la implementación, desarrollo y ejecución de políticas de apertura, libre mercado y desregulación económica, que impulsaron grandes inversiones de capital nacional y extranjero, con la consolidación de holdings empresariales que integran diversos medios y empresas. Estos holdings adquirieron y desarrollaron inversiones en varias empresas de comunicación que integran al mismo tiempo la radio, la prensa y la televisión, lo que les permitió consolidar un negocio de entretenimiento rentable. En concreto, la permisibilidad de las políticas económicas generó una situación de los medios de comunicación caracterizados por (i) un alto índice de concentración de medios, en el que la propiedad de cerca del 75% de la radio, la prensa y la televisión se atribuye a los primeros cuatro operadores de cada uno de estos sectores; (ii) un tipo de concentración conglomeral, en el que las grandes empresas mediáticas poseen licencias o son propietarias de empresas en los distintos medios; (iii) una alta centralización de la producción en la zona metropolitana de Buenos Aires (BECERRA Y OTRO, 2006: 96) y (iv) baja en la cantidad y calidad de la producción nacional, pues predomina la presentación de

⁵El caso prototípico fue la adquisición por parte del Clarín y la Nación en 1977 de la principal productora de papel para diarios, la empresa Papel prensa, luego de que el Gobierno militar se apropiara del 75% de la empresa cuyas

programas de producción extranjera y prolifera la producción de programas de variedades. En Argentina, el primero de los operadores en cada uno de los medios recauda cerca del 32% de la facturación en el mercado y alcanza ese mismo porcentaje de público o de clientes. A pesar de la existencia de diversos operadores, la mayoría sólo tiene una presencia limitada y escasa, pues los grandes holdings empresariales acaparan el mercado y el público. Comparada con el resto de América Latina, si bien no es uno de los países de mayor concentración de medios, en el rango de aquellos que por tener mayor población permite una mayor diversificación de las fuentes, es el que mayor concentración presenta, por encima de Colombia y de Brasil (BECERRA Y OTRO, 2006:106 y 316).

Desde el retorno a la democracia se formularon varios proyectos de reforma, el primero de los cuales se produjo en la presidencia de Alfonsín, a través del Consejo para la Consolidación de la Democracia (COCODE), que como instancia multipartidaria elaboró un proyecto de reforma para la planificación de los medios audiovisuales. Sin embargo esta iniciativa impulsada por el Poder Ejecutivo, no tuvo eco en el parlamento. Antes de la crisis de 2001, se intentó otra reforma normativa con un acuerdo partidario que significó, la posibilidad de un nuevo entendimiento entre los partidos mayoritarios del Congreso, pero la debacle económica originó el abandono de esta iniciativa (CÓRDOBA, 2001: 135). No obstante, el descontento económico generalizado significó la reevaluación de las políticas aperturistas y generó un clima de opinión crítico sobre los principales beneficiarios de las medidas, entre los que se encontraban los grupos empresariales que concentraban los medios de comunicación. Así, el 27 de agosto de 2004, día de la Radiodifusión, se presenta la iniciativa ciudadana por una Radiodifusión Democrática, espacio conformado por cerca de 300 organizaciones que acuerdan una agenda común de 21 puntos de reforma que propugnaban por una comunicación más democrática, y que estaban estructurados sobre los principios de pluralidad y diversidad, de acción no gubernamental y no partidista. Este conjunto de organizaciones, que se autodenominó Coalición por una Radiodifusión Democrática (CDR) intentaría influir sobre el sistema político, ya que contaba con toda una base crítica de propuestas de reforma, pero le faltaba capacidad de lobby en los espacios decisivos, donde los intereses económicos de los grupos de medios tenían una mayor atención.

Las diferentes organizaciones que estructuraron esta coalición basaban sus acciones en un criterio inclusivo y plural, encontrándose entre ellas sindicatos, federaciones y asociaciones empresariales, organismos de derechos humanos, universidades, medios de comunicación comunitarios, pueblos originarios. Su estructura flexible y abierta obligaba a que las decisiones se adoptaran por unanimidad (SEL, 2010: 194; CÓRDOBA 2011: 141). La actividad de la CRD se concentró fundamentalmente en debatir los contenidos de una propuesta de reforma a través de diversos foros, talleres, mesas redondas y encuentros en todo el territorio nacional que permitieron construir y afianzar los temas que serían impulsados para la regulación de una radiodifusión plural y democrática (SEL, 2010: 198).

acciones pertenecía a la familia Graiver, detenida y juzgada durante la dictadura. Esta operación le permitió al Clarín el monopolio de producción y venta de papel para los diarios.

Pese a la consolidación de un proceso de estas características, que agrupaba un importante número de sectores de la sociedad civil, esta iniciativa solo logró eco en el escenario político en el 2008, una vez el gobierno nacional enfrentó la denominada crisis del campo, en la que los medios de comunicación hicieron un seguimiento crítico a las medidas gubernamentales que afectaban a los empresarios del campo y apoyaban las diversas reacciones de protesta que adelantó este sector empresarial, hecho que produjo un impacto serio en la imagen y credibilidad del gobierno⁶. Según lo denunciaron instancias académicas, los medios de comunicación habrían hecho un seguimiento parcial a las noticias a través del cual pretendía defender los intereses agroindustriales frente a medidas económicas que limitaban sus ganancias.

Tal como lo señala Postolsky,

Para comprender el nuevo mapa de poder hay que tener en cuenta el comportamiento del mayor grupo comunicacional de la argentina: Clarín. La estrategia implementada desde este monopolio se basó en crear un clima de saturación con relación al estilo (definido por ellos) de "crispación" como práctica política del matrimonio presidencial. Remarcaron la pérdida de credibilidad y la desconfianza por parte de los sectores medios en las grandes ciudades principalmente. El marco de la crisis económica internacional y las consecuencias del conflicto agrario fueron el telón de fondo del revés electoral (POSTOLSKY, 2010:147).

La respuesta a esta crisis por parte del Gobierno consistió en acercarse a las propuestas de la sociedad civil sobre la regulación de los medios de comunicación y promover una reforma legal con fundamento en los principios que se habían promovido dentro de la CRD. Si bien antes de las elecciones presidenciales de 2007 existieron algunos acercamientos entre integrantes de la coalición y personas del Gobierno Nacional no fue hasta abril de 2008, en pleno desarrollo de la crisis, que la CDR obtiene la primer audiencia presidencial (CÓRDOBA 2011: 151). Este giro en la política gubernamental significó claramente la ampliación de un espacio democrático, para atender una demanda de regulación de los medios que había sido ampliamente discutida y había sido ya trabajada de manera que "el impulso dado por los 21 puntos de la Coalición por la Radiodifusión Democrática permitió cristalizar veinticinco años de trabajo, iniciativas y experiencias desarrolladas por amplios sectores religiosos, sindicatos, profesionales, trabajadores, empresarios, políticos y académicos" y tuvo la capacidad de "elaborar un discurso superador de las confrontaciones reduccionistas y los intereses monopólicos del sector" (POSTOLSKY, 2010: 148).

El caso de la regulación de los medios de comunicación en Argentina, de la manera como se ha señalado, puede evidenciar que de un lado el trabajo de la sociedad civil como portadora de la opinión pública influyó en la adopción de medidas por parte del poder político en un momento de crisis que demandaba una relegitimación democrática. Esta influencia se ve reflejada en la forma en que el Poder Ejecutivo se encargó de confeccionar el anteproyecto, ya que tomó los 21 puntos como eje de la reforma.

⁶ Córdoba, en una entrevista adopta para su investigación el concepto de "Gobierno en disputa". (CÓRDOBA, 2011: 145)

Para marzo de 2009 se presenta el proyecto de reforma y la discusión central se realiza sobre la adecuación de este a los 21 puntos elaborados por la Coalición. Esta influencia sobre el poder político determinó que la decisión en el ámbito de la voluntad política institucional, es decir, en el parlamento, haya obtenido una abrumadora mayoría con 147 votos afirmativos, 4 en contra y una abstención en la Cámara de Diputados y con cerca de los 2/3 de votos afirmativos en el Senado (FAIR, 2010: 166). Córdoba, considera que esto se pudo lograr gracias a la "*performatividad*" que había ejercido la coalición en su labor por instalar el tema de la reforma. La inclusión de los 21 puntos en el proyecto de reforma y su abrumadora aprobación en el Congreso se logró pese a la férrea oposición mediática desplegada por los grandes propietarios de medios que resultaban afectados con las medidas, oposición que no pudo destruir la convicción que existía acerca de la necesidad de reforma, y sobre la autoridad de los 21 puntos para regular la materia, hecho que se refleja en que trámite parlamentario no se discutía sobre la conveniencia de la aprobación, sino sobre la adecuación del proyecto a las propuestas de la sociedad civil (CÓRDOBA, 2011 : 152).

Es importante rescatar la visión de los actores en el ámbito de la Coalición que en su mayoría consideraba que el gobierno negociaría algunos puntos de reforma y jamás pensaron que el Poder Ejecutivo redactaría el proyecto incluyendo todos y cada uno de los puntos. Aun así, la mayoría de los integrantes de la CRD fueron invitados a integrar los órganos creados por la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, los cuales se encargan de la planificación de los medios en el país.

Con la aprobación definitiva de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual se hace plausible la presentación del papel de la opinión pública en la línea expuesta por Habermas por lo menos en tres aspectos centrales, sobre los que es pertinente hacer algunas precisiones: a) el proceso de tematización que deben agotar las necesidades sociales formuladas desde la sociedad civil, para que obtenga ciertos grados de influencia la voluntad política institucional, b) el baluarte normativo de la opinión pública y los medios de comunicación y c) la actuación influenciada de la sociedad civil en situaciones de crisis.

- La tematización de la problemática de medios de comunicación por la sociedad civil

Una de las formas en la que la opinión pública está en capacidad de disuadir a los órganos políticos acerca de la toma de decisiones sobre ciertos temas y en la manera en la que los mismos han sido objeto de discusión, ordenados y analizados en la opinión pública.

Esto es precisamente lo que sucedió en el proceso de aprobación de la Ley de Medios. La discusión parlamentaria sobre la reforma se centró en la correspondencia de los 21 puntos formulados por la Iniciativa Ciudadana por la Radiodifusión Democrática y los contenidos de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, núcleos temáticos referidos a la democratización y desconcentración de los medios, que habían sido objeto de amplios análisis y procesos de reflexión.

Estos 21 puntos definieron el contenido normativo más significativo de la Ley de medios, en tanto se ocupaban de aspectos tan fundamentales como los límites en la asignación de las licencias para evitar la concentración de los medios de comunicación, la protección de la producción nacional y propia, la reserva de frecuencias en radio y televisión para organizaciones de la sociedad civil, la estructuración de un registro único de licencias y la constitución de una Defensoría del Público. Estas medidas constituyeron la columna vertebral de la ley y perfilaron el trabajo de los actores político institucionales. Por supuesto, no todos los temas que hacen parte de los 21 puntos fueron incluidos o debidamente tratados dentro de la legislación aprobada, tal es el caso por ejemplo, de la independencia de los medios de comunicación, especialmente con respecto al Gobierno, y de la inclusión de medidas o mecanismos que evitaran presiones sobre los medios de comunicación, como el uso de la publicidad oficial para premiar o castigar a los medios de comunicación. Así mismo, el canal público nacional no fue instituido de forma independiente al Gobierno, como lo establecían los principios. Estos casos pueden considerarse como una excepción a la regla, que debido al peso del poder ejecutivo en el impulso y trámite de la iniciativa quiso mantener un rol significativo de control, cuyo impacto se considerará más adelante cuando se haga referencia a la dimensión normativa de la opinión pública y los medios de comunicación.

Fuera de estos dos aspectos, que en todo caso no dejan de ser sustanciales, la iniciativa por una Radiodifusión Democrática y sus 21 puntos resultaron, en términos de contenido, definitivos para la adopción de una medida política directamente destinada a ampliar los espacios de participación democrática en los medios. Así, lo que ha de esperarse a partir de la ejecución de los preceptos establecidos legalmente es que se a) obtenga una menor concentración mediática, es decir, haya más operadores que permitan la pluralidad y la diversidad, b) se consolide una oferta de programación relevante en términos de opinión pública gracias a la participación de las organizaciones de la sociedad civil en los medios, y c) se garantice una producción nacional, local y propia, con contenidos más relevantes.

- La dimensión normativa de la opinión pública y de los medios de comunicación

Dentro de la comprensión de la democracia deliberativa en términos de Habermas, puede causar cierto asombro el peso que le asigna a la opinión pública. En su primera etapa señalaba que el grado en el que la opinión pública crítica se impone sobre la opinión pública representativa y manipulativa constituye el índice de democratización de una sociedad (HABERMAS, 1994), y en sus textos más recientes sobre la materia indica que la calidad de la opinión pública “[c]onsiderada normativamente, funda o establece una medida de legitimidad de la influencia que las opiniones públicas ejercen sobre el sistema político” (HABERMAS, 1998: 443). Así mismo, los medios de comunicación cumplen ahora tareas específicas en el marco de acción de esa opinión pública para la legitimación de esa democracia. Pese al panorama descrito por los estudios empíricos en el mundo en general y Argentina en particular, que muestran unos medios concentrados y dominados por grandes holdings empresariales, existe en las organizaciones de la sociedad

civil un reducto de reflexión alterno que no es hipotecable a los sistemas funcionales del poder y de la economía. El elemento normativo del espacio público político y del papel que cumplen los medios de comunicación, está siempre presente en una descripción e interpretación de la forma en el que deben funcionar, y de la cual, no es posible escapar. Así, de los medios de comunicación se espera su independencia del poder económico y del poder político, para que cumplan su función de crítica. Igualmente, se busca que sean el eco no de una sino de varias voces, que permita en una democracia un debate vigoroso y abierto sobre los temas.

No es coincidencia que este sustrato normativo sea similar al repertorio de medidas que fueron consignadas en los 21 puntos de la CRD para garantizar la independencia de los medios de comunicación respecto al poder político y al poder económico, para obtener medios más diversos y plurales que permitan el acceso de voces alternativas y subalternas, y para que los contenidos se ocupen de temas más relevante al interés público. Es seguramente fácil también advertir que esos contenidos coinciden con instrumentos internacionales en la materia (CÓRDOBA, 2011).

Como se señaló anteriormente, la ley no se ocupó con especial cuidado de la independencia de los medios respecto al Gobierno, ni incorporó mecanismos para el manejo de la pauta publicitaria gubernamental como lo planteaba la iniciativa para una radiodifusión democrática. Pues bien, por tratarse de un tema relevante que hace parte del sustrato normativo de la función de los medios de comunicación, uno de las principales objeciones que quedan en pie luego de la aprobación del proyecto ha sido este punto de la independencia de los medios respecto del poder ejecutivo.

Bajo este presupuesto normativo resulta muy pertinente la referencia que el Informe de la Relatora para la Libertad de Prensa de la OEA de 2009 hace de la expedición de la Ley de Medios en Argentina, afirmando que a pesar de los avances de esta legislación con respecto a la normativa anterior,

(...) preocupa a la Relatoría Especial que la regulación de la Ley 26.522 en materia de medios públicos no hubiere incorporado suficientes salvaguardas para asegurar que se trate de medios que puedan operar con autonomía e independencia del gobierno. Es cierto que la ley, a diferencia de normas similares en la región, establece un plazo fijo para las autoridades del ente rector del sistema de medios públicos (artículo 132), así como una fuente de financiación de origen legal (artículo 136). Sin embargo las autoridades más importantes del sistema son designadas mayoritariamente por el Poder Ejecutivo, sin que el proceso de designación o las condiciones orgánicas, institucionales y funcionales restantes otorguen suficientes garantías de funcionamiento independiente. En este sentido, resulta esencial que los decretos reglamentarios y las decisiones de los órganos competentes,

diseñen mecanismos que garanticen su funcionamiento independiente, respetando los fines que justifican la creación de medios públicos⁷.

En este mismo informe, se instó también al Estado argentino a promover una reforma legal que regulara la distribución de la pauta oficial con el fin de evitar presiones indirectas por parte del Gobierno sobre algún tipo de línea editorial que ejerzan los medios de comunicación y garantizar de esta forma su independencia (párr. 25).

Como se puede observar, las preocupaciones formuladas en el informe expedido por la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA dan cuenta de dos ámbitos que fueron desatendido en la regulación de la Ley de Medios, pero que habían sido objeto de atención directa de la sociedad civil a través de los 21 puntos por una radiodifusión democrática. Tal coincidencia se debe a que existe el ámbito normativo de la función de los medios de comunicación es el que en gran medida fundamenta y da legitimidad a los reclamos de la sociedad civil sobre el sistema.

- Las condiciones de crisis para la expresión de la opinión pública

La situación política provocada por la denominada crisis del campo le confirió una oportunidad a la sociedad civil para ser escuchada por el sistema político en ejercicio de su capacidad de influencia. La tematización desarrollada sobre los puntos centrales a atender para la regulación de los medios de comunicación a través de la iniciativa de una radiodifusión democrática fue el puente que facilitó la recepción de sus condiciones de regulación de los medios en el ámbito de la ley. Un gobierno que quiere relegitimarse frente a la fuerte e incesante campaña de los medios, aliados a los agroempresarios, acude a la sociedad civil que le permite de un lado fortalecer su posición respecto a los actores políticos relevantes, y por otro lado, debilitar a sus adversarios. Sin una sociedad civil que hubiera desarrollado una tematización efectiva de la regulación de los medios de comunicación en los términos alcanzados, la actuación del gobierno frente a los medios habría quedado como simple represalia. En un contexto de abierta y profunda desigualdad en la información, la regulación se veía entonces como requisito necesario e indispensable para abrir el debate democrático. Las condiciones del mismo implicaron que incluso en su condición de minoría parlamentaria, el Gobierno pudiera argumentar con suficiente peso la necesidad de regular los medios para fortalecer el sistema democrático, como se afirmó más arriba, este debate se argumentó en la adecuación del proyecto de ley a los 21 puntos consensuados por la CRD.

Sin embargo, el sistema político en su conjunto, hasta el momento de la llamada crisis del campo, había ignorado o hecho caso omiso de la plataforma de la Coalición por una Radiodifusión Democrática. En efecto, la política pública de medios en la época en la que surge y aparece la movilización social más

⁷Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA. Informe anual 2009. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. (30 de dic. de 2009), párr. 20.

intensa, daba continuidad a las reformas que habían permitido la consolidación del marco de los holdings empresariales en los medios. Así, por ejemplo, recién instalado en la presidencia, Néstor Kirchner sancionó la Ley de Preservación del Patrimonio y los Bienes Culturales a través de la cual se brindó protección a las empresas propietarias de empresas editoriales y medios de comunicación de carácter nacional frente a las posibilidades de apropiación de bienes por empresas extranjeras como consecuencia de la crisis provocada por el corralito y la pesificación (POSTOLSKY, 2010).

Esta protección benefició a los conglomerados mediáticos y permitió consolidar una primera alianza entre el gobierno entrante, que dada su escasa votación necesitaba agrupar actores a su favor, y los propietarios de los medios de comunicación hegemónicos. Dos años después el mismo gobierno decidió prorrogar por 10 años más las licencias de manera que confería así unos privilegios a los medios establecidos sin que mediara proceso de selección alguno (Decreto 527/05) y, finalmente, se autorizó la fusión de las mayores empresas de televisión por cable. El apoyo mutuo sin embargo se fracturó en el 2008, cuando el gobierno expidió la resolución ministerial 125 que establecía un esquema de retenciones móviles a las exportaciones de grano, contra la cual se pronunciaron los gremios empresariales agrarios, la oposición y los propios medios de comunicación. Esta reacción, animada por el seguimiento mediático en contra de la decisión gubernamental, desencadenó una derrota en términos políticos para el oficialismo, pero en el ámbito político significaría la confrontación abierta contra los medios, que incluía una propuesta de nueva legislación para regular el servicio de prestación de telecomunicaciones.

Es en este contexto de crisis de legitimidad gubernamental, el trabajo adelantado por la sociedad civil cobra especial valor para equilibrar las cargas y el poder de los medios, y el trabajo adelantado hasta ahora, en materia de tematización de las necesidades por unos medios de comunicación democráticos, abiertos, independientes y plurales.

Conclusión

La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual constituye una experiencia representativa de cómo, en términos de democracia deliberativa, la influencia del espacio público político informal puede lograr consolidar y desarrollar un alto grado de discusión respecto a una necesidad política y, en determinadas circunstancias, puede generar la adopción de decisiones públicas por parte de los órganos institucionalmente establecidos con una alta dosis de calidad en términos de contenido y debate discursivo. En este caso, la calidad de las decisiones adoptadas ha dependido de la calidad de la discusión dentro de la opinión pública. La propuesta de Habermas conferiría a esta influencia un protagonismo relevante para definir los contornos de una democracia deliberativa, por encima de lo que suceda dentro de los órganos políticos de decisión. En este caso, la influencia de los contenidos adoptados en la ley ha tenido tal grado de aceptación, y el peso de la organización de la sociedad civil ha sido de tal magnitud, que el trámite dentro de la institucionalidad política encargada de tomar la decisión ha quedado lo suficientemente saturado, democráticamente hablando, para considerarla aceptable en términos

democráticos. Ello toda vez que la evaluación de la discusión democrática no debe reducirse al ámbito del debate parlamentario⁸, sino a la interacción que existe entre el interior de la esfera de lo público político, la opinión pública informal y las instituciones encargadas de tomar las decisiones políticas.

Pero la aprobación de la Ley de medios no solo constituye el ejemplo de una iniciativa en el que la sociedad civil tuvo una marcada influencia, sino que pretende crear un escenario para garantizar las condiciones normativas que deben regir para tener medios de comunicación que permitan un debate democrático abierto y plural. En este sentido se abren una serie de interrogantes que sólo pueden ser respondidos a partir de ejercicios de investigación teórica y empírica, cuyas líneas generales queremos señalar para finalizar el presente trabajo. En estas condiciones, el problema retorna a la sociedad civil para que sea ella quien asuma la vigilancia y la evaluación del grado de alcance y satisfacción de los propósitos planteados en ese cuerpo normativo.

⁸ La perspectiva de análisis centrada solo en el debate parlamentario impide ver en Gargarella (2009) la fuente de legitimación de las disposiciones aprobadas en la ley de medios gracias a la influencia lograda por los desarrollos de la sociedad civil. Si bien es una realidad, hoy en día, que la falta de legitimidad que describe Gargarella, no ha permitido la aplicación de la ley por considerársela inconstitucional, no es menos cierto que la ilegitimidad de la misma proviene de una disputa de poder al interior de los grupos económicos y las élites políticas efectivas a la hora de colonizar el sistema político institucionalizado. Sin embargo, a partir de la sanción de la ley y ante el reclamo de su aplicación, se han generado discusiones en la sociedad que pugnan por una mayor democratización, en la actualidad, del Poder Judicial, el que debe decidir sobre la Constitucionalidad de la misma.

Bibliografía

- ALI JAFELLA, S. (2000) *Opinión pública y mass media en la teoría social de Habermas*. Buenos Aires: Almagestom, 2000.
- BECERRA, M., - MASTRINI, G. (2006) *Periodistas y Magnates. Estructura y concentración de las industrias culturales en América Latina*. Buenos Aires: Prometeo, 2006.
- BERCHOLC, J. (2003) *Opinión Pública y Medios de Comunicación, nuevas cuestiones*. Buenos Aires, La Ley, 2003.
- BERCHOLC, J. (2003) *Temas de Teoría del Estado*. Buenos Aires, La Ley, 2003.
- CÓRDOBA, L. (2011) "La Coalición por una radiodifusión democrática: regeneración del espacio público y ejercicio de ciudadanía" En *Argumentos: Revista de crítica social*, 2011, XIII, 133-157.
- FAIR, H. (2010) "El debate político en torno a la ley de servicios de comunicación audiovisual en Argentina". *Intersticios*, 2010, Vol, IV (2), 141-173.
- GARGARELLA, R. (2009) "Deliberación, procedimientos legislativos y control judicial en la nueva ley de medios". En *elDial.com* - DC1251. Publicado el 26/11/2009.
- HABERMAS, J. (1962) *Historia y crítica de la opinión pública*. Barcelona, Gili, 1994.
- HABERMAS, J. (1988) "La soberanía popular como procedimiento". En, *Facticidad y validez* Madrid, Trotta, 1998, 589-617.
- HABERMAS, J. (1996) "Tres modelos normativos de democracia". En *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*. Barcelona: Paidós, 1999, 231-246.
- HABERMAS, J. (1988) *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.
- POSTOLSKY, G. (2010) "Continuidades, desplazamientos y transformaciones en las políticas de comunicación en la Argentina". En Sel, S. *Políticas de comunicación en el capitalismo contemporáneo*, Buenos Aires, CLACSO, 2010, 135-152.
- SEL, S. (2010) Actores sociales y espacio público. En Sel, S. *Políticas de comunicación en el capitalismo contemporáneo*, Buenos Aires, Clacso, 2010, 183-210.
- STAATS, J. (2004). Habermas and Democratic Theory: The Threat to Democracy of Unchecked Corporate Power. *Political Research Quarterly*, Vol. 57, No. 4 (Dec.), 2004, 585-594.
- VÁZQUEZ ANDERSON, A. (2004). Más allá de Habermas: la realidad de los medios de comunicación. *Comunicación y Sociedad*, N° 2 -Julio-Diciembre 2004-, 247-273.

EL “HOMBRE” EN SPINOZA Y SUS PRESUPUESTOS TEOLÓGICOS

Por María Emilia Barreyro

RESUMEN

El presente artículo propone una lectura de la concepción del Hombre en Spinoza, en tanto exponente de la tradición de pensamiento democrático, a partir de sus presupuestos teológicos. El trabajo intenta controvertir la tesis de Carl Schmitt según la cual la naturaleza humana solo puede ser concebida de manera pesimista u optimista, e intenta dar cuenta de una tercera posibilidad: la concepción de Spinoza del Hombre como un ser perfectible.

PALABRAS CLAVE

Spinoza. Presupuestos teológicos. Naturaleza Humana. Schmitt.

THE 'MAN' ACCORDING TO SPINOZA AND HIS THEOLOGICAL ASSUMPTIONS

By **María Emilia Barreyro**

ABSTRACT

This article offers a reading of the conception of Man according to Spinoza, as belonging to the tradition of democratic thought, by considering his theological assumptions. The article argues against Carl Schmitt's thesis according to which there are only two notions about Human Nature: the pessimistic and the optimistic one. It tries to show a third option: the Spinoza's idea about Man as an improvable being.

KEYWORDS

Spinoza. Theological assumptions. Human Nature. Schmitt.

LA CONCEPCIÓN ANTROPOLÓGICA EN BARUCH DE SPINOZA: SUS PRESUPUESTOS TEOLÓGICOS

Por María Emilia Barreyro*

Carl Schmitt en su *Teología Política* (1922) sostuvo que "*toda idea política adopta una actitud determinada frente a la naturaleza del hombre y presupone que el hombre es bueno o malo por naturaleza*" (SCHMITT 2009:51), afirmación que se inserta en el marco más general de la tesis según la cual la teoría política moderna no sería más que la rearticulación de conceptos teológicos secularizados. El jurista alemán pretende dar cuenta de la íntima relación habida entre una antropología pesimista del hombre, los presupuestos teológicos de la misma y su afinidad con la Filosofía Política de la Contrarrevolución, como así también de la habida entre una antropología positiva, ciertas premisas anti-teológicas y su afinidad con el anarquismo, e inclusive, con la tradición del pensamiento democrático.

En el presente trabajo me propongo rastrear los presupuestos teológicos de la antropología que subyace a la teoría política de Baruch de Spinoza en tanto exponente de la tradición del pensamiento democrático.

La hipótesis que intentaré demostrar, y que estructurará este ensayo, postula que aun cuando sea cierto lo que propone aquella *sub-tesis* de Schmitt, de que *toda idea política adopta una actitud determinada frente a la naturaleza del hombre*, no habrían como él afirma, solamente dos opciones: que el hombre sea *o bueno o malo* por naturaleza; sino que habría que agregar una tercera alternativa que podría ser formulada de la siguiente manera: "*o bien, se presupone que por naturaleza no es ni bueno ni malo*".

En efecto, se tratará de mostrar a lo largo de este trabajo, cómo y a partir de qué elementos B. de Spinoza inaugura una antropología *abierta* antes que *pesimista*, y menos aun *positiva u optimista* como la que caracterizaría a la tradición democrática según Schmitt, y se hace patente aun con mayor nitidez en quien será su referente por excelencia: J.J. Rousseau. En miras de este objetivo intentaré, luego de una contextualización introductoria a los escritos de Spinoza tomados en el presente artículo, y su justificación en el marco de la hipótesis de trabajo planteada (1); poner de manifiesto sus presupuestos teológicos, en cuanto sean atinentes a la naturaleza humana, particularmente respecto del *problema del Mal* y el *dogma del pecado original*, en un enfoque contrastivo con el tratamiento que Rousseau hace de ambos tópicos, en tanto ambos referentes de una misma tradición, y rechazando así la lectura que sostiene que en aquél subyacía una concepción antropológica pesimista (2); para luego rescatar los elementos que evidencian una antropología *abierta* antes que meramente positiva (3); dando cuenta, de la insuficiencia de aquella sub-tesis

* Abogada y Doctoranda (UBA). Becaria UBACyT. Docente de Teoría del Estado (Facultad de Derecho, UBA).

de Schmitt para dar cuenta de los presupuestos teológicos de la tradición democrática que inaugura Spinoza (4).

Por último, y en el entendimiento de que B. de Spinoza se encuentra en los orígenes de la tradición del pensamiento democrático moderno, utilizaré al solo efecto contrastivo pasajes de los escritos políticos de Rousseau, quien posteriormente será considerado el principal exponente de esta corriente. Es en este sentido en que se puede hablar de una búsqueda *retrospectiva* dentro de la tradición democrática para hacer patentes rasgos de una antropología que caracteriza a Rousseau, pero que ya había inaugurado su antecesor, Baruch de Spinoza.

(1) Palabras preliminares. El lenguaje de los escritos de Spinoza.

A diferencia de las principales obras de muchos de los exponentes más representativos del pensamiento filosófico-político del s. XVII, las obras de Spinoza están escritas en un lenguaje, sino inaccesible, al menos extraño a todo lector contemporáneo no familiarizado con la Metafísica con que su doctrina estuvo embebida e impregnada.

Es por ello, que antes de adentrarnos en el *contenido* de los presupuestos teológico-políticos de Spinoza, quizás sea conveniente precavernos de algunas cuestiones relativas al lenguaje por él utilizado.

Si bien es conocido -como rasgo característico de la Filosofía Moderna- el creciente uso de idiomas vernáculos, aun cuando algunos medievales ya habían utilizado sus idiomas nativos en sus obras filosóficas (Meister Eckhart), recién a partir del s. XVI se empieza a observar un uso simultáneo de los idiomas vernáculos y el latín (Descartes, Spinoza, Leibniz, Bacon y Hobbes) aunque más tarde el uso de aquellos se termine imponiendo completamente (Hume, Kant, y Rousseau), (conf. ESTERMANN 2001:114); lo peculiar del caso de Spinoza consiste en que la mayor parte de su obra fue escrita en latín y luego traducida al holandés por sus discípulos, dos lenguas aprendidas por él tardíamente.

Se sabe que Spinoza tuvo por lengua materna algún dialecto antiguo del español y fue criado entre hispano-parlantes. En efecto, su primer escrito (*Apología para Justificar una Ruptura con la Sinagoga*, de 1656) fue publicado en alguno de estos dialectos, y aunque se perdió inmediatamente sin llegarnos ningún ejemplar. Resultan ilustrativas las palabras de Florencio Noceti al respecto: "*No sabemos lo que aquella apología decía, pero sabemos qué respondieron la sinagoga y la colectividad*" (NOCETI 2006:10). Perseguido, y sin lectores hispano-parlantes tras haber sido excomulgado, debió de allí en más escribir en latín, muy a su pesar. Así lo confiesa al final de una carta enviada a Willem Van Blijenbergh en 1664, que dice: "*Desearía poder escribirle en la lengua con la que me criaron, acaso así podría expresar mis pensamientos*" (NOCETI 2006:11).

Así, la única obra que escribió en su idioma nativo no nos ha llegado, y el resto de sus trabajos fueron escritos en latín u holandés. Esta peculiaridad de Spinoza, nos lleva a tomar una primera precaución al leer e intentar desentrañar sus textos: era un iconoclasta que se vio obligado a escribir en el idioma anquilosado de la escolástica. Pero esta no es la mayor dificultad: la censura y la persecución que

debió afrontar por el carácter herético de su pensamiento. Uno de los detalles más sugerentes, resulta de ver que en sus escritos destinados a publicación escribía "Deus/Deo" con mayúscula, pero lo hacía con minúscula en su correspondencia privada.

Va de suyo que no podremos saber si efectivamente Spinoza lograba expresarse correctamente o no, o cómo y qué hubiera escrito de haber podido escribir en su idioma nativo. Pero sí podemos tomar los recaudos del caso para leer su obra, y sus implicancias más allá del lenguaje metafísico (y teológico) del que estaba preso. Es por ello, que metodológicamente entiendo que tanto el *Tratado Político* como la *Ética*, las dos obras utilizadas centralmente en este trabajo serán más cabalmente comprendidas si son leídas junto con la *correspondencia* privada que cruzaron *Spinoza y Blijenbergh* durante el corto periodo comprendido entre Diciembre de 1664 y Junio de 1665. Ello se debe a que en dichas cartas, Spinoza discurrió sobre el tópico que aquí nos convoca sin reparo alguno frente a eventual censura ni reprimenda alguna. De este modo, será utilizada su correspondencia privada, en la que Spinoza utiliza un lenguaje distendido y limpio, libre de la estructuración pretendidamente *geométrica* de sus proposiciones y deducciones propia de la *Ética*, y articulado en un estilo coloquial y cristalino.

En efecto, si para Schmitt "*todos los conceptos centrales de la moderna teoría del estado son conceptos teológicos secularizados*" (conf. SCHMITT 2009:37), veremos a partir de la lectura de estos textos spinocianos que, inversamente a aquella tesis de Schmitt, en Spinoza tras quedar invertida la relación de legitimidad/dependencia de los conceptos de la filosofía política con respecto a la religión, aparecerán las consecuencias teóricas de dicha inversión en la medida en que lo *legítimo* será aquello que se adecúe a los dictados de la Razón más no a los de la Fe. En este sentido, si en Schmitt el concepto de *secularización* supone la legitimidad originaria de la propiedad expropiada -los conceptos teológicos- y le *ilegitimidad* de la usurpación y privación de la misma -la utilización de aquellos por parte de la teoría política moderna-, y consecuentemente su dependencia de aquella (conf. BLUMENBERG 2008:31), en Spinoza, podremos observar lo contrario: habría una defensa explícita de la razón frente a la fe, de la Filosofía frente a la Teología, inclusive un *derecho* de la Filosofía a interpretar las sagradas escrituras. Probablemente, sea este el motivo central por el que la filosofía de Spinoza repele a Schmitt, y no meramente su condición de *judío* como ha sido sugerido en algunos ensayos (véase por ej. FERNANDEZ FLOREZ 2010).

(2) *El Problema del Mal y el Dogma del Pecado Original.*

En vistas de lo dicho, creo relevante primero analizar cómo Spinoza, ha abarcado una cuestión crucial en la Historia de la Filosofía Política de nuestra era: el *dogma del pecado original*, y en términos más generales el problema del *Mal*, para poder adentrarnos en sus posturas relativas a la naturaleza humana. Trataré luego de contrastar su tratamiento con respecto a Rousseau, en tanto referente más acabado de la tradición democrática.

Resulta en este sentido, por demás sugerente el análisis que Schmitt efectúa en relación a este tema en la medida en que afirma que el punto de partida de Donoso Cortés habría sido el dogma del pecado original y que su obra política no sería cosa distinta que las derivaciones teóricas que de allí extraería (SCHMITT 2009:51): subyace aquí que la aceptación de los presupuestos de una concepción negativa (o mejor, *pecaminosa*) de la naturaleza de hombre concierne adecuadamente con una concepción verticalista de lo político.

Cierto es que la "Caída" como cuestión teórica, aún cuando no sea del todo relevante a la luz de la Teoría Política actual, no era una cuestión intrascendente para la Ilustración, que la heredó tras haber sido uno de los núcleos duros de discusión dentro del Humanismo y en el marco de la Reforma. En efecto, el dogma del pecado original, en tanto que nodal para el Cristianismo, no había podido sin más ser receptado o ignorado por la Ilustración, ya que desataba una incontenible cadena de consecuencias teóricas incompatibles con las nacientes ideas de progreso y perfectibilidad humana. Así, la idea según la cual el hombre era un ser de naturaleza esencialmente corrupta, difícilmente podía compatibilizarse con la idea de progresividad y avance del Saber. Inconciliable con el Progreso en el plano del conocimiento, pero también y fundamentalmente en el plano de lo ético y lo político.

Si durante el Renacimiento, no se había afrontado la cuestión directamente, la Ilustración se encontraba en un estadio en el que no podía no sentar su posición, como dice Cassirer respecto de este momento crucial en la Historia de la Filosofía: "... nos hallamos en un punto en que no basta la mera negación, sino que la Filosofía de las Luces tendrá que ofrecer una solución positiva y clara. Si rechaza el misterio del pecado original, tendrá que colocar el fundamento y origen del mal en otro lugar", (CASSIRER 2008:168). Efectivamente, los distintos pensadores de la Ilustración, debieron tratar la cuestión y justificar, a su manera, la posición adoptada. Voltaire, por ejemplo, se decidió por un abordaje tangencial de la cuestión (en *El Mundo como Va* de 1748), a diferencia de Hume, quien por su parte, no dudó en rechazar de lleno la concepción de una naturaleza humana esencial e irremediablemente egoísta (en *Investigación sobre la Moral* de 1751). Pero la afrenta efectiva no se hizo esperar, y llegó de la mano de los teóricos de la Democracia: fue Rousseau quien puso en el origen del Mal, no ya la naturaleza humana, sino su sociabilidad. De este modo, trastocó el eje de la discusión, como trataré de mostrar en lo que sigue.

Pero antes de Rousseau, ya en esta misma tradición, había sido el propio Spinoza quien había abarcado la cuestión, casi un siglo antes, en su *Tratado Político*. En esta obra, que había quedado inconclusa y que fue publicada luego de su muerte en un compilado bajo el nombre de *Opus Postumum* en 1677, pareciera surgir -en una primera lectura- una concepción pesimista de la naturaleza humana.

En efecto, en el comienzo del Tratado Político de Spinoza, en el Capítulo II *Del Derecho Natural* -proposición 14-, encontramos un pasaje más que contundente en este sentido: "En la medida que los hombres son presa de la ira, la envidia o cualquier otro afecto de odio, son arrastrados en diversas direcciones y se enfrentan unos con otros. Por eso mismo, hay que temerlos tanto más cuanto más poder, y por cuanto son más perspicaces y

astutos que los demás animales. Y como los hombres por lo general están sometidos a estas pasiones, los hombres son enemigos por naturaleza" (SPINOZA 2004:98).

Ante la posible lectura de una concepción antropológica negativa en Spinoza, basada en pasajes como el citado, debemos tener en cuenta, por un lado, la concepción general que subyace en la obra del autor respecto del problema del *Mal* y por el otro, cómo la fuerza de semejantes pasajes va a ser contrarrestada por otras proposiciones del mismo autor.

Para comprender el *Mal* en la Metafísica spinociana, debemos tener en cuenta que en ella confluyen dos niveles de análisis, o dos puntos de vista. El primer nivel está dado por el entendimiento del orden de la Naturaleza (entendimiento divino), y un segundo nivel, dado por el entendimiento que el hombre tiene respecto de dicho orden (entendimiento humano) siempre parcial e imperfecto. En sentido propio, el entendimiento divino es "el" entendimiento, en sentido absoluto, mientras el humano es "un" punto de vista, teniendo clara preeminencia el primero sobre el segundo. Cuando estemos hablando del "Mal" en términos políticos y éticos en Spinoza, estaremos hablando dentro del segundo nivel, esto es, a lo sumo, desde la perspectiva humana.

Vemos esto, por ejemplo, en las respuestas de Spinoza por correspondencia a Van Blijenbergh (Carta IV, del 28 de Enero de 1665), cuando afirma que "...*El deseo de Adán por las cosas terrenales solo fue malo según nuestro entendimiento, pero no según el entendimiento de dios*" (SPINOZA 2008:55). En el Tratado Político también encontramos afirmaciones congruentes con esta idea, en cuanto afirma que "...*cuanto nos parece ridículo, absurdo o malo en la naturaleza, se debe a que sólo conocemos parcialmente las cosas y a que ignoramos casi por completo el orden y la coherencia toda la naturaleza y a que queremos que todo sea dirigido tal como ordena nuestra razón. La realidad, sin embargo, es que aquello que la razón dictamina que es malo no es tal respecto al orden y a las leyes de toda la naturaleza, sino tan solo de la nuestra*" (SPINOZA 2004:94).

En estos pasajes, como en tantos otros, observamos que cualquier afirmación por parte de Spinoza acerca del egoísmo humano, o bien, acerca de la *condición natural de enemistad* entre los hombres, se ve fuertemente atemperada por esta noción relativa del *Mal*. Resulta difícil dilucidar cuándo el lenguaje de los escritos de Spinoza está usado con pretensión descriptiva o prescriptiva, si es que caben dichas categorías para el sistema spinociano. Él mismo afirma al abrir su *Tratado Político* que pretende nada más que explicar al hombre y su comportamiento, más no juzgarlo. Una posible lectura para este dilema de confusión aparente entre *ser* y *deber ser*, podría ser que dado su determinismo filosófico, y su afirmación de que hay una visión parcial de lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, etc., y otra *visión* absoluta, la divina, debemos pensar que lo que está suponiendo Spinoza es que solo en el entendimiento divino confluirían el *ser* y el *deber ser*, más no en la visión que se expresa desde la razón humana.

Más allá de este problema, vemos cómo en los pasajes citados no solamente se relativiza la idea del *Mal*, sino que también se rechaza la idea judeo-cristiana de la naturaleza del hombre como "*ser caído*", llevando al absurdo la idea de pecado original. Esto no aparece únicamente en su correspondencia privada,

sino también claramente expuesto, como se ha visto, en su *Tratado Político* (Cap. II, pto. 6), por lo que podemos pensar que no se trata de un rechazo aislado al dogma, sino, por el contrario, de proposiciones persistentes en el sistema metafísico spinociano.

En este aspecto, se pueden ver patentes en Spinoza elementos que serán luego aun más nítidos y manifiestos en Rousseau. Efectivamente, en el marco de la discusión entre Rousseau y Voltaire originada en el terremoto de Lisboa (1755), el ginebrino le envía a Voltaire la *Carta sobre la Providencia* en 1756 en respuesta a su *Poema sobre el Desastre de Lisboa* que contiene un pasaje revelador en este sentido: "*Que el cadáver de un hombre alimente a los gusanos, a los lobos y a las plantas, no supone, lo reconozco, una compensación de la muerte de este hombre; sin embargo, si dentro del sistema de este universo, es necesario para la conservación del género humano que se dé una circulación de sustancias entre los hombres, los animales y los vegetales, entonces el mal particular de un individuo contribuye al bien general.*"¹ (ROUSSEAU 2006:83).

En estas dos piezas de correspondencia de Spinoza (1665) y Rousseau (1756) enviadas a Van Blijenbergh y Voltaire, respectivamente, advertimos que hay en ellos una fuerte reticencia a abarcar el problema del Mal como consecuencias catastróficas de una acción humana individual. Los males que acontecen ya no son explicados como un castigo al hombre. Por el contrario, en ambos pasajes se evidencia cómo los autores reconocen el problema del Mal como una cuestión de perspectiva, derivado no tanto de la naturaleza perniciosa de un Hombre caído, ni de sus acciones individuales, sino más bien consecuencia y explicable por la posición relativa del Hombre en la Naturaleza, en ese cosmos que se rige por leyes que le son propias pero fuera del alcance del Hombre y cuya lógica accesible progresivamente por él, puede momentáneamente escapar a su entendimiento. El hombre aparece no ya como fuente de todo lo malo sino como engranaje de un dispositivo mayor, armónico, no contingente y regido por leyes cuya lógica es independiente de sus acciones.

Por su parte, de la lectura del *Discurso del Origen de la Desigualdad* rousseauiano, surgen algunos puntos de contacto con el relato bíblico, especialmente en uno de los pasajes más impactantes del tratado. Claramente Rousseau hace un diagnóstico negativo del hombre, nos describe a un hombre 'caído', aunque lejos está de imputar esa calidad a la naturaleza humana. El pecado originario que provoca la *Caída*, aparece al menos sugerido pero no ya escenificado por la toma del fruto prohibido, sino equiparado a la toma de posesión de la tierra: Adán, como aquel que dijo "*esto es mío*". Recordémoslo: "*El primer hombre a quien, cercando un terreno, se le ocurrió decir: Esto es mío y halló gentes bastante simples para creerle fue el verdadero fundador de la sociedad civil. Cuántos crímenes, guerras, asesinatos; cuántas miserias y horrores habría evitado el género humano aquel que hubiese gritado a sus semejantes, arrancando las estacas de la cerca o cubriendo el foso, 'Guardaos de escuchar a este impostor; estáis perdidos si olvidáis que los frutos son de todos y la tierra de nadie!'*" (ROUSSEAU 2004:65).

¹ El subrayado es mío.

Debe destacarse, sin embargo, el hecho de que en esta *reescritura* del Dogma del Pecado Original, Rousseau no estaría hablando de un hombre que simboliza al conjunto, esto es, de un *Adán*, sino que en esta *escenificación* o *versión* del dogma, si así podemos llamarla, queda reconfigurado el sujeto de imputación ético-política. Es de notar, que las desgracias de la humanidad no se habrían generado únicamente por aquel hombre que cercó un terreno por primera vez y se lo apropió, sino también por la ausencia de hombres que "arrancaran las estacas de la cerca", descreyendo del derecho de propiedad que pretendía hacerse valer. Como afirma Cassirer en este sentido, la auténtica significación histórica de Rousseau fue haber creado este nuevo sujeto de imputación, no el hombre individual, sino la sociedad (CASSIRER 2008:180).

Cierto es que la tarea o estrategia de lectura de interpretar la teoría política moderna en términos de *secularización* (más allá del sentido peyorativo que Schmitt da a este último término) puede llevar a absurdos, sobre los que Hans Blumenberg bien ha sabido ironizar (v.gr. BLUMENBERG 2008:22/23), pero pese a tal riesgo, aun resultan indiscutiblemente útiles a la hora de evaluar el contenido metafórico de los conceptos acuñados por ella.

En este orden de ideas, si resulta plausible leer el Discurso sobre el Origen de la Desigualdad de Rousseau en términos de una reformulación alegórica de *la caída del hombre*, y leyendo el Contrato Social como su *redención*, vemos cómo a partir de este dogma de la teología cristiana reescrito con idéntica estructura narrativa, queda re-significada la 'caída', y sus consecuencias más cardinales, revertidas.

Este parentesco que puede trazarse entre Rousseau, y su antecedente, Spinoza, en tanto referentes ambos de la tradición democrática, se evidencia con fuerza en el punto señalado: ni Spinoza, ni después Rousseau, receptorán el núcleo duro del dogma del pecado original, ni mucho menos las consecuencias teóricas que de él se derivan.

Dado que Rousseau quita de la naturaleza humana la potencialidad de corrupción, y la ubica en la sociabilidad misma de los hombres, como surge, no solo de el Discurso sobre el Origen de la Desigualdad sino también de su visión acerca de las Ciencias y las Artes junto con otros tintes románticos de sus obras, que refuerzan la idea de que solo al hombre civilizado más no al hombre natural, le es imputable el grado de decadencia que diagnostica. El *pecado* que origina la corrupción humana queda imputado a un estado artificial de sociabilidad, y por tanto, también en un artificio -el Contrato Social- encontrará la solución.

Retomando la *Carta sobre la Providencia* (1756), y no obstante lo dicho, ha de advertirse el hecho no menor, de que probablemente Rousseau no haya tomado las cuestiones teológicas en términos de verdad o falsedad, sino más bien en términos de utilidad: "*Me gustaría que en cada Estado hubiera un código moral, o una especie de profesión de fe civil, que contuviera positivamente las máximas sociales que cada cual estaría obligado a admitir, y negativamente las máximas fanáticas que estaría obligado a rechazar, no como impías sino como sediciosas (...)* Desearía apasionadamente que quisierais emprender esta obra y adornarla incluso con vuestra poesía a fin de que cada cual

podiese aprenderla fácilmente, portándose desde la infancia en todos los corazones esos sentimientos de dulzura y humanidad que brillan en vuestros escritos y que faltan siempre entre los devotos. (...) Vos, que nos habéis dado en vuestro Poema sobre Religión natural el catecismo del hombre, danos ahora en el que os propongo, el catecismo del ciudadano" (ROUSSEAU 2006:102). Debe notarse de esta cita, que las máximas a rechazar no lo son por "impías", esto es, por falsas, sino por "sediciosas", lo cual evidencia que las cuestiones de fe en Rousseau son tomadas en cuenta por su función ética, política y educativa. Allende de la cuestión teológica en sí, advertimos en el pasaje precedente, que Rousseau se ha decidido por retomar la problemática del dogma en cuestión, probablemente más que por una efectiva cuestión de fe, por las consecuencias del mismo para su teoría política.

Lo dicho hasta aquí, en esta sección, nos lleva a rechazar que Spinoza, sostuviera o adhiriera a los presupuestos teológicos que van de la mano de una visión antropológica pesimista. Este rechazo, que también aparece posteriormente en Rousseau, como hemos visto, pareciera *prima facie* darle la razón a Schmitt, en cuanto una visión negativa de la naturaleza humana se concilia eminentemente con la tradición de la contra-revolución, y por tanto -como él sostiene- la *tradición moderna de la teoría de la democracia* supondrá una antropología positiva u optimista de la naturaleza del hombre.

Sin embargo, queda por dilucidar con precisión qué tipo de visión antropológica subyace a esta última tradición. Ya hemos visto que hay un rechazo a una antropología negativa, pesimista o pecaminosa; ahora, ha de considerarse si Spinoza recepta una antropología "positiva" u "optimista" de la naturaleza del Hombre, o bien, si no sostiene ni una ni la otra, sino simplemente supone una "naturaleza abierta" en él.

(3) *Mente et Corpore. Su perfectibilidad.*

No obstante tanto en Spinoza como luego en Rousseau, haya un rechazo de los presupuestos teológicos tratados en el acápite anterior, cierto es que no están libres de todo presupuesto proveniente de las Teologías monoteístas que nutrieron la tradición del pensamiento occidental. Ambos receptan la concepción del hombre como un compuesto de cuerpo y alma, concepción de larga data que retoma planteos paganos, conceptos platónicos y aristotélicos, y atraviesa como es sabido, el Medioevo cristiano (desde la tradición neo-platónica agustiniana hasta la aristotélico-escolástica), pero también el Medioevo judío y musulmán (Maimónides, Avicena, Averroes) y luego retomada y reformulada en la modernidad, a partir del Renacimiento.

Desde ya que el estilo del relato spinociano sobre la conjunción alma-cuerpo dista mucho del antecedente cartesiano (al que, no obstante, debe su raíz eminentemente racionalista) revelando una recepción teológica mucho más contundente y explícita, que especialmente salta a la luz al contrastar su lectura con la de la obra de Rousseau.

A lo largo de la *Ética*, vemos la caracterización spinocista del hombre: "*De aquí se sigue que el hombre consta de un alma (mente) y cuerpo (corpore), y que el cuerpo humano existe tal como lo sentimos*" (SPINOZA

1983:116), alma que obra en tanto es causa y padece en tanto es afectada por pasiones. La naturaleza humana, en cuanto pertenece al Orden Natural, no tiene en sí misma elemento pecaminoso alguno. Pero lo más novedoso, quizás, es que tampoco el cuerpo tiene en sí mismo principio pecaminoso alguno, lo que constituye una ruptura fundamental de Spinoza con la tradición filosófica que lo precede.

A pesar del lenguaje metafísico de la obra de Spinoza, lo cierto es que si bien su caracterización del hombre supone un ser "compuesto" no implica ello, que lo concibiera con una naturaleza fija en términos ético-morales. Recordemos que el autor reconoce la capacidad o "potencia" de la razón para regular las pasiones, o dicho en la terminología spinocista, conocer adecuadamente los afectos y no padecerlos, sosteniendo así una posición intelectualista, según la cual la clave de la virtud está en el conocimiento adecuado de sí mismo y de Dios, que se remonta en parte a la filosofía griega clásica (ergo, pagana y no cristiana) y concible al hombre, en definitiva, como un ser "*perfectible*".

El siguiente pasaje da cuenta de ello y debe ser entendido en el marco de su concepción fuertemente teleológica del Orden Natural, y en el que existe una "*tendencia de cada ser a la conservación*" de su naturaleza y a su perfeccionamiento: "*Como la razón no exige nada que sea contrario a la naturaleza, exige por consiguiente que cada cual se ame a sí mismo, busque su utilidad propia (...) apetezca todo aquello que conduce realmente al hombre a una perfección mayor, y en términos absolutos, que cada cual se esfuerce en cuanto está en su mano por conservar su ser*" (SPINOZA 1983:264). Respecto a su perfectibilidad natural -lo que desde ya no implica su *actual* estado de corrección sino *potencial* perfección- A. Domínguez ha afirmado respecto a las premisas de esa perfectibilidad que: "*Su punto de partida es el conato, ya que constituye a la vez la esencia de toda cosa singular y el fundamento de toda virtud. Con esta noción análoga a la physis aristotélica y que está clara desde el Tratado Breve, Spinoza incorpora a su ética la teleología immanente, ya que cualquier cosa singular, como participación de la esencia actuosa de Dios, no solo implica la tendencia a conservarse sino también a perfeccionarse*" (DOMINGUEZ 1997:376).

Se advierte así, que el Hombre, para Spinoza no es en sí mismo perfecto, correcto o bueno por naturaleza, pero sí tiene en sí la *tendencia* a ese estado de perfección; dicho en otros términos, su naturaleza no es fija e inerte en términos éticos sino, su naturaleza está abierta y sujeta al cambio.

Véase, que pasajes como el transcrito llevan a interpretar aquella primera cita transcrita del Tratado Político, como una exhortación a los hombres a regirse por los dictados de la razón so pena de caer en estado de guerra de todos contra todos, más no como una mera descripción o cuadro de un estado de cosas. Ello se condice con otros pasajes que encontramos en la obra de Spinoza, quien es explícito en lo que refiere a la cooperación y el carácter asociativo del hombre. Así, en el Escolio de la Prop. XVIII, Parte IV de la Ética (parágrafo 1°) dice que: "...*los hombres que se gobiernan por la razón, es decir, los hombres que buscan su utilidad bajo la guía de la razón, no desean para sí nada que no deseen para los demás hombres, y, por ello, son justos, dignos de confianza y honestos*".

Al contrastar este aspecto del pensamiento de Spinoza con el de Rousseau, teniendo presente la afirmación de Cassirer acerca de la significación histórica del aporte de Rousseau, podemos advertir que

ya que en Spinoza, la sociedad o mejor dicho, *la sociabilidad humana* antes que *la naturaleza humana* había ya quedado reconfigurada como sujeto de imputación moral.

Por su parte, y en igual sentido, en Rousseau la perfectibilidad también será constitutiva de la naturaleza de los hombres; su diferencia específica respecto del resto de los animales, es justamente la capacidad o potencia para perfeccionarse: "...*Facultad que, ayudada por las circunstancias, desarrolla sucesivamente todas las demás, facultad que posee tanto nuestra especie como el individuo; mientras que el animal es al cabo de algunos meses lo que será toda su vida, y su especie es al cabo de mil años lo mismo que era el primero de esos mil años*" (ROUSSEAU 2004:40).

Esto nos lleva a pensar que a diferencia de las líneas de lectura propuestas por el propio Carl Schmitt, la filosofía política moderna tiene otra opción además de las dos que él planteaba, que eran: por un lado, aceptar el dogma del pecado original y por consiguiente manejar una noción antropológica pesimista y por otro lado la de rechazar el dogma y concebir la naturaleza humana desde una visión optimista. Esa otra opción o camino, consiste como hemos visto tras considerar los pasajes citados del texto spinociano, en contraste con el rousseauiano, que la visión del hombre puede hacer eje en su naturaleza abierta, ni corrupta ni perfecta, sino *corrupt-ible* y *perfect-ible*, ya no fija, ni invariable en términos ético-políticos.

Spinoza representa, en este punto, una ruptura fundamental con la tradición teológica medieval que en parte aceptó. El fundamento del obrar del hombre ya no está dado por aquella parte *elevada* de sí –el alma– sino por su propio instinto de conservación, por la tendencia que como ser, tiene hacia la perfección. El principio de la acción, ya no radica en la parte divina de este *compuesto de alma y cuerpo* que constituye el hombre, sino que lo que lo motiva a actuar éticamente tiene por fundamento una tendencia de todo ser a su perfección. El deseo hacia los demás de lo mismo que desea para sí, no tiene origen en una naturaleza privilegiada respecto a los demás seres del Orden Natural sino en una naturaleza en común con ellos.

Sea por una re-sacralización del Orden Natural en su conjunto, o –lo que no difiere demasiado– por una desacralización de la naturaleza humana, o concepción profana del status del hombre, éste abandona en Spinoza aquella especificidad que le atribuía la Teología Medieval: la ambivalencia entre su carácter privilegiado por ese pretendido status intermedio entre lo divino y lo mundano y su carácter de ser caído, pecaminoso, corrupto. Aquí se advierte que el haber concebido al hombre como compuesto de alma y cuerpo no implicó en el filósofo sostener una concepción de la naturaleza humana positiva o negativa, sino que fue accesorio respecto de tal cuestión.

Por otro lado, en el pasaje citado (Escolio de la Prop. XVIII, Parte IV) se refleja también lo específicamente humano de no desear para sí nada distinto de lo que se desea para los otros. La idea de universalidad que subyace en el pasaje citado y en los distintos pasajes en los que Spinoza define al *hombre libre* en tanto es guiado por la Razón, evidencia su parentesco con postulaciones ético políticas de más

diversa índole, donde el fundamento de la acción (individual y social) no refiere a la particularidad del individuo. Ciertamente es que *"Así como el punto de vista sub especie aeternitatis de la razón de Spinoza requiere un descentramiento del individuo (su puesta entre paréntesis) la Voluntad General de Rousseau implica también un salirse de sí del individuo para ver las cosas desde un punto de vista común a todos los implicados en la toma de decisiones"* (D'AURIA 2007:76), aunque también debemos notar que tiene fuertes puntos de contacto con la figura del *espectador imparcial* desarrollada por los filósofos de la Ilustración Escocesa, y con el *Imperativo Categórico* kantiano. En definitiva, cualquiera sea la formulación que tomemos, no es más que la solución ilustrada al problema de la imposibilidad de recurrir a un sistema de preceptos revelados como fundamento ético-político de la acción y que debe entonces introyectar de alguna manera en el individuo la perspectiva desinteresada, universal, que otrora fuera pensada como divina.

Veamos estos dos pasajes de Spinoza y respectivamente:

"Y así nada es más útil al hombre que el hombre; quiero decir, que nada pueden desear los hombres que sea mejor para la conservación de su ser que el concordar todos en todas las cosas, de suerte que las almas de todos formen como una sola alma, y sus cuerpos como un solo cuerpo, esforzándose todos a la vez, cuanto puedan, en conservar su ser, y buscando todos a una la común utilidad" (SPINOZA 1983: 265).

"El cuerpo político, individualmente considerado, puede entenderse como un cuerpo organizado, vivo y similar al del hombre (...) Así, pues, el cuerpo político es un ser moral dotado de voluntad. Esa voluntad general, tendiente siempre a la conservación y bienestar del todo y de cada parte es el origen de las leyes y de la regla de lo justo y de lo injusto, para todos los miembros del estado, en relación con éste y con aquellos" (ROUSSEAU 2001:9).

En ambos pasajes queda puesto de manifiesto que al transpolar la concepción dual del hombre (cuerpo + alma) a la sociedad política, el principio ético que ha de regir la acción individual, ha de regir también la acción social y política.

(4) Conclusión

Hemos visto que aquella sub-tesis de Schmitt sostenía únicamente una alternativa a la concepción *pesimista* de la naturaleza humana -la cual gozaría de una legitimidad primigenia en tanto portadora de respaldo bíblico-: una visión optimista o positiva de la misma. Esa visión optimista -que carecería de legitimidad alguna o fundamento- es la que Schmitt atribuye tanto a las posiciones anarquistas -de por sí ateas- como a la tradición democrática, particularmente a las novelas tardías de su principal referente, J.J. Rousseau (confr. SCHMITT 2009:51)

Se ha visto en el apartado (2), que debe quedar descartada la posibilidad de que Spinoza sostuviera una concepción pecaminosa del hombre, aun cuando no sea un supuesto que le atribuyera Schmitt, es uno de los elementos más destacados que permiten marcar su fuerte filiación con la tradición democrática. Este rechazo a tomar como punto de partida una naturaleza esencialmente corrupta del hombre es lo que marca su fuerte parentesco con Rousseau y con la tradición democrática en general.

Fundamentalmente, en el rechazo spinoziano al núcleo central del dogma del pecado original como así al tratamiento que da al problema del *Mal*, esto último, especialmente en su correspondencia privada con Blijenbergh, es donde radica la razón principal por la que hemos visto que debe descartarse que Spinoza sostuviera una concepción pesimista de la naturaleza humana, aun pese a algunos pasajes aparentemente pesimistas de su Tratado Político.

Hemos visto también (3) que antes bien que una concepción optimista, Spinoza sostiene al igual que Rousseau en sus escritos políticos, una concepción abierta de la naturaleza humana. Desacralizado el Hombre, desprovisto de privilegios más allá de la mera Razón, carece ya de una naturaleza fija en términos éticos, no está condenado ni determinado por un pecado originario intrínsecamente malo. Por el contrario, el Hombre de Spinoza cuenta con una tendencia intrínseca a *apetecer lo que lo conduce a un estado de mayor perfección*, pero en sí mismo no es un ser perfectamente bueno, aunque tampoco es en sí mismo esencialmente corrupto.

Este rechazo a una concepción tanto pesimista como a una ingenuamente optimista, no carece sin embargo, de presupuestos teológicos propios. La re-sacralización del Orden Natural que opera en el racionalismo spinocista, aun con una concepción inmanente antes que trascendente de lo divino, por una parte y por otro, la noción del hombre como un ser eminentemente binario, como hemos visto, revelan todavía un fuerte vínculo con la teología cristiana, que salta a la vista no solo por el lenguaje eminentemente escolástico de los escritos de Spinoza, sino también por los fundamentos mismos de su sistema metafísico.

Se abre así una tercera alternativa: ni pesimista ni optimista, sino una concepción abierta del Hombre. Podríamos decir, por lo tanto, que los presupuestos teológicos que subyacen a la teoría política spinociana y a la tradición democrática en general, no se corresponden ni estrictamente con el relato bíblico y el dogma del pecado original allí narrado, ni con la posición sustancialmente atea del anarquismo teórico. Ni asimilable a la ortodoxia teológica cristiana ni tampoco a la posición fundamentalmente anti-teísta del anarquismo teórico.

Por tanto, aquella sub-tesis de Schmitt que sostenía que *"toda idea política adopta una actitud determinada frente a la naturaleza del hombre y presupone que el hombre es bueno o malo por naturaleza"* (SCHMITT 2009:51), se muestra estéril a la hora de explicar los presupuestos teológicos de los conceptos centrales de la teoría política de Spinoza, y de la teoría de la Democracia en general, de los que no puede dar cuenta de un modo adecuado.

Bibliografía consultada

- BLUMENBERG, H. (2008) *La Legitimación de la Edad Moderna* (trad. Pedro Madrigal), Valencia, Ed. Pre-Textos.
- CASSIRER, E. (2008); *Filosofía de la Ilustración*, (trad. Ugenio Imaz), México DF, Fondo De Cultura Económica, 7° Reimpresión.
- D'AURIA, A. (2007); *Rousseau, su crítica social y su propuesta política*. Buenos Aires, La Ley.
- D'AURIA, A.; *Teoría y Crítica del Estado* (2012). Buenos Aires Eudeba.
- DOMINGUEZ, A. (1997); *Sentido Ético de la Política de Spinoza*. En *Espinosa: Ética y Política*. Santiago de Compostela, Ed. Universidade de Santiago de Compostela.
- ESTERMANN J. (2001); *Historia de la Filosofía. Tomo II*. Quito, Editorial Abya Yala.
- FERNANDEZ FLOREZ, L. (2010) "Maldito Spinoza: El ataque de Carl Schmitt al Tratado teológico-político de Baruch de Spinoza", en *Thémata. Revista de Filosofía*, Madrid, Número 43, pp. 175/199.
- NOCETI, F. (editor) (2008); *Las Cartas del Mal*, Buenos Aires, Caja Negra Editora, 2° ed.
- ROUSSEAU, J.J. (2006); *Carta de Rousseau a Voltaire*. En *Cartas Morales y otra Correspondencia Filosófica*, editado por Aramayo Roberto R., Madrid, PyV Editores.
- ROUSSEAU, J.J. (2001), *Discurso sobre Economía Política*, (trad. Candela José E. 1985). Madrid, Ed. Tecnos.
- ROUSSEAU, J.J. (2004); *Discurso sobre el Origen y Fundamento de la Desigualdad de Condiciones entre los Hombres*, Buenos Aires, Ediciones Libertador.
- SCHMITT, C. (2009). *Teología política* (trad. F.J. Conde y J. Navarro Perez), Madrid, Trotta.
- SPINOZA, B. (1983); *Ética Demostrada según el Orden Geométrico* (trad. Vidal Peña) Buenos Aires, Hyspamérica Ediciones Argentina.
- SPINOZA, B. (2004); *Tratado Político* (trad. Atilano Dominguez) Madrid, Alianza.
- SPINOZA, B. (2008); *Correspondencia Spinoza-Blijenbergh*, en *Las Cartas del Mal*, Buenos Aires, Editor F. Noceti, Caja Negra Editora, 2° ed.

LA TENDENCIA HACIA UN ROL FORTALECIDO DE LAS NORMAS DE *JUS COGENS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL: CAMINOS, RIESGOS Y UTOPIÁS

Homenaje al profesor Antonio Cassese

Por Leandro A. Dias

RESUMEN

El artículo representa un homenaje al juez Antonio CASSESE, a partir del análisis de una de sus últimas investigaciones sobre el rol de las normas de *jus cogens* en Derecho Internacional, publicada tan sólo unos meses después de su fallecimiento. Para ello se intenta probar, mediante la utilización de los argumentos esgrimidos por CASSESE y un análisis de la jurisprudencia de distintos tribunales internacionales, que el fin último del fortalecimiento de las normas imperativas no resulta tan lejano. Por otro lado, se analiza la noción de fragmentación del Derecho Internacional, y el modo en que las normas perentorias pueden llegar a ofrecer soluciones a partir del establecimiento de una jerarquía en el sistema normativo internacional. Finalmente, se abordan los riesgos a los que está sometido el futuro de las normas de *jus cogens*, a partir de una tendencia de ciertos tribunales a utilizarlas como elemento discursivo apto para justificar cualquier decisión

PALABRAS CLAVE

Antonio Cassese, Fragmentación, *Jus Cogens*, Normas Imperativas, Tribunales Internacionales.

THE TENDENCY TOWARDS AN ENHANCED ROLE OF *JUS COGENS* NORMS IN INTERNATIONAL LAW: COURSES OF ACTION, RISKS AND UTOPIAS

A tribute to professor Antonio Cassese

By Leandro A. Dias

ABSTRACT

The article is a tribute to late judge Antonio CASSESE that studies one of his final papers on the role of *jus cogens* norms in International Law, published posthumously in 2012. In order to do this, the author tries to prove, using CASSESE's views and analyzing the latest decisions of different international tribunals, that the essential aim of enhancing the role of peremptory norms is not an impossible one. Apart from this, this article examines not only with the notion of fragmentation of International Law, but also with the solutions that imperative norms could bring to normative conflicts in International Law. Last but not least, the author offers a perspective on the risks that could be derived from the misuse of the concept of *jus cogens* norms in order to justify every decision of a tribunal without a solid argumentation.

KEYWORDS

Antonio Cassese, Fragmentation, *Jus Cogens*, Peremptory Norms, International Tribunals.

LA TENDENCIA HACIA UN ROL FORTALECIDO DE LAS NORMAS DE *JUS COGENS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL: CAMINOS, RIESGOS Y UTOPIÁS

Homenaje al profesor Antonio Cassese

Por Leandro A. Dias*

*"Several rules cogentes prevail over any special rules. And the general principles to which I shall refer later constitute true rule of jus cogens over which no special practice can prevail"*¹

Manuel Fernandes.

Introducción y planteo de la hipótesis

Al momento de escribir estas líneas se está cumpliendo el primer aniversario del fallecimiento del profesor ANTONIO CASSESE, uno de los académicos y magistrados más importantes de la historia del Derecho Internacional. Nadie duda de que sus enseñanzas perdurarán por siempre a través de las distintas decisiones y sentencias que supo redactar, así como por medio de los múltiples artículos que protagonizaron su vida académica, pero lo cierto es que aquel día 21 de octubre de 2011 muchos pensaron que no volverían a leer nuevas producciones del maestro italiano.

Afortunadamente, el autor al que hoy toca homenajear siguió trabajando incansablemente, a pesar de su dura batalla contra una de las más terribles enfermedades que pueden afectar a un ser humano. No se trata de una referencia a su trabajo como presidente del Tribunal Especial para el Líbano, sino de una serie de artículos que supo redactar en los meses previos a su deceso, y que forman parte de la obra colectiva recientemente lanzada al mercado y conocida como *"Realizing Utopia: The Future of International Law"*.

* Becario de investigación CIN en el proyecto UBACyT "Bases legislativas para el trámite urgente de los pedidos de restitución internacional de menores", dirigido por la prof. Dra. Luciana Beatriz Scotti, y en el proyecto DeCyT "El Parlamento del MERCOSUR. Aspectos amplios y estrictos de la cuestión democrática en el bloque", dirigido por la Mag. Brenda Luciana Maffei. Integrante de los proyectos de investigación DeCyT "Fundamento y límites de la posición de garante en casos de comunidades de vida y peligro", y "¿Más allá del ius in bello? La regulación de los conflictos armados en la historia del ius gentium y los límites del DIH como régimen autónomo frente a las otras ramas de un Derecho Internacional Público 'fragmentado'", dirigidos respectivamente por los Dres. Marcelo David Lerman y Emiliano Jerónimo Buis –este último codirigido por Natalia Marina Luterstein–. Representante de la UBA en la XI Competencia Víctor Carlos García Moreno de Procedimiento ante la Corte Penal Internacional, año 2012. Distinción a la excelencia académica por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (2012).

¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso relativo al Derecho de Paso por Territorio Indio" (Portugal c. India), Opinión Disidente del juez M. Fernandes, 12 de Abril de 1960, párrafo 29.

Entre las contribuciones a esa obra, dirigida por él mismo, se destaca un ensayo que lleva el nombre de "*For an Enhanced Role of Jus Cogens*", donde expone la necesidad de incrementar el rol de las normas imperativas o perentorias en el futuro de la comunidad internacional (CASSESE 2012: 170). Este objetivo se centra en el hecho de que el nacimiento de un núcleo de principios "constitucionales" en el ámbito internacional, que nadie, ni siquiera el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, puede dejar de lado, ha revolucionado la dimensión meramente contractual del Derecho Internacional (CASSESE 2012: 171).² A su vez, estos principios no sólo se encargan de limitar la autonomía legislativa de los Estados, previamente absoluta, sino que además tiene un impacto crucial en el manejo los asuntos internos (CASSESE 2012: 171). Justamente esta consolidación y expansión de normas imperativas conduce al fortalecimiento de la voluntad de la comunidad internacional y genera que valores universales se impongan por intereses nacionales de corto plazo (CASSESE 2012: 171). Aparece entonces una noción de jerarquía que se relaciona de manera íntima con la idea de salvaguardar la primacía de un núcleo común de valores humanos universales (RUIZ FABRI 2012: 1050). En ese sentido, señala CASSESE que existe un consenso general sobre la existencia de una serie de principios legales primordiales, y cuyos efectos se extienden más allá del derecho de los tratados, pero que en la práctica no han alcanzado los resultados propios de la noción (CASSESE 2012: 158/159). Para modificar esta situación, señala tres caminos a partir de los cuáles podría cumplirse el objetivo de mejorar el rol de las llamadas normas de *jus cogens* en un futuro, y que pueden resumirse de la siguiente manera:

- a) Mayor utilización de la noción por parte de tribunales nacionales e internacionales, para de ese modo consolidar la existencia de normas perentorias y contribuir a la identificación y reconocimiento de normas emergentes de *jus cogens* (CASSESE 2012: 170).
- b) Implementación de las normas imperativas de Derecho Internacional en los sistemas internos, a través de una enumeración constitucional de las principales normas de *jus cogens* reconocidas por la comunidad internacional, y sometiendo la ampliación de la lista al reconocimiento posterior de tales normas por parte de la Corte Internacional de Justicia (CASSESE 2012: 171).
- c) Atención al significativo rol que la sociedad civil puede jugar a nivel internacional para incitar al cumplimiento de las normas de *jus cogens*, por parte de los Estados, de otros sujetos de derecho internacional y de los tribunales nacionales (CASSESE 2012: 171).

Lo primero que debe señalarse respecto del tema, es que la postura de ANTONIO CASSESE aparece como un fin o curso de acción deseable, a partir de la firme creencia del autor de que el derecho puede generar cambios en el mundo (RUIZ FABRI 2012: 1053), para cuya realización se ofrecen los tres

² Véase, a modo de ejemplo: TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Sala de Apelaciones, "Fiscal c. Duško Tadić", Sentencia de 15 de julio de 1999, párrafo 296; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio" (Bosnia Herzegovina c. Serbia y Montenegro), Opinión Separada del juez E. Lauterpacht, 13 de Septiembre de 1993, párrafos 102 a 104.

camino señalados previamente, Es decir que no se plantea este nuevo rol de las normas de *jus cogens* como una derivación obligatoria del orden internacional vigente, ni de apreciaciones de derecho natural, sino como uno de los aspectos de una eventual utopía a realizarse.³ La pregunta que surge, entonces, se relaciona con la posibilidad de que estos tres caminos efectivamente contribuyan al fortalecimiento de ciertos principios fundamentales dentro del Derecho Internacional.

Para responder el interrogante, se abordará tan sólo el primero de los medios señalados por el autor, es decir, aquel que se centra en la mayor utilización de la noción de normas *jus cogens* por parte de los tribunales internacionales.⁴ Se partirá de la hipótesis de que una mayor utilización de las normas imperativas por parte de los tribunales internacionales puede fortalecer el rol de esta clase de normas jerárquicamente superiores, siempre y cuando no se produzcan excesos al momento de su reconocimiento. La corroboración se realizará, luego de establecidos los conceptos básicos, a través de la comparación entre una jurisprudencia que suele recurrir asiduamente a la categoría de normas imperativas, como la que ofrece el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y la que puede encontrarse en otros tribunales internacionales, en especial la proveniente de la Corte Internacional de Justicia.

Por último, se tendrá en cuenta durante todo el trabajo la idea de fragmentación sustantiva del Derecho Internacional, debido a que la aspiración de ANTONIO CASSESE de fortalecer estas normas jerárquicamente superiores tiende al asentamiento de principios uniformes en todo el ordenamiento jurídico internacional, como si de una constitución se tratase (CASSESE 2012: 171), lo que permitiría ofrecer una solución a eventuales conflictos normativos. Sin embargo, y como derivación de la hipótesis principal, se partirá de la noción de que el abuso en el reconocimiento de esta clase de normas en eventuales regímenes tendientes a considerarse autónomos –como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos–, puede generar el efecto paradójico de debilitar el concepto de *jus cogens*.

Normas de *jus cogens*: Orígenes y concepto

Suele considerarse que la celebración de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969,⁵ ha sido el momento clave para el nacimiento del concepto de normas imperativas dentro del Derecho Internacional. Sin embargo, sus orígenes nos remontan ya a los siglos XVII y XVIII, cuando distintos juristas alemanes y suizos, como CHRISTIAN WOLFF y EMER DE Vattel dividían al sistema normativo en un orden interno -*jus civile*-, un derecho aplicable entre Estados -*jus gentium*-, y un derecho natural que se encargaba de la vida de la humanidad y que siempre prevalecía sobre contratos y

³ Señala HÉLÈNE RUIZ FABRI, a su vez, que la noción misma de *jus cogens* se encontraría entre las más utópicas dentro del Derecho Internacional, junto con la idea de comunidad internacional (RUIZ FABRI 2012: 1051).

⁴ Por una cuestión de brevedad, y consecuente limitación del objeto de la investigación, no se analizará la cuestión análoga que se produce en tribunales internos.

⁵ CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, Viena (Austria), 23-05-1969 (e.v. 27-01-1980), UNTS 1115:331

tratados *-jus naturae-*.⁶ Esta concepción ética y de derecho natural de una serie de normas capaces de imponerse tanto a la voluntad de los individuos como de los Estados fue retomada en el año 1937 por ALFRED VON VERDROSS (VON VERDROSS 1937: 571-577),⁷ y es considerada como la primera discusión del concepto de *jus cogens* tal como se lo conoce hoy en día (PETSCHKE 2010: 239). En ese sentido, el autor afirmaba que “ningún orden jurídico puede [...] admitir tratados entre sujetos de derecho, los cuales se encuentran en obvia contradicción con la ética de una determinada comunidad” (VON VERDROSS 1937: 572), y que un orden jurídico “no puede ser entendido por fuera de sus fundamentos morales” (VON VERDROSS 1937: 571).

Para el año 1953 la discusión en torno a lo que hoy se conocen como normas imperativas de Derecho Internacional general, llevó al Relator Especial para la Comisión de Derecho Internacional, SIR HERSCH LAUTERPACHT,⁸ a afirmar la existencia en el derecho positivo de por aquel entonces, de ciertas normas fundamentales de orden público internacional en contra de las cuales los Estados no podían pactar válidamente (CRIDDLE y FOX-DECENT 2009: 336). No sólo eso, sino que contemporáneamente comenzaron a surgir una serie de opiniones separadas en el marco de la Corte Internacional de Justicia que trataban, a modo de *obiter dictum*, la existencia de esta clase de normas en Derecho Internacional.⁹ Resultan ejemplificativas en ese sentido las palabras, en primer lugar, del juez argentino MORENO-QUINTANA, quien ya en el año 1958 exponía lo siguiente:

“El orden público internacional opera dentro de los límites del sistema del derecho internacional público, cuando establece determinados principios como los principios generales del derecho de las naciones y los derechos fundamentales de los Estados, cuyo respeto es indispensable para la coexistencia legítima de las unidades políticas que configuran la comunidad internacional [...] Estos principios –con los cuales todos nos encontramos familiarizados porque son un número limitado- y esos derechos, también, tienen un carácter perentorio y un alcance universal”.¹⁰

Vemos aquí, entonces, un primer esbozo de lo que hoy puede ser considerado un orden público internacional, como derivación de la noción de orden público interno, y que estaría compuesto por un número limitado de normas de carácter imperativo. Tan sólo unos años después, la noción aparece

⁶ (CASSESE 2005: 200; CRIDDLE Y FOX-DESCENT: 334). Los últimos dos autores consideran, a su vez, que la noción puede derivarse incluso de la clásica obra de HUGO GROTIUS, *De Jure Belli et Pacis*.

⁷ Otra utilización temprana de este concepto puede encontrarse en VON DER HEYDTE, F. (1932) “Die Erscheinungsformen des zwischenstaatlichen Rechts; jus cogens und jus dispositivum im Völkerrecht”, *Zeitschrift für Völkerrecht*, 1932, Vol. 16, 461, citado en (CRIDDLE Y FOX-DESCENT: 334).

⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Derecho de los Tratados, Informe del Relator Especial Sr. Hersch Lauterpacht (A/CN.4/63), en *Yearbook of the International Law Commission*, 1953, Volumen II, pp. 154 a 156.

⁹ De todos modos, ya en el año 1934 el juez Schücking de la Corte Permanente de Justicia Internacional se refirió en su voto a la posibilidad de creación de normas de *jus cogens*. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “Caso Oscar Chinn” (Gran Bretaña c. Bélgica), Opinión Separada del juez M. Schücking, Serie A./B. 63, 12 de diciembre de 1934.

más clara en la opinión disidente del juez TANAKA en el caso de África del Sudoeste, de 1958, a través del siguiente pasaje:

“Si nosotros podemos introducir en el campo internacional una categoría de normas, a saber, *jus cogens*, recientemente examinadas por la Comisión de Derecho Internacional, un tipo de norma imperativa que constituye el contraste con el *jus dispositivum*, capaz de ser modificado a través del acuerdo entre Estados, seguramente el derecho concerniente a la protección de los derechos humanos podría ser considerado como perteneciente al *jus cogens*”.¹¹

Al detenerse por un momento en este párrafo, se puede observar como la noción de normas de *jus cogens* comenzaba a cobrar forma incluso antes de ser plasmada en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. A su vez, el juez TANAKA consideraba a las normas tendientes a la protección de los individuos de las arbitrariedades y excesos estatales como integrante de esta nueva categoría, en un ejercicio casi intuitivo que anticiparía los avances más valiosos del *jus cogens* en uno de los regímenes especializados del Derecho Internacional, como es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (BIANCHI 2008: 492).

Ese mismo año la Comisión de Derecho Internacional incluyó dos provisiones relativas a las normas de *jus cogens* en su borrador de Convención sobre el Derecho de los Tratados (PETSCHKE 2010: 239/240), y que marcarían el primer paso para lo que hoy conocemos como los artículos 53 y 64 de la Convención. En las negociaciones posteriores, producidas en la Conferencia de Viena de 1968, la proclamación de las normas perentorias en el tratado fue incitada por dos grupos de Estados.¹² Los primeros fueron aquellos países en desarrollo, que veían esta proclamación como un medio para combatir contra los países coloniales. Por otro lado, teníamos una serie de países socialistas, quienes consideraban que el *jus cogens* representaba un núcleo duro de los principios que permitían la coexistencia pacífica entre Estados con distintas economías y estructuras sociales (CASSESE 2005: 199/200). Los países occidentales terminaron aceptando esta posición, con la condición de establecer un mecanismo judicial de resolución de controversias específico ante la Corte Internacional de Justicia para conflictos relacionados con normas imperativas, y el resultado final fueron los actuales artículos 53, 64 y 66(a) (CASSESE 2005: 200).

Algunas aclaraciones deben hacerse con respecto a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En primer lugar, que la discusión preparatoria que tuvo lugar en la Comisión de Derecho Internacional sólo estuvo centrada en los efectos de la noción de *jus cogens* con respecto a la nulidad de

¹⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso relativo a la aplicación del Convenio de 1902 sobre la Tutela de los Niños” (Países Bajos c. Suecia), Opinión Separada del juez Moreno Quintana, 28 de Noviembre de 1958, pp.106 a 107. La traducción es propia.

¹¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA “Casos relativos al África Sudoccidental” (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica), Opinión Disidente del juez Kōtarō Tanaka, 18 de julio de 1966, p.298. La traducción es propia.

¹² El término “perentorias”, utilizado en este artículo como sinónimo de normas imperativas, hace referencia a la obligatoriedad de la norma, que no admite derogación y que sólo puede ser modificada por otra norma de derecho internacional general del mismo rango. (BIANCHI 2008: 492; CRIDDLE y FOX-DECENT 2009: 332).

tratados incompatibles con ella, sin tratar otros efectos que podrían derivarse de la violación de esta clase de normas, (DE WET 2004: 99) a partir de que su contenido hoy en día ha alcanzado carácter consuetudinario (CASSESE 2012: 160). De todos modos, en el actual estadio de desarrollo del Derecho Internacional prácticamente no hay objeciones a la afirmación general,¹³ de que estas normas tienen o pueden tener un impacto mayor, que excede al derecho de los tratados, y que abarcaría aspectos tales como el reconocimiento de Estados, la validez de las normas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, la inmunidad de jurisdicción de los Estados, la clásica teoría de la responsabilidad internacional de los Estados (VILLALPANDO 2010; 405 y ss.), o el impacto en los ordenamientos jurídicos internos (CASSESE 2012: 159-163).

Por otro lado, en la redacción de los artículos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 pueden encontrarse otros dos aspectos problemáticos. En primer lugar, esa Convención no ofrece un listado de normas consideradas de *jus cogens*, ni se mencionan valores o intereses superiores dentro de la comunidad internacional, como la paz, la seguridad, o la protección de los Derechos Humanos. (PETSCHKE 2010: 242) Para encontrar ejemplos, hoy en día necesariamente debe recurrirse al reconocimiento realizado por los distintos tribunales, o a distintos documentos en principio no vinculantes, como el anterior artículo 19 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por he hechos internacionalmente ilícitos, propuesto por ROBERTO AGO,¹⁴ y que ha sido receptado en parte por el comentario al proyecto sobre responsabilidad de los Estados de 2001.¹⁵ Sin embargo, esta ausencia de enumeración no es vista por CASSESE como algo necesariamente negativo, en tanto considera que la tarea de determinar qué normas han adquirido el carácter de imperativas debe quedar en manos de un tribunal jurisdiccional independiente, en especial la Corte Internacional de Justicia, para de ese modo evitar abusos de terceras partes (CASSESE 2012: 169).

El segundo defecto se relaciona con la ausencia de una definición. La Convención de Viena mencionada se encarga de señalar simplemente ciertos efectos de esta clase de normas, como la nulidad de todo tratado celebrado en contraposición a una norma imperativa, la inadmisibilidad de acuerdo en

¹³ Se utiliza el término "general", porque en las particularidades las disidencias pueden ser enormes, como en el caso de los efectos de la violación de normas imperativas con respecto a la inmunidad de jurisdicción de los Estados. Lamentablemente esas particularidades exceden el marco de esta investigación

¹⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su vigésimo octavo período de sesiones. En *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, Volumen II, parte 2, página 73.

¹⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones (A/56/10), 2001, New York, comentario al artículo 40, párrafos 4 a 6. Disponible en: <http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a5610.pdf> [sitio consultado el 31-03-2013] Allí se señalan como ejemplos la prohibición de esclavitud y trata de esclavos, de discriminación racial del apartheid, de la tortura, las normas fundamentales del Derecho Internacional Humanitario y el derecho a la libre determinación. De todos modos, debe aclararse que las diferencias entre lo propuesto por Roberto Ago y el Proyecto de artículos adoptado en 2001 no están centradas únicamente en la ausencia de enumeración de normas imperativas, sino también en haberse dejado de lado la distinción –al menos terminológicamente– que se realizaba entre delito y crimen internacional.

contrario, la imposibilidad de modificación a no ser por una norma del mismo carácter,¹⁶ y tanto nulidad como terminación de todo tratado incompatible con una nueva norma imperativa de derecho internacional general,¹⁷ pero no ofrece una verdadera definición. Por el contrario, incurre en una tautología en tanto señala que una norma imperativa es una norma reconocida tal por la comunidad de Estados en su conjunto (PETSCHKE 2010: 242). Esto ha llevado a diversos autores a considerar que no existe una definición generalmente aceptada de normas de *jus cogens* (LINDERFALK 2008: 854; PETSCHKE 2010: 242 y ss).

De todos modos, a los fines de este artículo se trabajará con una definición construida a partir de las enseñanzas de ANTONIO CASSESE,¹⁸ y que permitirá proseguir en el análisis: una norma de *jus cogens* es aquella que por proteger valores universales obligatorios para la comunidad internacional en su conjunto (CASSESE 2012: 170), cuenta con una clase y fuerza jurídica especial que la convierte en imperativa, razón por la cual no podría ser derogada por tratados o costumbres ordinarias, bajo pena de nulidad (CASSESE 2005: 199).

Las normas imperativas como solución a los conflictos de un derecho fragmentado

La mención al problema de la fragmentación no resulta antojadiza. Si bien la cuestión no es planteada en esos términos por CASSESE en su trabajo, sí se desprende de su objetivo final una tendencia a considerar a las normas de *jus cogens* como orden constitucional capaz de regir las distintas relaciones internacionales (CASSESE 2012: 171), por encima de las políticas externas o interiores particulares y esporádicas. De ese modo, uno podría sin mayor esfuerzo interpretar que una de las consecuencias de la “utopía” del profesor italiano se relaciona con la solución de, al menos gran parte, del problema de la fragmentación sustantiva del Derecho Internacional, por medio del recurso a normas imperativas. De este modo, la relación horizontal entre Estados, propia del Derecho Internacional clásico, pasa a estar regulada por normas jerárquicamente superiores que no pueden ser derogadas por un tratado o una costumbre ordinaria, bajo sanción de ser esas normas declaradas nulas y carentes de todo efecto (CASSESE 2005: 198-199).

Con respecto al problema de la fragmentación en sí, el concepto parte de considerar al Derecho Internacional como un sistema conformado por fragmentos normativos –o sustantivos– e institucionales, producto de la ausencia de una legislatura global en el primer caso y un tribunal de apelación en el segundo, capaces de propiciar una unificación (YOUNG 2012: 2). Esta cuestión ha alcanzado su significado a partir de la aparición de normas o complejos de normas, instituciones jurídicas,

¹⁶ Artículo 53, CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, Viena (Austria), 23-05-1969 (e.v. 27-01-1980), UNTS 1115:331.

¹⁷ Artículo 64, CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, Viena (Austria), 23-05-1969 (e.v. 27-01-1980), UNTS 1115:331.

¹⁸ La literatura que aborda el concepto de norma de *jus cogens* en Derecho Internacional resulta, hoy en día, inabarcable. Sobre el reconocimiento que los distintos doctrinarios han realizado de esta clase de normas, pueden encontrarse referencias en el mencionado trabajo de SANTIAGO VILLALPANDO. (VILLALPANDO 2010; 403/404).

o esferas de la práctica jurídica, especializadas o relativamente autónomas.¹⁹ Lo que antes aparecía como regido por el “derecho internacional general”, aparece ahora como materia de sistemas especializados como el “derecho mercantil”, el “derecho de los derechos humanos”, el “derecho ambiental”, entre otros regímenes especiales con sus propios principios e instituciones.²⁰ Se utiliza la terminología de regímenes especiales, y no de regímenes autónomos *-self-contained regimes-*, en tanto no se trata de bloques totalmente aislados del Derecho Internacional general. Señalan SIMMA y PULKOWSKI que la noción de “*self-contained regimes*” ha sido inadecuadamente interpretada como un argumento a favor de subsistemas legales enteramente autónomos, cuando resulta inconcebible que estos últimos puedan coexistir aislados del Derecho Internacional general en tanto necesariamente siempre habrá un cierto grado de interacción, al menos a nivel interpretativo (SIMMA y PULKOWSKI 2006: 492). Por lo tanto, el término “regímenes autónomos” aparece como engañoso,²¹ más allá de que ha sido utilizado en una ocasión por la Corte Internacional de Justicia.²²

Esta situación de fragmentación podría considerarse como generadora tanto de aspectos positivos como negativos en el sistema normativo internacional. Entre los primeros, podemos mencionar una rápida expansión de la actividad jurídica internacional en nuevos ámbitos, con diversificación de objetos y técnicas.²³ Por otro lado, entre los problemas suele mencionarse el peligro de aparición de normas, principios, sistemas de normas y prácticas institucionales contradictorias e incompatibles entre sí.²⁴ Esto se debe a que cada régimen especial cuenta con sus propios principios, su propia ética, su propia forma de pericia institucional, que no siempre son coincidentes, y además suelen surgir nuevos regímenes con el fin puntual de apartarse de los anteriormente dispuesto por el derecho general, afectando de este modo la unidad del derecho.²⁵

¹⁹ Cfr., ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006) “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional”, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional. Elaborado por Martti Koskenniemi, 58º período de sesiones, disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/80/PDF/G0661080.pdf?OpenElement> [sitio consultado el 30-03-2013]), página 12, párrafo 8.

²⁰ *Ibidem*, página 12, párrafo 8.

²¹ *Ibidem*, página 93, párrafo 152.

²² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso relativo al Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán” (Estados Unidos c. Irán), 24 de Mayo de 1980, p.86. Debe mencionarse, a su vez, que la Corte Permanente de Justicia Internacional utilizó el término en el caso S.S. Wimbledon, pero con una connotación distinta: consideró que las previsiones relativas al Canal de Kiel en el Tratado de Versalles contaban con un carácter autónomo *-self-contained-*, para de ese modo resolver un problema de interpretación entre las obligaciones derivadas del mencionado instrumento jurídico. Véase: CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “Caso del S.S. Wimbledon” (Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón c. Alemania), Serie A. 01, 17 de agosto de 1923, párrafo 23.

²³ Cfr., ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), *supra* nota 19, página 8, párrafo 1.

²⁴ *Ibidem*, página 15, párrafo 14.

²⁵ *Ibidem*, página 15, párrafo 15.

Independientemente de las distintas valoraciones que se han realizado sobre este fenómeno, tanto favorables como desfavorables,²⁶ parecería claro que el intenso desarrollo del Derecho Internacional en las últimas décadas ha generado una importante división de trabajo y especialización. Advierte en este sentido el profesor GEORGES ABI-SAAB que en estos casos se acentúa la necesidad de preservar la unidad del conjunto que permite que la especialización sea posible y cuente con un sentido (ABI-SAAB 1999: 926). Claro que esta necesidad se vuelve más difícil de satisfacer por el efecto centrífugo de la especialización, y en el sistema normativo es función de principios superiores sostener el edificio normativo y mantenerlo unificado (ABI-SAAB 1999: 926). En este sentido, el informe sobre "Fragmentación del Derecho Internacional" elaborado por el Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, y elaborado por MARTTI KOSKENNIEMI, señala al concepto de *jus cogens* como una técnica para la solución de conflictos normativos en Derecho Internacional al establecer una norma de jerarquía en sentido estricto.²⁷ Esto se debe, entre otras razones, al efecto principal del *jus cogens*, tendiente a prevalecer por sobre otras normas de Derecho Internacional, transformándolas en nulas.²⁸

Podría decirse, entonces, que el desarrollo de normas imperativas en Derecho Internacional acarrea la consecuencia positiva de ofrecer un punto de partida para la resolución de eventuales conflictos normativos entre regímenes especiales. Aparecen así las normas de *jus cogens* como una consolidación de la noción de comunidad internacional (BIANCHI 2008: 494), que pasan a reflejar un cuerpo superior jerárquicamente de normas fundamentales (CRIDDLE y FOX-DECENT: 332; KOSKENNIEMI 1997: 566/567). Se observa así una característica de supremacía formal en el plano internacional de las normas perentorias (PETERS 2006: 598), y por ende superiores a tratados y costumbres internacionales contrarias a ellas.²⁹ En este sentido, la solución al problema al menos de la fragmentación sustantiva aparece como un reflejo de lo que se conoce como la dimensión normativa del constitucionalismo en derecho interno, en tanto normas de jerarquía superior, incluso sin el apoyo de mecanismos institucionales, pueden cumplir funciones constitucionales (BIANCHI 2008: 494; CRIDDLE y FOX-DECENT: 332; KOSKENNIEMI 1997: 566/567). La aspiración de ANTONIO CASSESE aparece entonces como una forma de generar unidad en el sistema de normas jurídicas de Derecho Internacional, y por ende su finalidad, planteada a modo de utopía, aparece como digna de ser lograda. La pregunta que debemos resolver ahora tiene que ver no ya con los fines, sino con la implementación de los medios para llegar a tales fines.

²⁶ Estas diferencias de enfoque pueden ser apreciadas a partir del tratamiento que del tema ha realizado la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. En la sesión del año 2000, comenzó a tratarse el tema a partir de un primer informe del profesor austríaco GERHARD HAFNER, titulado "Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional", en el que se hacía hincapié en las distintas dificultades que este fenómeno presentaba y podía presentar a futuro. Esto fue modificado dos años después, debido a que los miembros de la Comisión consideraron que el análisis de la fragmentación del Derecho Internacional a partir de sus "riesgos" resultaba demasiado negativo, y por ello el tema siguió tratándose bajo el título de: "Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional". Véase: (SIMMA 2004: 845).

²⁷ Cfr., ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), *supra* nota 19, página 211, párrafo 365.

²⁸ *Ibidem*, página 208 y ss.

²⁹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Sala de Juicio, "Fiscal c. Furundžija", Sentencia 10 de diciembre de 1998, párrafo 153.

El reconocimiento de normas de *jus cogens* por tribunales internacionales

A partir del desarrollo de los orígenes de la noción de normas de *jus cogens*, se puede afirmar que la misma se encuentra latente en el seno de la comunidad internacional desde hace más de medio siglo. Sin embargo, hasta hace unos años los argumentos basados en normas imperativas no habían sido demasiado utilizados, con la excepción de ciertos tribunales judiciales y arbitrales como *obiter dictum* (CASSESE 2005: 209). Señala CASSESE que incluso hasta el momento no se han logrado determinados efectos que parecerían ser propios de esta clase de normas, como la de anular un tratado, ser utilizadas en desacuerdos legales entre Estados como un argumento central, o ser aplicadas por tribunales internacionales —a diferencia de lo que sucede en tribunales internos— como *ratio decidendi* en sus sentencias (CASSESE 2012: 159). En particular la Corte Internacional de Justicia ha sido históricamente reacia a hacer referencia al *jus cogens* en sus decisiones, tal como se expone en el Informe sobre Fragmentación elaborado por el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional.³⁰ Esto parecería ir en contra tanto de la necesidad de que las normas imperativas sean afirmadas por tribunales imparciales, como del llamado del autor a otorgarle un rol preponderante en la cuestión a la Corte Internacional de Justicia (CASSESE 2012: 168/169), para de ese modo fortalecer el rol del *jus cogens*.

Por fortuna, esta tendencia comenzó a modificarse a partir de la segunda mitad de la década del noventa. Si se deja por un momento de lado la situación en la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pueden mencionarse un puñado de casos donde fue reconocido explícitamente el carácter imperativo de ciertas normas internacionales. Dentro de lo que es el Derecho Internacional Penal, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia consideró a la prohibición de tortura como norma de *jus cogens* de la cual se derivan obligaciones *erga omnes*, así como una serie de efectos con respecto a los ordenamientos jurídicos internos.³¹ Unos años más tarde, el mismo tribunal realizó consideraciones similares sobre la mayor parte de las normas de Derecho Internacional Humanitario, en particular aquellas encargadas de prohibir crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crimen de genocidio.³² Por otro lado, en el caso Al-Adsani, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo que decidir si la violación a la norma imperativa que prohíbe la tortura podría privar al Estado infractor de la inmunidad de jurisdicción con la que cuenta frente a tribunales internos de otro Estado. El Tribunal consideró que esta prohibición efectivamente ha alcanzado el rango de norma imperativa de Derecho Internacional, más allá de que desestimó el argumento tendiente a dejar sin efecto

³⁰ Cfr., ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), *supra* nota 19, página 220, párrafo 378.

³¹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Sala de Juicio, "Fiscal c. Delalić y otros", Sentencia de 16 de noviembre de 1998, párrafo 454; Sala de Juicio, "Fiscal c. Furundžija", *supra* nota 29, párrafos 151 a 157; Sala de Juicio, "Fiscal c. Kunarac y otros", Sentencia de 22 de febrero de 2001, párrafo 466.

³² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Sala de Juicio, "Fiscal c. Kupreškic y otros", Sentencia de 14 de enero de 2000, párrafo 520.

la inmunidad de jurisdicción ante la alegación esta clase de violaciones.³³ La tesis sentada en este caso fue repetida un año después en el caso Kalogeropoulou, con similares fundamentos.³⁴

También algunos tribunales mixtos han jugado un interesante rol en la determinación de normas imperativas en los últimos años, en especial el Tribunal Especial para El Líbano. En la orden del 15 de abril de 2010, fue determinado el derecho de acceso a la justicia como una norma perentoria,³⁵ y un año antes ya se había considerado al derecho toda persona arrestada o detenida a ser puesta a disposición de un modo pronto frente a un juez como norma de *jus cogens*.³⁶ Y a pesar de no ser un tribunal internacional, no puede ser dejada de lado la Observación General número 29 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que consideró a la prohibición de sanciones colectivas como una norma de *jus cogens*.³⁷

Tal como se expresó en los párrafos anteriores, la situación en el marco de la Corte Internacional de Justicia requiere una explicación separada, debido a la tendencia en sus decisiones mayoritarias a no recurrir a normas imperativas al momento de argumentar, incluso cuando la utilización la noción de *jus cogens* podría haber sido convincente (BIANCHI 2008: 502). De todos modos, ya se han mencionado al menos dos opiniones disidentes que sí han centrado sus argumentaciones en la existencia y el contenido de la categoría de normas imperativas en Derecho Internacional, por lo que la Corte no ha sido totalmente ajena a la categoría durante el siglo XX.³⁸ Pero en lo que respecta a las decisiones tomadas por mayoría, muchos consideran al caso Nicaragua c. Estados Unidos de 1986 como el primero en que se hizo referencia a la noción,³⁹ más allá de que sólo se hace mención al concepto a través de una cita a la Comisión de Derecho Internacional y a las partes de la controversia.

Diez años más tarde, la Corte debió recurrir a una construcción artificial, como la de “principios de derecho humanitario que no se pueden transgredir” –*intransgressible principles of humanitarian law*–,⁴⁰ para evitar mencionar la expresión *jus cogens*. Con el mismo fin se ha utilizado el concepto de

³³ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS “Al-Adsani c. Reino Unido”, 21 de Noviembre de 2001, párra. 61.

³⁴ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS “Kalogeropoulou y otros. c. Grecia y Alemania”, 12 de Diciembre de 2002, parte 1.D.1.a.

³⁵ TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO, Presidente, “En el asunto de El Sayed”, Orden del Presidente del 15 de abril de 2010, párrafos 28 a 36. Resulta particularmente relevante a los fines de la investigación, que el Presidente del Tribunal Especial para el Líbano era, en ese momento, el Dr. ANTONIO CASSESE.

³⁶ TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO, Juez de Cuestiones Preliminares, “En el asunto de El Sayed”, Orden del 15 de abril de 2009, párrafo 14.

³⁷ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Observación General número 29, 24 de julio de 2001, párrafo 11.

³⁸ Un análisis detallado de todas las opiniones disidentes que han al menos tratado la cuestión excede a este trabajo. Para una enumeración de estos casos, véase: ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), *supra* nota 19, párrafo 378, nota al pie 529.

³⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua” (Nicaragua c. los Estados Unidos de América), 27 de Junio de 1986, párrafo 190.

⁴⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares”, Opinión Consultiva, 8 de julio de 1996, párrafo 79.

obligaciones *erga omnes*, mencionado por primera vez en el caso Barcelona Traction,⁴¹ para asignar las consecuencias que suelen derivarse de violaciones a normas imperativas en la Opinión Consultiva sobre la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado.⁴² Esta última decisión ha sido considerada como “desafortunada” y tendiente a generar confusión entre dos conceptos distintos, como las normas imperativas y las obligaciones *erga omnes* (BIANCHI 2008: 502).

A pesar de este panorama poco alentador, en los últimos años la Corte Internacional de Justicia ha modificado interesantemente su posición. Fue en el caso de las Actividades Armadas en el Territorio del Congo de 2006,⁴³ donde se utilizó de modo expreso el concepto de normas de *jus cogens*. Esto se debió a que uno de los argumentos de los representantes de la República Democrática del Congo estaba centrado en que la reserva de Ruanda al artículo IX de la Convención contra el Genocidio, que consiste en habilitar la competencia de la Corte Internacional de Justicia en casos de controversias relativos a la Convención, debía ser considerada nula por ir en contra de la prohibición de genocidio como norma imperativa. Y si bien se afirmó que la naturaleza perentoria de la prohibición de genocidio no podía modificar el carácter voluntario y consensual de la jurisdicción de la Corte, se enunció de modo explícito por primera vez la existencia una norma imperativa en la jurisprudencia de este tribunal.⁴⁴ Un año más tarde, en el Caso relativo a la Aplicación de la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Delito de Genocidio, entre Bosnia y Serbia y Montenegro, la Corte Internacional de Justicia reafirmó su posición.⁴⁵

Estos avances terminaron de cristalizarse durante este año 2012 a partir de dos casos paradigmáticos. El primero de ellos se relaciona con la controversia entre Alemania e Italia sobre Inmunities Jurisdiccionales del Estado,⁴⁶ donde se discutió si esas inmunidades debían ceder ante violaciones a normas imperativas, de un modo análogo a los casos presentados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Resulta particularmente interesante el caso, en primer lugar, porque intenta clarificar los límites de las normas de *jus cogens* en relación con la inmunidad de jurisdicción concedida a los Estados, al considerar que un conflicto entre ambas normas nunca podría darse.⁴⁷ Eso se debe a que las normas imperativas de Derecho Internacional Humanitario violadas por Alemania en 1944, como la utilización de nacionales italianos –previa deportación– como mano de obra esclava, cuentan con naturaleza sustantiva, por lo que nunca podrían entrar en conflicto con normas esencialmente procesales,

⁴¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited” (Bélgica c. España), 5 de Febrero de 1970, párrafo 33.

⁴² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado”, Opinión Consultiva, 9 de julio de 2004, párrafo 159.

⁴³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Actividades Armadas en el Territorio del Congo” (República Democrática del Congo c. Ruanda), 3 de Febrero de 2006, párrafos 64 y 125.

⁴⁴ *Ibidem*, párrafo 64.

⁴⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” (Bosnia Herzegovina c. Serbia y Montenegro), 26 de Febrero de 2007, párrafo 161.

⁴⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso relativo a las Inmunities Jurisdiccionales del Estado” (Alemania c. Italia), 3 de Febrero de 2012.

⁴⁷ *Ibidem*, párrafo 93.

como las que regulan la inmunidad de jurisdicción de los Estados.⁴⁸ Independientemente de lo acertado o no de la decisión, resulta interesante que la Corte no sólo haya ofrecido su parecer en este tema, sino que además considere que no se produce conflicto normativo alguno entre la violación de una norma imperativa proveniente de un régimen especial, como es el Derecho Internacional Humanitario, y una norma clásica de Derecho Internacional general. Por otro lado, debemos mencionar que, si bien no ha sido expresado de modo contundente, parecería desprenderse que la Corte considera a ciertas prohibiciones dentro del Derecho Internacional Humanitario, como las de asesinato, deportación y trabajo esclavo en el marco de un conflicto armado, como normas de *jus cogens*.⁴⁹

Por último, en el reciente caso entre Bélgica y Senegal,⁵⁰ la Corte se ha encargado de establecer, de modo sucinto pero en extremo claro, que la prohibición de tortura forma parte del Derecho Internacional consuetudinario, y que se ha convertido en una norma imperativa de *jus cogens*.⁵¹ La única crítica que puede hacerse al respecto, y que luego será retomada al analizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el escaso desarrollo de la prueba de la existencia de la práctica de los Estados y la *opinio juris* necesarias para considerar no sólo la existencia de una norma consuetudinaria, sino también su pertenencia al llamado orden público internacional.

Tras este breve desarrollo sobre el reconocimiento de normas imperativas en tribunales internacionales durante los últimos años, podemos establecer una primera conclusión provisional vinculada con el objetivo que planteaba ANTONIO CASSESE. Esto se debe a que todo parece indicar que el rol de las normas de *jus cogens* aumenta lenta pero progresivamente, y es factible que sigan produciéndose avances en los próximos años. El ejemplo de la Corte Internacional de Justicia, un tribunal en extremo cuidadoso en la utilización de este concepto, resulta clarificador gracias a la modificación progresiva de su tendencia histórica. De todos modos, esto no equivale a afirmar que las recientes decisiones de la Corte Internacional de Justicia se ajusten al Derecho Internacional vigente –algo que en definitiva puede ser discutido–, sino que al menos se ha dado un primer paso hacia el establecimiento de un nuevo rol de estas normas. Por lo tanto, la utopía de contar con un orden público internacional, capaz de regir las relaciones entre sujetos de Derecho Internacional como si se tratase de una constitución en el ámbito interno, parecería no ser tan lejana y utópica. La pregunta que surge, entonces, se relaciona con las consecuencias negativas que podrían derivarse de un exceso en la utilización de estos argumentos, y en el próximo apartado se intentará arribar a una respuesta a partir del ejemplo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁸ *Ibidem*, párrafo 58.

⁴⁹ *Ibidem*, párrafo 94.

⁵⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar” (Bélgica c. Senegal), 20 de Julio de 2012.

⁵¹ *Ibidem*, párrafo 99.

Los excesos de la utopía: la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En un artículo publicado hace unos años, el profesor EZEQUIEL MALARINO advirtió la tendencia de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a apartarse de lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, hasta el punto de haber transformado ese instrumento jurídico en algo muy distinto a lo que en su momento fue pactado entre los Estados (MALARINO 2010: 61). Ese autor calificó a esta característica de la Corte como activismo judicial, debido a la modificación realizada por parte de los magistrados del derecho aplicable de acuerdo a las necesidades sociales en un momento determinado (MALARINO 2010: 29), centrándose en las sentencias pasibles de tener influencia en el Derecho Penal interno de los Estados sometidos a una controversia. Esta peculiaridad puede ser trasladada al método argumentativo utilizado por este tribunal de manera general, y que suele recurrir con asiduidad a las normas de *jus cogens*, como por ejemplo para invalidar previsiones de un tratado,⁵² o para imponer un régimen de responsabilidad agravada para los Estados infractores.⁵³

Lo interesante de la situación se relaciona con que en el apartado anterior pudo observarse como el reconocimiento de normas imperativas por parte de tribunales internacionales respondía a una tendencia relativamente nueva, a pesar de que el concepto en sí mismo ya cuenta con varias décadas de vigencia en el ámbito internacional. Y sin ir más lejos, las normas reconocidas como de *jus cogens* por tribunales como la Corte Internacional de Justicia o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, responden a previsiones normativas que cuentan con ese carácter casi sin discusión, como la prohibición de tortura o genocidio. Por ello, llaman la atención dos aspectos puntuales de la tendencia que puede encontrarse en el Sistema Interamericano. La primera de ellas se relaciona con el amplio número de prohibiciones que, a criterio de la Corte, han adquirido carácter perentorio, entre las que se encuentran las siguientes: crímenes de lesa humanidad,⁵⁴ desaparición forzada de personas,⁵⁵ discriminación,⁵⁶ ejecuciones extrajudiciales,⁵⁷ esclavitud,⁵⁸ ausencia de investigación y sanción de perpetradores de crímenes de lesa

⁵² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam”, sentencia de 10 de Septiembre de 1993, párrafo 57.

⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay”, sentencia de 22 de Septiembre de 2006, párrafos 128-132.

⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, sentencia de 26 de Septiembre de 2006; “Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia”, sentencia de 26 de Mayo de 2010, párrafo 42, entre otras.

⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay”, *supra* nota 53, párrafo 93; “Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala”, sentencia de 26 de Noviembre de 2008, párrafo 91; “Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia de 23 de Noviembre de 2009, párrafo 139. En sentencias posteriores, se extiende la naturaleza imperativa no sólo a la prohibición de cometer desapariciones forzadas, sino también al deber de investigar y sancionar a los responsables. En ese sentido véase, por todos: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Chitay Nech y Otros Vs. Guatemala”, sentencia de 25 de Mayo de 2010, párrafos 86 y 193; “Caso Gelman Vs. Uruguay”, sentencia de 24 de Febrero de 2011, párrafos 75, 99 y 183.

⁵⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, Opinión Consultiva 18/03, 17 de Septiembre de 2003; “Caso Vélez Loor vs. Panamá”, sentencia de 23 de noviembre de 2010, párrafo 248.

⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú”, sentencia de 8 de Julio de 2004, párrafo 76.

humanidad⁵⁹ y crímenes de guerra,⁶⁰ prescripción en casos de crímenes de lesa humanidad,⁶¹ tortura física o psicológica,⁶² y tratamientos inhumanos.⁶³

Este aluvión de normas imperativas reconocidas por la Corte,⁶⁴ a su vez se ve complementada por una preocupante característica, y que se relaciona con el escaso desarrollo de un método para determinar tanto la existencia de estas normas y como su pertenencia a la categoría de *jus cogens* –que presupone una aceptación de la comunidad de Estados en su conjunto–. Si bien estos dos requisitos, que han sido denominados por parte de la doctrina como “doble consentimiento” (PETSCHKE 2010: 243), generan grandes debates a nivel teórico,⁶⁵ parecería claro que el umbral para el reconocimiento de esta clase de normas es considerablemente más alto que el requerido para normas consuetudinarias ordinarias (DE WET 2004: 120). A pesar de ello, la Corte por lo general relega a un segundo plano la comprobación de los elementos que constituirían una norma imperativa, dando por sentado los dos aspectos de su existencia. Este defecto ha sido señalado por diversos autores haciendo particular hincapié en la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (BIANCHI 2008: 494; NEUMAN 2008: 118 y ss.).⁶⁶ Allí se afirmó la existencia de una norma de *jus cogens*, que prohibiría todo tipo de discriminación, y abarcaría los principios de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, citando tan sólo instrumentos de Derechos Humanos pero sin analizar con profundidad los elementos que permitirían afirmar que estamos frente a una norma imperativa aceptada por la comunidad de Estados en su conjunto (NEUMAN 2008: 105-109).

⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam”, *supra* nota 52, párrafo 57.

⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay”, *supra* nota 53, párrafos 131; “Caso La Cantuta Vs. Perú”, sentencia 29 de Noviembre de 2006, párrafos 157 y 160. La Corte hace mención a un eventual “derecho de acceso a la justicia”, pero, como expone GERALD NEUMAN, en los hechos se trata de una verdadera prohibición de no perseguir a los intervinientes en la comisión de crímenes de lesa humanidad. (NEUMAN 2008: 118).

⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala”, sentencia de 24 de Noviembre de 2009, párrafo 140.

⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, *supra* nota 54, párrafo 153.

⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala”, sentencia de 27 de Noviembre de 2003, párrafo 92; “Caso Bayarri Vs. Argentina”, sentencia de 30 de Octubre de 2008, párrafo 81; “Caso Fleury y otros Vs. Haití”, sentencia de 23 de Noviembre de 2011, párrafo 70, entre otras.

⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago”, sentencia de 11 de Marzo de 2005, párrafo 70; “Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia”, sentencia de 11 de Mayo de 2007, párrafo 132; “Caso Familia Barrios Vs. Venezuela”, sentencia de 24 de Noviembre de 2011, párrafo 50, entre otros.

⁶⁴ A su vez, la naturaleza imperativa de ciertas normas también fue enunciada en votos separados, en especial del juez Augusto CANÇADO TRINDADE, entre las que se encuentran ciertas garantías mínimas de Derecho Internacional Humanitario, o un derecho de acceso a la justicia para cualquier violación de derechos. Un breve tratamiento de la cuestión, así como las distintas referencias, puede ser encontrado en: (NEUMAN 2008: 118).

⁶⁵ A modo de ejemplo, autores como CASSESE señalan que para la comprobación de la aceptación de la comunidad de Estados en su conjunto bastaría con probar la aceptación de la norma consuetudinaria por la mayoría de los Estados como norma de jerarquía superior, incluso por omisión, y sin necesidad de acreditar una práctica (CASSESE 2012: 165).

⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, *supra* nota 56.

Pero ese no ha sido el único caso en el que la Corte ha considerado a una prohibición como perteneciente al ámbito del *jus cogens*, olvidándose de justificar su inclusión en tal categoría de normas. Se trata de una cuestión que puede observarse en la mayor parte de las decisiones de la Corte. Tómese como ejemplo, en el caso Goiburú y otros contra Paraguay, donde se determinó el carácter de norma imperativa de la prohibición contra la desaparición forzada de personas en tanto crimen de lesa humanidad. En el voto mayoritario, se señala que estas conductas –llevadas a cabo entre 1974 y 1977– afectan valores o bienes trascendentales para la comunidad internacional y por ende hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden impunes.⁶⁷ Pero más allá de eso, no se hace referencia al momento en que esas conductas pasaron a estar prohibidas en el ámbito internacional, mucho menos a por qué motivos deben ser consideradas como imperativas al día de hoy.

Relacionado con este punto se encuentra la crítica que considera como uno de los mayores peligros para el desarrollo y fortalecimiento de un orden jerárquico internacional basado en normas imperativas, el hecho de que muchos de sus máximos defensores tienden a encontrarlas en todos lados (BIANCHI 2008: 506; RUIZ FABRI 2012: 1052). Si a eso se le suma el recurso a nociones vagas de derecho natural, como la que establece a una conciencia jurídica universal como fuente material última de todo derecho,⁶⁸ se corre el riesgo de remover todo aspecto potencialmente beneficioso del recurso al *jus cogens*. Y es que si se comienzan a considerar a un sinnúmero de normas como imperativas, manipulando los contenidos de las mismas a partir de conceptos permeables acompañados de argumentaciones bien intencionadas –en este caso tendientes en la protección de los individuos en un régimen especializado como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos– pero huecas, se termina por vaciar de contenido a esta categoría de normas. ¿De qué sirve el recurso a las normas de *jus cogens* para resolver eventuales conflictos propios de un sistema jurídico fragmentado, si en definitiva cualquier norma puede ser considerada como imperativa?

Por todo lo expresado, emerge la segunda conclusión, relacionada con la necesidad de imponer límites a la caracterización de normas de *jus cogens*, para no transformar a la categoría en una dudosa herramienta retórica capaz de justificar cualquier decisión (BIANCHI 2008: 501). Esto no significa ir en contra de la aspiración de CASSESE de fortalecer el rol del *jus cogens*, sino que es una de las condiciones necesarias para lograr ese objetivo. La razón es simple: el fortalecimiento tiene que estar acompañado por las condiciones que permitan generar una base sólida de norma perentorias indiscutidas, capaces de dar rienda suelta a un orden público internacional apto para regir las relaciones entre los distintos sujetos de Derecho Internacional dentro de un sistema fragmentado sustantiva e institucionalmente. Las falencias

⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay”, *supra* nota 53, párrafo 128.

⁶⁸ A modo de ejemplo, véase: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay”, *supra* nota 53, Voto razonado del juez CANÇADO TRINDADE, párrafo 14.

argumentativas en los que ha incurrido la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben servir como ejemplo de los límites que no deben sobrepasarse para lograr el objetivo planteado *ab initio*.

Reflexiones finales sobre un futuro no tan utópico

En los apartados previos se ha intentado demostrar que la utopía planteada por el maestro ANTONIO CASSESE está más cercana a la realidad de lo que parecería a simple vista. Por un lado, una reseña histórica permite encontrar antecedentes de la construcción que hoy se conoce como normas perentorias trabajos académicos de los siglos XVII y XVIII, mientras que sus orígenes nos remontan a los votos del juez Schücking en la Corte Permanente de Justicia Internacional.⁶⁹ Por otro lado, la tendencia actual de los distintos tribunales internacionales permite augurar, al menos, un futuro interesante para la noción de normas de *jus cogens*. Es cierto que el rol de estas últimas todavía no resulta tan importante como para configurar en los hechos un verdadero orden público o sistema constitucional en un derecho internacional descentralizado, pero los pronósticos al menos no resultan desalentadores. El hecho de que la Corte Internacional de Justicia, un tribunal que históricamente se mostró reacio a recurrir a la noción, haya comenzado a incluirla en sus decisiones mayoritarias, confirma que ya no se está en presencia de una construcción de índole académica. Los avances que se produzcan en los próximos años serán vitales para demostrar si se trata de casos aislados y sin mayor trascendencia práctica, o si por el contrario han comenzado a consolidarse una serie de normas superiores.

A su vez, el logro del objetivo planteado por el homenajeado podría ofrecer soluciones a los distintos problemas que plantea la fragmentación sustantiva del derecho internacional, a partir del recurso a una serie de normas imperativas que deberían triunfar ante otras de menos jerarquía. No resulta menor el hecho de que el reconocimiento jurisprudencial de normas perentorias se haya producido a partir de decisiones de tribunales judiciales cuya competencia material se corresponde con el objeto de estudio de distintos regímenes especializados, como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o el Derecho Internacional Penal. En ese sentido, las normas imperativas de Derecho Internacional general podrían convertirse en una herramienta de utilidad para ofrecer armonía y racionalidad ante los eventuales conflictos normativos entre regímenes especializados.

Aun así, debe aspirarse al logro de este objetivo de manera prudencial, evitando caer en excesos capaces de poner en jaque los logros que con tanto esfuerzo se han alcanzado en el marco del sistema jurídico internacional. Se ha señalado que varios autores consideran que uno de los principales vicios de quienes intentan fortalecer el rol de las normas de *jus cogens* es la tendencia a encontrarlas en todos lados. La noción misma de una serie de principios de jerarquía superior, capaces de imponerse ante la voluntad de los Estados y otros sujetos de Derecho Internacional, obliga los operadores del sistema a manejarse de manera cautelosa en su reconocimiento. Parecería claro que el método para determinar la

⁶⁹ Sobre el rol del profesor Schücking en la Corte Permanente de Justicia Internacional, véase: (SPIERMANN 2012; 796/799)

existencia de una norma imperativa debería ser más riguroso que el utilizado para normas de rango inferior, y que no basta la mera afirmación de su presencia, sin otros sustentos. Los problemas que se derivan de la actual jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben servir como experiencia para no cometer los mismos errores a futuro. Se recuerda, en ese sentido, que en la jurisprudencia de ese tribunal se ha recurrido a en una importante cantidad de oportunidades a la noción a la que se hace referencia, en ocasiones sin un método claro para su determinación, o recurriendo sólo a nociones de derecho natural.

Queda abierta también la pregunta por los efectos de las normas imperativas en concreto. En el presente trabajo sólo se han examinado sus rasgos generales, así como la aptitud para convertirse en un verdadero orden público internacional, con supremacía formal sobre normas de menor jerarquía. Sin embargo, muchas son las cuestiones que todavía no se han resuelto, y es en este apartado en el que probablemente puedan derivarse consecuencias prácticas de mayor entidad. Las meras declaraciones sobre la existencia de estas normas, como suele suceder en cualquier rama del Derecho, parecería no ser suficiente si en la realidad no se aplican de manera adecuada.

Para finalizar, no se puede menos que agradecer al maestro ANTONIO CASSESE por unas enseñanzas que perdurarán por siempre en la memoria de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, y en todos aquellos que han aprendido las nociones básicas sobre Derecho Internacional a partir de sus obras. Esa aspiración al fortalecimiento del rol de las normas imperativas no sólo fue expresada en esta la obra póstuma que sirvió de punto de partida para la presente investigación, sino que en su rol de Presidente del Tribunal Especial para el Líbano también se encargó de trasladar a la práctica sus concepciones.⁷⁰ Sólo resta esperar que más jueces sigan ese camino, en lo que parecería ser la verdadera utopía de hoy en día.

⁷⁰ TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO, Presidente, "En el asunto de El Sayed", *supra* nota 35.

Bibliografía:

- ABI-SAAB, G. (1999) “Fragmentation or unification: some concluding remarks”. En *NYU Journal of International Law and Politics*, 1999, Vol. 31, N° 4, 919-933, disponible en http://www.pict-pcti.org/publications/PICT_articles/JILP/Abi_Saab.pdf [sitio consultado el 31-03-2013]
- BIANCHI, A. (2008) “Human Rights and the Magic of Jus Cogens”. En *EJIL*, 2008, Vol. 19, N°3, 491-508.
- CASSESE, A. (2005) *International Law. Second Edition*. Oxford, Oxford University Press, 2005.
- CASSESE, A. (2012) "For an Enhanced Role of Jus Cogens". En Cassese [Ed] *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 158-171.
- CRIDDLE, E., y FOX-DECENT, E. (2009) “A Fiduciary Theory of Jus Cogens”. En *Yale Journal of International Law*, 2009, Vol. 33, 331-387.
- DE WET, E. (2004) “The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law”. En *EJIL*, 2004, Vol. 15, N°1, 97-121.
- KOSKENNIEMI, M. (1997), “Hierarchy in International Law: A Sketch”. En *EJIL*, 1997, Vol. 8, 566-582.
- LINDERFALK, U. (2008) “The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora’s Box, Did You Ever Think About the Consequences?”. En *EJIL*, 2008, Vol. 18, N°5, 853-871.
- MALARINO, E. (2010) "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En AMBOS K. Y MALARINO, E. [Coord.], *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, e. V, 2010, 25-61.
- NEUMAN, G. (2008) “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”. En *EJIL*, 2008, Vol. 19, N°1, 101-123.
- PETERS, A. (2006) “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”. En *Leiden Journal of International Law*, 2006, Vol. 19, 579-610.
- PETSCHKE, M. (2010) “Jus Cogens as a Vision of the International Legal Order”. En *Penn State International Law Review*, 2010, Vol. 29, N° 2, p. 233-274.

- RUIZ FABRI, H. (2012) "Enhancing the Rhetoric of Jus Cogens". En *EJIL Journal of International Law*, 2012, Vol. 23, N° 4, 1049-1058.
- SIMMA, B. (2004) "Fragmentation in a positive light". En *Michigan Journal of International Law*, 2004, Vol. 25, 845-848.
- SIMMA, B., y PULKOWSKI, D. (2006) "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law". En *EJIL*, 2006, Vol. 17, N° 3, 483-529.
- SPIERMANN, O. (2012) "Professor Walther Schücking at the Permanent Court of International Justice". En *EJIL Journal of International Law*, 2011, Vol. 22, N° 3, 783-799.
- VILLALPANDO, S. (2010) "The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law". En *EJIL*, 2010, Vol. 21, N°2, 387-419.
- VON VERDROSS, A. (1937) "Forbidden Treaties in International Law". En *American Journal of International Law*, 1937, Vol. 31, N° 4, 571-577.
- YOUNG, M. (2012) "Introduction: The Productive Friction Between Regimes", en Young [Ed] *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 1-19.

Jurisprudencia:

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Observación General número 29, 24 de julio de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam", sentencia de 10 de Septiembre de 1993.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", Opinión Consultiva 18/03, 17 de Septiembre de 2003.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala", sentencia de 27 de Noviembre de 2003.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú", sentencia de 8 de Julio de 2004.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago”, sentencia de 11 de Marzo de 2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay”, sentencia 22 de Septiembre de 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, sentencia de 26 de Septiembre de 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso La Cantuta Vs. Perú”, sentencia 29 de Noviembre de 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia”, sentencia de 11 de Mayo de 2007.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Bayarri Vs. Argentina”, sentencia de 30 de Octubre de 2008.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala”, sentencia de 26 de Noviembre de 2008.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia 23 de Noviembre de 2009.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala”, sentencia de 24 de Noviembre de 2009.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Chitay Nech y Otros Vs. Guatemala”, sentencia de 25 de Mayo de 2010.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia”, sentencia de 26 de Mayo de 2010.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Vélez Loor vs. Panamá”, 23 de noviembre de 2010.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Gelman Vs. Uruguay”, sentencia de 24 de Febrero de 2011.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Fleury y otros Vs. Haití”, sentencia de 23 de Noviembre de 2011.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Familia Barrios Vs. Venezuela”, sentencia de 24 de Noviembre de 2011.

Corte Internacional de Justicia

- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso relativo a la aplicación del Convenio de 1902 sobre la Tutela de los Niños” (Países Bajos c. Suecia), Opinión Separada del juez Moreno Quintana, 28 de Noviembre de 1958.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso relativo al Derecho de Paso por Territorio Indio” (Portugal c. India), Opinión Disidente del juez M. Fernandes, 12 de Abril de 1960.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA “Casos relativos al África Sudoccidental” (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica), Opinión Disidente del juez Kōtarō Tanaka, 18 de Julio de 1966.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited” (Bélgica c. España), 5 de Febrero de 1970.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso relativo al Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán” (Estados Unidos c. Irán), 24 de Mayo de 1980.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua” (Nicaragua c. los Estados Unidos de América), 27 de Junio de 1986.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” (Bosnia Herzegovina c. Serbia y Montenegro), Opinión Separada del juez E. Lauterpacht, 13 de Septiembre de 1993.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares”, Opinión Consultiva, 8 de julio de 1996.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado”, Opinión Consultiva, 9 de julio de 2004, 9 de julio de 2004.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Actividades Armadas en el Territorio del Congo” (República Democrática del Congo c. Ruanda), 3 de Febrero de 2006.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” (Bosnia Herzegovina c. Serbia y Montenegro), 26 de Febrero de 2007.

- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso relativo a las Inmunidades Jurisdiccionales del Estado” (Alemania c. Italia), 3 de Febrero de 2012
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar” (Bélgica c. Senegal), 20 de Julio de 2012

Corte Permanente de Justicia Internacional

- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “Caso del S.S. Wimbledon” (Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón c. Alemania), Serie A. 01, 17 de agosto de 1923.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “Caso Oscar Chinn” (Gran Bretaña c. Bélgica), Opinión Separada del juez M. Schücking, Serie A./B. 63, 12 de diciembre de 1934.

Tribunal Especial para el Líbano

- TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO, Juez de Cuestiones Preliminares, “En el asunto de El Sayed”, Orden del 15 de abril de 2009, párrafo 14.
- TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO, Presidente, “En el asunto de El Sayed”, Orden del Presidente del 15 de abril de 2010.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS “Al-Adsani c. Reino Unido”, 21 de Noviembre de 2001.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS “Kalogeropoulos y otros. c. Grecia y Alemania”, 12 de Diciembre de 2002

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Sala de Juicio, “Fiscal c. Delalić y otros”, Sentencia de 16 de noviembre de 1998.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Sala de Juicio, “Fiscal c. Furundžija”, Sentencia de 10 de diciembre de 1998.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Duško Tadić”, Sentencia de 15 de julio de 1999.

- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Sala de Juicio, "Fiscal c. Kupreškic y otros", Sentencia de 14 de enero de 2000.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Sala de Juicio, "Fiscal c. Kunarac y otros", Sentencia de 22 de febrero de 2001.

Otros documentos e instrumentos internacionales:

- CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, Viena (Austria), 23-05-1969 (e.v. 27-01-1980), UNTS 1115:331.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Derecho de los Tratados, Informe del Relator Especial Sr. Hersch Lauterpacht (A/CN.4/63), en *Yearbook of the International Law Commission*, 1953, Volumen II.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su vigésimo octavo período de sesiones. En *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, Volumen II, parte 2.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones (A/56/10), 2001, New York. Disponible en: <http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a5610.pdf> [sitio consultado el 31-03-2013]
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006) "Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional", Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional. Elaborado por Martti Koskenniemi, 58° período de sesiones, disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/80/PDF/G0661080.pdf?OpenElement> [sitio consultado el 30-03-2013]).

LA NATURALEZA DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS EN EL MERCOSUR. ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA UNIÓN EUROPEA

**Por María del Pilar García Martínez, María de la Paz Herrera
y Sabrina Victoria Olivera**

RESUMEN

Este trabajo trata de establecer puntos de contacto y diferencias entre las opiniones consultivas previstas en la normativa del Mercosur y las cuestiones prejudiciales según su regulación por el derecho comunitario europeo. A esos fines hacemos una exposición sobre la naturaleza y mecanismos de funcionamiento de ambos institutos, para luego analizarlas comparativamente, recurriendo en ambos casos a las normas regulatorias, la doctrina y la jurisprudencia vinculada a la temática. Como conclusión, establecemos que la naturaleza jurídica de las opiniones consultivas tal como existen en la normativa mercosureña es distinta a la de las cuestiones prejudiciales de la Unión Europea pues difieren en cuanto a su efecto vinculante y obligatoriedad para los jueces que las hayan pedido. Sin embargo, ambas encuentran similitud en cuanto a sus objetivos: asegurar la unidad del derecho y la uniformidad en cuanto a su interpretación y aplicación.

PALABRAS CLAVE

Opinión consultiva, cuestión prejudicial, Mercosur, Unión Europea.

THE NATURE OF ADVISORY OPINIONS IN MERCOSUR. COMPARATIVE ANALYSIS WITH THE EUROPEAN UNION

**By María del Pilar García Martínez, María de la Paz Herrera
y Sabrina Victoria Olivera**

ABSTRACT

This paper attempts to establish similarities and differences between advisory opinions under the Mercosur rules and the preliminary rulings of the European Union law. With this aim we make an explanation about the nature and mechanism of both concepts, and then we analyze them comparatively, using regulatory standards, doctrine and jurisprudence link to the topic. In conclusion we express that the legal nature of the advisory opinions in Mercosur is different from the preliminary rulings in the European Union: they differ in their compulsory and binding nature for the judges who have asked it. However, both are similar in their objectives: ensuring the unity of law and the uniformity in their interpretation and application.

KEYWORDS

Advisory opinion, preliminary ruling, Mercosur, European Union.

LA NATURALEZA DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS EN EL MERCOSUR. ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA UNIÓN EUROPEA

Por **María del Pilar García Martínez***, **María de la Paz Herrera****
y **Sabrina Victoria Olivera*****

1. Encuadre general. La función consultiva en la integración

En el campo del derecho internacional se ha desarrollado como práctica la incorporación de mecanismos consultivos con la principal finalidad de unificar los criterios de interpretación para la aplicación de la normativa del sistema u organización del cual se trate, y establecer así una vía para la creación de conductas consensuadas de forma tal que permitan sostener el avance de estructuras internacionales compuestas por diversos participantes.

Nacida de la mano del desarrollo y expansión del derecho internacional, la competencia consultiva de un tribunal internacional enraza su existencia en determinados objetivos comunes, aplicables a cualquier esquema. Entre estos objetivos encontramos la *armonización y unificación de legislaciones*, la importancia en la *construcción de una seguridad jurídica* que coadyuve al proceso del cual es parte el tribunal emisor, y en este sentido, que implique un compromiso y seriedad mayor a dicho proceso en su conjunto y el establecimiento de una *necesaria cooperación judicial* entre el tribunal internacional de que se trate y los tribunales nacionales de los Estados Parte del sistema.

Ante el surgimiento de los procesos de integración, cuya naturaleza se origina a través de la interrelación de Estados en busca de eficacia y maximización en las relaciones económicas organizadas por regiones¹, la incorporación y aplicación de mecanismos de interpretación normativa y consulta jurídica fueron adquiriendo relevancia a medida que los bloques regionales conformados avanzaron en su

* Abogada de la Universidad de Buenos Aires, diploma de honor; docente universitaria Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, Jefa de Trabajos Prácticos (int.) de Derechos Humanos y Garantías en la Facultad de Derecho de la UBA; investigadora en formación del Programa de Acreditación Institucional de Proyectos de Investigación en Derecho DCT 017.

** Abogada de la Universidad de Buenos Aires, diploma de honor; especialista en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca; docente universitaria de las materias Derecho de la Integración e Integración, Constitución Nacional y Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la UBA y Jefa de Trabajos Prácticos en la asignatura Derecho Constitucional II de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo; investigadora en formación del Programa de Acreditación Institucional de Proyectos de Investigación en Derecho DCT 017.

*** Abogada de la Universidad de Buenos Aires, diploma de honor; maestranda en Relaciones Internacionales por la Universidad del Salvador; docente universitaria de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho de la UBA; investigadora en formación del Programa de Acreditación Institucional de Proyectos de Investigación en Derecho DCT 017.

¹“Los acuerdos regionales de comercio de la posguerra significaron, para Europa, una vía de pacificación y para los esquemas de integración en el mundo en desarrollo, un medio de industrializar sus economías (...) En economías

extensión sobre ámbitos políticos y jurídicos, sumándose a las funciones de importancia propias de los sistemas de solución de controversias emergentes.

En este orden de ideas, analizando las características generales de los procesos de integración vigentes, observamos que estos fenómenos adicionan finalidades concretas que deben alcanzarse a través de la competencia consultiva que le es asignada a la institución creada para ello. Así, el desarrollo de la función de consulta en un esquema de integración -además de lo mencionado precedentemente- representa un *elemento necesario del regionalismo*², instala y demuestra *solidez en el proceso de integración* del cual se trate, habilitando espacios de mayor consistencia jurídica, necesarios para la evolución del proceso en su conjunto, convirtiéndose en fuente principal y motor vital de empuje en el camino *hacia la supranacionalidad*.

Para dar un encuadre general, mencionamos a la función consultiva como la competencia de un órgano jurisdiccional de emitir dictámenes sobre cuestiones jurídicas, de acuerdo a lo establecido en su estatuto de conformación. Con su antecedente en la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI, Sociedad de las Naciones)³ la técnica consultiva fue replicándose junto a la aparición de nuevos tribunales internacionales. Entre sus características principales -que la diferencian de la competencia jurisdiccional- encontramos que en el procedimiento de consulta no hay partes que intervienen; el juicio emitido no tiene efecto vinculante, es decir no es obligatorio⁴; se trata de una consulta de carácter técnico y abstracto que se formula con anterioridad a la producción de un conflicto, incluso con la finalidad de evitarlo (RUIZ MIGUEL, 1998).

Si nos ubicamos específicamente en el ámbito del Mercosur, bien como Organización Internacional Regional, bien como proceso de integración latinoamericano en desarrollo, encontramos que la función consultiva está prevista por el derecho originario como una de las competencias del Tribunal Permanente de Revisión (TPR), institución creada por el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur (en adelante, PO), para *"garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales el proceso de integración, de forma consistente y sistemática"*⁵.

Más allá de las características propias de las opiniones consultivas en el Mercosur, que serán ampliadas en los puntos sucesivos, el propio TPR recientemente recordó la consagración de *"un mecanismo hábil para orientar a quienes apliquen a nivel nacional el derecho regional por medio de la formulación de solicitudes de Opiniones Consultivas al TPR, las cuales, a pesar de no vincular al juez solicitante, pueden servir como instrumento*

pequeñas la integración con vecinos de una región tuvo por objeto ampliar el mercado para ganar competencia con economías de escala." NEGRO, 2010.

²Entendido como el "conjunto de (esos) intercambios que tienen lugar en la región. (...) Refleja un fenómeno con alcances político-sociales. Se trata de un espacio con dimensión social que involucra la idea de pertenencia". NEGRO, 2010

³"La atribución de una competencia consultiva a la CPJI tiene su origen en el art. 14 del Pacto de la Sociedad de Naciones", RUIZ MIGUEL, 1998.

⁴Esto es en principio, ya que la práctica y evolución en el funcionamiento de este instituto tanto en la Corte Internacional de Justicia como en la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejan constancia de la autoridad que las opiniones consultivas marcan y delimitan cada sistema.

⁵ Preámbulo del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur.

importante para la mantención de la coherencia y unidad del derecho”, destacando que “las Opiniones Consultivas consisten en un pronunciamiento sobre la interpretación o aplicación del derecho del MERCOSUR, en un caso concreto, tendiente a su correcta y uniforme aplicación”⁶.

La inclusión de este mecanismo en el funcionamiento del Mercosur vislumbra la importancia de contar con herramientas que contribuyan al avance del proceso integracionista, desde la consolidación de las instituciones y sus actos jurídicos, dando trascendencia a la necesaria *“interpretación uniforme del derecho del Mercosur por parte de los tribunales de los Estados parte”* (SOTO y GONZÁLEZ, 2011).

En síntesis, ante los objetivos generales y específicos de toda función consultiva ya mencionados, nos planteamos la realidad en el Mercosur, su esquema de funcionamiento actual, los efectos, sus falencias, apuntando a su análisis desde la intencionalidad de evolución del sistema.

En este sentido, siguiendo la línea de trabajo planteada por el TPR en la Opinión Consultiva N°1/2007, luego controvertida por las siguientes opiniones consultivas (de aquí en más, OC) emitidas, puede entreverse que la facultad otorgada a las Cortes Supremas de los Estados Parte de someter a consulta una *“interpretación jurídica de la normativa del Mercosur (...), siempre que se vinculen con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante”⁷* se asemeja en algún punto con el mecanismo hermenéutico de las cuestiones prejudiciales, o “técnica del reenvío prejudicial” (MANGAS MARTIN y LIÑAN NOGUERAS, 2010.), de manera que advierte sobre la posibilidad de contemplar y evaluar un cambio de rumbo, a futuro, en el funcionamiento del mecanismo consultivo en el Mercosur de manera de alcanzar con mayor éxito y eficacia sus objetivos.

De este modo, planteada la importancia de la función consultiva en toda organización internacional, y en concreto, en todo proceso de integración; habiendo expuesto los principales objetivos que dicha función debe alcanzar, reconociendo la situación actual del contexto mundial, sosteniendo que Latinoamérica es una región en crecimiento y que necesita afianzar sus estructuras de manera que pueda permanecer y desarrollarse entre los esquemas vigentes y futuros, nuestro objetivo en el presente trabajo consiste en analizar la naturaleza de las OC en el Mercosur, luego contraponerlas con el mecanismo de cuestiones prejudiciales en la Unión Europea, para finalmente extraer conclusiones centrales que nos permitan exponer algunos aportes o posibles soluciones contribuyentes al fortalecimiento del Mercosur como proceso integracionista del cual somos parte.

⁶ Circular del TPR N° 120/2012, del 16/04/12, sobre Reglamentación para la solicitud de Opiniones Consultivas por el Supremo Tribunal Federal de la República Federativa del Brasil.

⁷ Artículo 4.1 del Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur, Decisión CMC 37/03.

2. Opiniones consultivas en el Mercosur

a. Regulación normativa. Conceptualización

El PO, luego de una intensa negociación entre los Estados Parte⁸, incluyó dentro de las competencias del TPR la posibilidad de responder consultas jurídicas, a partir de una iniciativa de Uruguay inspirada en la jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Durante la negociación de este instrumento internacional hubieron importantes discrepancias entre las delegaciones de los Estados Parte acerca de la naturaleza y alcance que debían tener las OC. Ello derivó, a partir de la falta de consenso, en el escueto artículo 3 del PO⁹ que facultó al Consejo del Mercado Común (de aquí en más, CMC) a establecer el procedimiento para solicitar OC y definir su alcance, dándole como única directiva clara que esta competencia solamente la ejercería el TPR.

Mientras los Estados fundantes del Mercosur, a nivel nacional, aprobaban el PO (firmado el 18 de febrero de 2002, vigente desde el 1° de febrero de 2004) se desarrollaron, en el marco del CMC, las tareas, que demoraron casi dos años, para redactar la reglamentación del PO. Ésta fue finalmente aprobada en diciembre de 2003 por Decisión CMC 37/03¹⁰.

Esta norma —ejerciendo la facultad que tenía el Consejo— estableció a lo largo de doce artículos las disposiciones vinculadas a las OC, definiendo aspectos materiales y procedimentales tales como la legitimación para solicitarlas —esto es, todos los Estados Partes del MERCOSUR actuando conjuntamente, los órganos con capacidad decisoria, el Parlamento y los Tribunales Superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional¹¹—, los requisitos y procedimiento de las solicitudes, el funcionamiento del TPR para atenderlas y, fundamentalmente, la naturaleza de las OC.

La regulación de las OC se completa con la Decisión CMC 2/07, que establece el procedimiento para que los superiores tribunales nacionales puedan exigir la competencia consultiva del TPR, con la Decisión CMC 15/10 que impone el plazo de sesenta y cinco días para emitir una OC y con el Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR, que legitima a éste órgano para solicitar estos pronunciamientos.

Pasaremos a abordar ahora la conceptualización del instituto.

Según lo apuntado por la doctrina (FERNÁNDEZ ARROYO, 2007; PIZZOLO, 2008) la OC en el Mercosur es una consulta que determinados órganos del sistema de integración o de los Estados

⁸Este documento se negoció entre los miembros fundadores del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Recordemos que hoy Mercosur tiene cinco miembros: a los cuatro fundadores se le sumó formalmente la República Bolivariana de Venezuela el 31 de julio de 2012.

⁹"El Consejo del Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión, definiendo su alcance y sus procedimientos".

¹⁰A esta normativa la denominamos Reglamento del Protocolo de Olivos o RPO.

¹¹Tal como se desprende del art. 2 del RPO y de la Decisión CMC 23/05.

Parte pueden someter al TPR para que éste se pronuncie sobre la interpretación jurídica de las normas emanadas de este espacio integrado. El resultado de la consulta es un producto hermenéutico que establece el alcance de la normativa mercosureña, emanado de un tribunal dotado de competencia para ser el interprete final del derecho originario y derivado del bloque.

Ahora bien, tal como lo establece el propio RPO en su art. 11, estos dictámenes técnico-jurídicos carecen de efecto vinculante para sus solicitantes y no son obligatorios. Luego retomaremos estas ideas y las desarrollaremos.

b. Finalidad.

Este instituto jurídico incluido en el PO y reglamentado por el RPO tiene por finalidad procurar una interpretación uniforme de la normativa del Mercosur, asegurando la plena vigencia de las decisiones que el espacio integrado a través de sus órganos va produciendo, como así también de los acuerdos de carácter intergubernamental adoptados fruto de las negociaciones de los miembros plenos. De este modo, la decisión alcanzada en cuanto al alcance de una norma, completa y complementa a ésta, dotándola de determinación en cuanto a la correcta hermenéutica de sus términos y espíritu.

La necesidad de una interpretación y aplicación igualitaria de las normas originarias y derivadas del Mercosur pasa por el hecho de poder alcanzar los objetivos que se han planteado los Estados Partes al momento de convenir la constitución de este bloque regional: crear un espacio económico integrado, tendiente a un mercado común, garantizando la igualdad de sus miembros¹².

En esta línea la doctrina ha dicho: "... es esencial para los esquemas de integración económica que las normas que los rigen sean interpretadas uniformemente en las distintas jurisdicciones nacionales, porque de esa forma se mantiene el principio de igualdad de los Estados participantes y el derecho aplicable a situaciones originadas por el proceso de integración, tiene el mismo valor y produce igual efecto en todos los países..." (CZAR DE ZALDUENDO, 2009)

En definitiva: "...El lograr una interpretación uniforme aseguraría que la normativa del Mercosur tenga el mismo alcance y aplicación en todos los Estados Partes..." (CZAR DE ZALDUENDO, 2005) y como tal es un objetivo¹³ deseable que intenta alcanzarse mediante el sistema de OC.

Además de lo hasta aquí expuesto, en la OC 1/2007, los Dres. José Antonio Moreno Ruffinelli y Joao Grandino Rodas han expresado en torno a la finalidad del instituto de estudio que "...Las opiniones consultivas, si bien no son vinculantes para el juzgador nacional, constituyen un formidable instrumento de armonización,

¹²Con relación a esto último, es oportuno aclarar que la regionalización se desarrolla mediante la eliminación progresiva de tratamientos diferenciales entre Estados. De esta forma, se distinguen distintos estadios en los procesos: zonas de preferencias arancelarias, zonas de preferencias aduaneras, zonas de preferencias económicas, zonas de libre comercio, unión tarifaria, unión aduanera y por último, el mercado común. Este último se caracteriza por la adopción de políticas económicas y financieras comunes, el alcance de una unión monetaria y una mayor integración en las decisiones. El Mercosur se encuentra en el camino al establecimiento de un mercado común pleno.

¹³De hecho, el preámbulo del PO sobre solución de controversias, en su párrafo cuarto, determina considerar "...la necesidad de garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del Mercosur, de forma consistente y sistemática..."

contribuyendo así, de manera efectiva a la atmósfera de supranacionalidad que debe impregnar como aspiración el avance de todo proceso de integración...". Estos árbitros han entendido que otra funcionalidad de las OC es propender a la constitución de un esquema supranacional merced a un profundo compromiso jurisdiccional con la tarea interpretativa y el progreso jurídico- institucional del bloque.

Por otra parte, se ha pregonado desde la doctrina y la jurisprudencia que las OC son un noble instituto en tanto permitirían evitar el surgimiento de controversias intra-bloque, las que pudieran nacer de las discrepancia existente en los Estados Parte en cuanto a cómo se interpretan y aplican las normas comunes. En este sentido, el hecho de tener un órgano facultado para esclarecer –en caso de vaguedad o ambigüedad de la norma- su alcance, contenido o espíritu, generaría una precisión normativa que desalentaría cualquier conflicto en ese sentido, lo cual, nuevamente importa dotar de uniformidad al derecho del Mercosur.

Sin embargo, para que las OC no se conviertan en una forma de preconstituir prueba antes de llevar un caso al mecanismo regional de solución de controversias, el TPR al momento de recibir la solicitud, deberá evaluarla a los fines de evitar ello como así también el prejuzgamiento. En este sentido Pizzolo ha dicho, retomando las palabras de Czar de Zalduendo: *"...el propio TPR deberá evaluar con sumo cuidado que las opiniones consultivas no se transformen en una `prueba` para conocer de antemano la posición del Tribunal, ya que colocaría a éste en una incómoda situación susceptible de ser tachada de prejuzgamiento. Si bien los Estados partes no pueden individualmente consultar al Tribunal, será difícil que ante la solicitud de uno de ellos los demás países se resistan ante la solicitud a contar con una opinión que, por último, no es de obligatoria observancia..."* (PIZZOLO, 2008).

Importante resulta destacar que conforme lo establece el art. 12 del RPO el TPR no podrán admitirse solicitudes de OC cuando se encuentre en curso cualquier procedimiento de solución de controversias sobre la misma cuestión, esto como forma de emitir un juicio anticipado sobre un caso respecto del cual eventualmente tendrá que expedirse¹⁴.

Finalmente, importa exponer que se ha considerado a las OC como un eficaz instrumento de cooperación judicial entre los sistemas jurisdiccionales nacionales y el propio del Mercosur, en tanto la fluidez del contacto mediante las solicitudes de OC y la aplicación de su resultado permite afianzar la igual aplicación del derecho y también el propio avance del proceso de integración. Aquí resulta oportuno transcribir el párrafo 43 de la OC 1/2008: *"...En lo que guarda relación con la cuestión de compatibilidad o incompatibilidad normativa, la limitación expuesta sobre el objetivo de la OC no inhibe a brindar al órgano requirente los elementos que permitan una clarificación del muchas veces complejo sistema normativo del proceso de integración del Mercosur. No hacerlo, sería negar la misma finalidad que se ha tenido en cuenta al prever en el PO la posibilidad de requerir una opinión consultiva como un mecanismo de cooperación, por medio del cual los órganos jurisdiccionales nacionales pueden interactuar con el TPR..."*.

¹⁴En este mismo sentido el art. 10 del RPO establece que el procedimiento consultivo finalizará si se inicia procedimiento de solución de controversias sobre la misma materia.

c. *Ámbito de aplicación material.*

Tal como lo establece el art. 3.1 del RPO las OC podrán pedirse para evacuar cualquier cuestión de carácter jurídico en la que esté comprendido el Tratado de Asunción¹⁵ (tratado constitutivo del Mercosur), el Protocolo de Ouro Preto (que regula la estructura institucional del Mercosur), los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del TA y las normas conocidas en la Teoría General del Derecho de la Integración como "derecho derivado": las decisiones del Consejo Mercado Común (CMC), las resoluciones del Grupo Mercado Común (GMC) y las directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM).

Como puede apreciarse, el contenido de la consulta debe ser de carácter jurídico, quedando desplazada por imperio del Reglamento comentado cualquier punto tendiente a esclarecer hechos o la relación entre hechos y derecho e incluso la interpretación de las normas de derecho interno de los Estados Parte.

Claramente esto lo ha expuesto el árbitro Wilfredo Fernández de Brix en la OC 1/2007¹⁶, quien recogiendo las palabras del Dr. Moisés Troconis (reconocido jurista venezolano), expuso "...*El Tribunal no puede interpretar sino la ley común; la cuestión a interpretar sólo puede conducir a un juicio de derecho, no a un juicio de hecho; y la providencia del Tribunal no puede ser sino un acto de interpretación, no de aplicación...*"¹⁷.

La función consultiva, en definitiva, implica para el TPR la emisión de un juicio sobre cómo debe entenderse una norma jurídica del Mercosur, resultando de su trabajo una interpretación final sobre el derecho traído a su conocimiento.

Siguiendo esta línea argumental, el TPR en la OC 1/2008, párrafo 41, ha dicho que "...*abordamos la cuestión con la idea de contribuir a clarificar los **aspectos normativos** vinculados al proceso de integración que guardan relación al caso, sin perder de vista la consulta específica...*" (el destacado nos pertenece).

Asimismo, el TPR entendió que su competencia consultiva se extendía al punto tal de poder analizar la compatibilidad de una norma interna de un Estado Parte con el derecho del bloque regional. De esta forma ha dicho "...*Que en las opiniones consultivas, el Tribunal puede entender, con el alcance y las limitaciones de su competencia, sobre la compatibilidad de una norma nacional con el derecho del Mercosur, si bien no le cabe expedirse sobre la constitucionalidad, aplicabilidad o nulidad, cuestión de exclusivo resorte de la jurisdicción nacional...*"¹⁸.

Así, hoy por hoy y con apenas tres productos consultivos, puede sostenerse que el TPR afianza su postura interpretativa, ampliando tímidamente el margen de su competencia. Hoy ya no sólo puede esclarecer el sentido del derecho del Mercosur, también puede analizar y comparar la normativa

¹⁵En adelante, TA.

¹⁶Que dicho sea de paso, fue la primera oportunidad en la que el TPR ejerció la competencia consultiva.

¹⁷OC 1/2007, voto del relator Wilfredo Fernández de Brix, acápite III.B.5.

¹⁸Criterio sentado en la OC 1/2008, punto 5 de la parte dispositiva, el cual es reafirmado en la OC 1/2009, punto 3 de la parte dispositiva.

nacional respecto de su concordancia con las normas del bloque. De este modo, se comienza a construir un pequeño sendero para afianzar el proceso de integración, al menos, a nivel jurídico.

d. Legitimación para solicitarla.

El art. 2 del RPO determina que podrán solicitar OC:

- Todos los Estados Parte del Mercosur actuando conjuntamente.

Como puede apreciarse esta previsión impide que los Estados individualmente considerados puedan formular un pedido de OC, lo cual es una nueva muestra del intergubernamentalismo reinante en el proceso de integración. De esto se desprende que sólo a través del consenso de las delegaciones de los Estados Miembro se podrá acceder al mecanismo de OC, es decir, es necesario un acuerdo generalizado de las representaciones en cuanto a solicitar la OC y su contenido.

- Los órganos con capacidad decisoria del Mercosur, es decir, el CMC, el GMC, el CCM y el Parlamento (cfm. art. 13 Protocolo Constitutivo del Parlamento y decisión 23/05 del CMC), en los que se encuentran representadas las voluntades de todos los Estados Parte mediante sus delegados.

Como puede observarse, estos aspectos de la norma no hacen más que afirmar el carácter intergubernamental no sólo del pedido de OC sino también una característica propia que tiñe todo el proceso de integración. Tal como lo expresa Czar de Zalduendo "...Esta circunstancia no hace más que confirmar la tradicional posición de los países fundadores del Mercosur, que siempre han mostrado una fuerte resistencia a perder el control sobre cada operación de importancia del Mercosur, así como a crear órganos con autonomía respecto de los gobiernos nacionales..." (CZAR DE ZALDUENDO, 2005).

- Los tribunales superiores de justicia de los Estados Parte.

Según lo dice Pizzolo en cuanto a la inclusión de los órganos jurisdiccionales nacionales "... la doctrina ha reconocido que, por primera vez, en lo que va del Mercosur se reconoce protagonismo a la justicia nacional contribuyendo de este modo al objetivo que inspiró la regulación de su faz consultiva: procurar la interpretación uniforme del derecho de la integración..." (PIZZOLO, 2008; DREYZIN DE KLOR, 2005).

Sin embargo para que sea viable el pedido de OC por parte de un tribunal superior nacional es necesario que se haga en el marco de un proceso judicial cuya resolución penda de la interpretación de una norma del espacio integrado, acerca de la cual se tienen dudas y se respeten los requisitos enumerados en la decisión CMC 2/07.

A propósito de esta norma, oportuno resulta advertir que en su art. 1 estipula que "...Cada Tribunal Superior de Justicia de los Estados Partes, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, establecerá las reglas internas de procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas a que se refiere este Reglamento, verificando la adecuación procesal de la solicitud..."

Resulta llamativa esta disposición en tanto delega en manos de las jurisdicciones locales el acceso al TPR mediante las OC, desligándose el CMC de una atribución que le había conferido expresamente el PO.

Por otro lado se ha dicho que "...el art. 1 del Reglamento del Procedimiento para las Solicitudes de Opiniones Consultivas, viola flagrantemente las normas del Mercosur precedentemente citadas, porque de ninguna manera establece un mecanismo que asegure la uniforme interpretación del Derecho del Mercosur en los Estados Partes, dejando a cada país la regulación de las mismas en cuanto al trámite interno se refiere, así como otorgando poderes a cada Corte Suprema de Justicia a la hora de tramitar las opiniones consultivas. Por el contrario, el sistema establecido se estructura de manera tal de producir efectos totalmente contrarios a tales objetivos, y se logra desafortunadamente un derecho derivado que no sólo está en absoluta inconformidad con el pertinente derecho originario, sino que da rienda suelta a la creación de un derecho derivado por cada Estado Parte, lo cual es inconcebible. Además, específicamente viola el art. 3 del PO, pues el Consejo del Mercado Común no definió los procedimientos, sino que los delega inapropiadamente a cada tribunal interno..."¹⁹.

También se han levantado críticas en relación a esta decisión en tanto se ha notado que podía llegar a verse violentada la pretensión de uniformidad en cuanto a la interpretación y aplicación del derecho mercosureño puesto que la norma comentada, en tanto deslinda la regulación para el pedido de OC a los Tribunales Superiores Nacionales, habilita a éstos a decidir sobre la admisibilidad de las solicitudes que –desde los tribunales inferiores nacionales- podrían elevarse²⁰. En este sentido, Czar de Zalduendo se pregunta: "...¿tendrán esos Tribunales la atribución de seleccionar cuáles OC serán trasladadas al Tribunal del Mercosur? La solución no es sencilla, porque esa facultad de depuración (screening) puede ejercerse bajo criterios distintos en cada país y, nuevamente se puede estar creando un instrumento de asimetría entre los países..." (CZAR DE ZALDUENDO, 2005: 71). Con apenas sólo tres OC emitidas²¹, creemos prematuro dar una definición al respecto, más cuando en nuestro país recién el 6 de octubre del 2009 la Corte Suprema ha resuelto en el marco de la causa "Sancor C.U.L. (TF 18.476-A) c/ D.G.A." (fallo S.346.XLIII)²² formular el primer pedido argentino de OC (el que aún el TPR no ha resuelto). Sin perjuicio de ello, corresponde hacer alusión a un anterior pedido de OC formulado en las judicaturas nacionales –en autos caratulados "González, Gonzalo Nicanor c/ Image Factory Servicios de Impresión Ltda." (Expte. G. 1207. XLIII, datado 20 de agosto de 2008)-, siendo considerado extemporáneo por nuestro máximo tribunal nacional en razón de haber sido planteada la cuestión en un recurso de queja –y no en el recurso extraordinario- lo

¹⁹OC 1/2007, voto del relator Wilfredo Fernández de Brix, acápite III.2.A.2.

²⁰En lo que refiere a la cuestión planteada, las reglas para el trámite previo a la remisión de solicitudes de las opiniones consultivas al TPR en nuestro país se hallan previstas en la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 13, emitida el 18 de junio de 2008.

²¹Todas a partir de las solicitudes enviadas por los Superiores Tribunales Nacionales, en el primer caso del de Paraguay (OC 1/2007) y en los sucesivos, del de Uruguay (OC 1/2008 y OC 1/2009), haciendo uso de la legitimación acordada por la decisión CMC 2/2007.

²²El decisorio en mención fue pronunciado a los efectos de establecer si resultan aplicables los derechos de exportación establecidos por la Resolución 11/02 del Ministerio de Economía de la Nación a diversas exportaciones destinadas a países miembros del MERCOSUR, en el marco de un pleito traído a su conocimiento relativo a tal cuestión.

cual habría sido lo procedimentalmente correcto. Ello no obsta, sin embargo, a mantener la sospecha que en este sentido apunta la doctrina.

Otro punto de gran reproche es el tema relativo al pago de los gastos que demandan la emisión de una OC (viáticos y honorarios de los árbitros del TPR, correo postal, reuniones, etc.) en caso de ser éstas solicitadas por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estado Signatarios. El art. 11 de la ya mencionada decisión CMC 2/07 pone en cabeza del Estado consultante la obligación de costearlos. Al respecto puede decirse que esto revela la falta de interés de los Estados Parte en su conjunto en los dictámenes consultivos, y en particular, en cuanto a que las interpretaciones que pudieran ir surgiendo en el TPR fruto del ejercicio de esta competencia permitiría avanzar en el proceso de integración normativa a partir de una visión armonizadora del derecho.

El Dr. Fernández de Brix en oportunidad de ejercer la relatoría de la primera OC emitida por el TPR, expresó que el hecho de que el Estado consultante cargue con el pago de los gastos que ocasiona la excitación de la competencia consultiva, por un lado *"...no garantiza un mecanismo que asegure la participación de los particulares, ya que la forma de pago de los gastos desincentivará con toda duda las opiniones consultivas de todos los países ... [por otra parte] este art. 11 es discriminatorio en cuanto a la forma de pago de las consultas, según provengan de los Órganos del Mercosur, los países o las Cortes Supremas de Justicia. Esto viola la naturaleza y finalidad de la opinión consultiva con lo cual clara y terminantemente se puede hablar de una violación al PO, a su espíritu e intención legislativa... [finalmente] es discriminatorio porque las opiniones consultivas tienen el objetivo de la interpretación y aplicación uniforme del Derecho de Integración del Mercosur, y pagando sólo el Estado Parte del juez consultante, trae como conclusión un beneficio gratuito para los otros Estados Parte. Vale decir, el Estado Parte que hace el esfuerzo por la consolidación institucional y jurídica del Mercosur, paga por todos los demás..."*²³.

Sentado ello y siendo categóricas las argumentaciones expuestas, sólo resta agregar que por unanimidad los árbitros del TPR en ocasión de emitir la OC 1/2007 entendieron necesario *"...recomendar al Consejo Mercado Común la revisión de las Resoluciones n° 02/07 del CMC y n° 02/07 del GMC, en cuanto al pago de los honorarios, en razón de que la opinión consultiva no afecta a un solo país, siendo un mecanismo de cooperación judicial que enriquece el proceso de integración. La opinión consultiva construye el derecho de la integración, por lo tanto todos los países son beneficiarios del mismo, y en consecuencia estos deben soportar los gastos y honorarios correspondientes..."*²⁴.

e. Efecto y carácter

Según el art. 11 del RPO las OC emitidas por el TPR carecen de efecto vinculante y su aplicación no es obligatoria. El efecto no vinculante se refiere a que el órgano que peticiona la opinión no se encuentra comprometido con el producto hermenéutico resultante de la OC y, por lo tanto, no está condicionado a aplicarlo. Lo no obligatorio significa, por su parte, que los órganos legitimados para

²³OC 1/2007, voto del relator Wilfredo Fernández de Brix, acápite III.2.G.vii.

²⁴OC 1/2007, punto resolutorio 5.

solicitarlas, ante una duda acerca del alcance o sentido, no están compelidos a someter la cuestión al TPR para resolverla.

Sin perjuicio de esto, se ha dicho que fundada la opinión consultiva, el dictamen del Tribunal *"...acompañará a la norma convirtiéndose en parte de la misma. Es cierto que no resulta vinculante pero no lo es menos que interpretada por el alto tribunal, no podrá obviarse fácilmente la interpretación que el máximo órgano efectúe de la regla..."* (DREYZIN DE KLOR, 2005).

Desde la doctrina se ha intentado encontrar una justificación a esta disposición y en este sentido si bien, en la mayoría de los esquemas de consulta de los tribunales internacionales se establece la no obligatoriedad de las OC, en el Mercosur la exclusión del carácter vinculante parece estar enmarcada en la gradualidad con que se efectúan las reformas institucionales en este proceso de integración.

Aquellos que sostienen que las OC pueden configurar una herramienta para prevenir conflictos se inclinan por su obligatoriedad, pero podríamos hallarnos ante la posibilidad de una situación de prejuigamiento dentro de un procedimiento que al no contar con los recaudos de un proceso controversial, podría no garantizar ampliamente el derecho de defensa.

Finalmente, corresponde mencionar que *"... en nuestro régimen actual, lamentablemente la mal llamada opinión consultiva no es obligatoria... ni mucho menos vinculante para el juez nacional consultante. En primer término es característica de todo tribunal su imperatividad, pero mucho más que ello con un sistema no obligatorio ni vinculante respecto al magistrado nacional, se desnaturaliza por completo el concepto, la naturaleza, y el objetivo de lo que debe ser un correcto sistema de interpretación prejudicial. Ello atenta principalmente con el objetivo de la consulta del juez nacional en el ámbito de un proceso de integración que es lograr la interpretación de la norma comunitaria de manera uniforme en todo el territorio integrado..."*²⁵.

2. Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea

a. Regulación normativa. Definición

Para poder hablar del instituto de las cuestiones prejudiciales (en adelante CP) en el ámbito de la Unión Europea (UE) es conveniente hacer una mención a la institución implicada y que cuenta con dicha competencia, ya que, a diferencia de otros procesos de integración, en el marco del derecho comunitario europeo, hablamos de un Tribunal de Justicia (TJ), con su Estatuto y su Reglamento de Procedimiento, con todo un trabajo pretoriano ya incorporado, que fue dando forma y consistencia a su existir.

Dentro de sus funciones está la de garantizar que la legislación de la UE se interprete y aplique uniformemente en todos los Estados Miembro; asegurar que no haya sentencias nacionales contradictorias y garantizar el cumplimiento de la ley comunitaria²⁶.

²⁵OC 1/2007, voto del relator Wilfredo Fernández de Brix, acápite III.2.B.4.

²⁶Información disponible en el sitio web oficial del TJ: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/

En este repaso por una de las principales instituciones de la UE, no dejamos de advertir que, como en todas, sus funcionalidades y competencias fueron evolucionando a lo largo de los años de vida desde su creación, en 1952, por el Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (TCECA).

Así, para centrarnos en el tema que nos ocupa, decimos que la regulación normativa de las CP la encontramos, como primera medida, en los Tratados fundacionales (art. 41 TCECA; art. 150 TCEEA), fusionados luego en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), más precisamente en el art. 234 (antiguo 177).

A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las CP quedaron reguladas en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Aún así, tanto el Estatuto (arts. 23 y ss.) como el Reglamento de Procedimiento (arts. 103 y ss) del TJ, como su propia jurisprudencia detallan instrucciones al respecto.

Por último, corresponde mencionar que el propio TJ remitió en su oportunidad a los Estados Miembro una nota informativa referente a las CP a los fines del correcto funcionamiento de dicho instituto, y que, dada la importancia que revistió ese comunicado, fue posteriormente publicado en el Diario Oficial de la UE (DOUE) en el año 2005, lo cual revela el detalle expreso del procedimiento prejudicial²⁷.

A partir de la lectura de la normativa enumerada, podemos definir entonces a las CP como el procedimiento por el cual un órgano jurisdiccional nacional de un Estado Miembro puede o, en su caso, debe consultar al TJ sobre la interpretación o validez del derecho comunitario, en el ámbito del litigio en el que se encuentre inmerso.

Se trata de un procedimiento que aporta seguridad jurídica al derecho comunitario, desde el momento en que su finalidad primera está dada por la búsqueda de aplicación uniforme de ese derecho en toda la UE.

El propio TJ define al planteamiento de las CP por un órgano jurisdiccional nacional: "*El sistema de remisión prejudicial es un mecanismo fundamental del derecho de la Unión Europea, que tiene por objeto proporcionar a los órganos jurisdiccionales nacionales los medios para que la interpretación y la aplicación de este derecho sean uniformes en todos los Estados miembro*"²⁸.

Por tanto, estamos en presencia del procedimiento por el cual, apostando a la cooperación activa entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJ, se vela por la aplicación uniforme del derecho comunitario en la UE, garantizando a su vez una aplicación efectiva y homogénea de la legislación

²⁷DOUE, 11.6.2005, C 143/01. Nota informativa sobre el Planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales.

²⁸DOUE, 11.6.2005, C 143/01. Punto 1.

comunitaria en todos los Estados Parte, y evitando en consecuencia, interpretaciones divergentes por parte de los jueces nacionales.

Pero analizando un poco más la definición, nos centramos en remarcar que este instituto tiene una doble posibilidad de puesta en funcionamiento como también una finalidad dual. En cuanto a la puesta en funcionamiento, el art. 267 del TFUE establece la distinción entre los casos en que los jueces nacionales “*pueden*” utilizar el mecanismo de las CP, y entre los casos en que dichos jueces “*deben*” aplicarlo. Y por su parte, la doble finalidad consiste en aquellos casos en que el TJ deberá *interpretar* el derecho comunitario, o bien pronunciarse sobre su *validez*. Ambos temas a desarrollar más adelante.

Es importante destacar que a través de este mecanismo podemos citar una premisa ya instaurada en el ámbito comunitario, que reza “el juez natural del derecho comunitario es el juez nacional”. Es decir que el juez nacional en su rol diario, dentro de un proceso de integración avanzado, se convierte en juez comunitario ya que desde su accionar debe velar por la integración y por el cumplimiento de las normas de derecho comunitario, aún en los casos de contradicción normativa con el derecho interno del cual es partícipe (GARCÍA MARTÍNEZ, 2007).

Por último, el TJ dejó claramente expresado en su jurisprudencia que “*el espíritu de colaboración que debe presidir el funcionamiento de la remisión prejudicial supone que, por su parte, el juez nacional tenga en cuenta la función confiada al Tribunal de Justicia, que es la de contribuir a la administración de justicia en los Estados miembros y no la de formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas*”²⁹, por lo que, si bien a lo largo del trabajo encontraremos puntos de conexión con las OC del Mercosur, queda sentado desde el comienzo que se trata de institutos diversos y diferenciados.

Cabe mencionar que dentro de las CP, a comienzos del año 2008, se desarrolló el procedimiento prejudicial de urgencia aplicable a las remisiones relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, el cual no será abordado en el presente trabajo, atento que excede del campo de análisis en relación con el espacio integrado Mercosur.

b. Finalidad

El riesgo de que la intervención de la jurisdicción de varios países pusiera en peligro la necesaria unidad en la interpretación y aplicación del derecho comunitario exigía establecer algún sistema de unificación. Los Tratados han optado por un mecanismo de colaboración: la CP, que permite al Tribunal pronunciarse sobre materias de interpretación y validez del derecho comunitario relativas a los litigios presentados ante las jurisdicciones internas.

Decimos, en un plano general, que el derecho comunitario tiene por finalidad la integración y por ello se impone a los órganos jurisdiccionales, siendo éstos los responsables por su correcta aplicación,

²⁹Sentencia del TJ de 21.1.2003. Asunto C-138/00. Considerando 42.

y a la vez, jueces comunitarios. Y al mismo tiempo es sabida la importancia que los Tratados atribuyen al TJ como máximo garante de la interpretación uniforme del derecho comunitario.

Es en el propio instituto de la CP en donde el juez nacional actúa interpretando la normativa comunitaria, y donde será necesario, en pos de la unificación, establecer criterios unánimes para resolver situaciones similares.

Ahora bien, en un ámbito especial, recordamos que "...el procedimiento prejudicial se basa en la colaboración entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales..."³⁰ y su finalidad principal es la correcta aplicación de la normativa comunitaria, sin recaer en función consultiva.

Entonces, analizando ya el propio instituto de las CP, "*la función del Tribunal de Justicia consiste en interpretar el derecho comunitario o pronunciarse sobre su validez, y no en aplicar este derecho a los hechos concretos del procedimiento principal, labor de la que es responsable el órgano jurisdiccional nacional...*"³¹.

En el marco de la CP, siguiendo la redacción del art. 267 TFUE, la finalidad se desdobra en "interpretar" y determinar "validez" de la normativa comunitaria. Esto es mecanismo prejudicial de interpretación y mecanismo prejudicial de validez.

En cuanto a "interpretar", consiste en la elevación de petición de CP por el órgano jurisdiccional nacional al TJ para que éste "interprete" una normativa comunitaria en aquellos casos en que pueda tener dudas por sí mismo o a instancia de parte, sobre cómo debe ser entendida la norma comunitaria, aún cuando el conflicto esté dado con una norma nacional aplicable al litigio.

Por otra parte, es únicamente el TJ quien puede expedirse sobre la validez de la normativa comunitaria creada, ya que los órganos jurisdiccionales nacionales no poseen la facultad de declarar la invalidez de un acto comunitario. Es por ello que recae la obligación sobre la magistratura nacional de plantear una CP de este tipo cuando se le presente, por sí o a instancia de parte, alguna incertidumbre sobre validez de un acto comunitario, es decir, cuando se cuestione la legalidad de la norma invocada. Para ello deberá fundamentar los motivos que determinarían la invalidez.

Sin embargo, hay que resaltar que la finalidad de la CP no recae, bajo ninguna circunstancia, en el análisis y pronunciamiento de las cuestiones de hecho que se generen en el litigio en curso así como tampoco sobre la interpretación o aplicación del derecho interno³².

Concluyendo, corresponde hacer mención a los requisitos formales que el propio TJ en su nota informativa y a través de sus sentencias fue puliendo sobre las CP, con el fin de orientar a los jueces nacionales para la maximización de su utilización y optimización en el logro de los objetivos.

Entre ellos encontramos que el juez nacional debe explicar y fundar las razones por las cuales considera necesaria la interpretación del TJ para concretar su fallo en el caso en el cual se plantea la duda.

³⁰DOUE, 11.6.2005, C 143/01. Punto 3.

³¹DOUE, 11.6.2005, C 143/01. Punto 5.

Así también debe justificar la elección de la normativa sometida a consulta y su relación con la legislación nacional aplicable al litigio³³. En aquellas circunstancias donde "...una disposición pueda aplicarse tanto a situaciones regidas por el derecho nacional como (...) por el derecho comunitario existe un interés comunitario manifiesto en que, (...) reciba una interpretación uniforme..."³⁴, evitando así que se generen diferentes interpretaciones en futuros casos.

De este modo, a los efectos de solicitar una decisión prejudicial, el juez nacional debe definir el contexto fáctico y el régimen normativo, o bien los supuestos de hecho en que se basan las cuestiones que plantea, de modo que la respuesta del Tribunal sea realmente necesaria para la resolución del proceso, respondiendo a necesidades objetivas. En este sentido, también evitar caer en la falta de contribución y de relación entre la posible actuación del Tribunal y el litigio en sede nacional³⁵, ya que en ese caso, el TJ podrá declarar inadmisibile la CP planteada (GARCÍA MARTÍNEZ, 2007).

c. *Ámbito de aplicación material.*

Dentro de las competencias del TJ contenidas en el derecho originario, se desprende de su base jurídica cuál es la normativa sobre la que podrá expedirse el TJ en una CP. La redacción del actual art. 267 TFUE establece:

El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) *sobre la interpretación de los Tratados;*
- b) *sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.*

Así, se "establece un doble objeto de la competencia prejudicial: por una parte, la interpretación de los Tratados y del Derecho derivado (cuestiones prejudiciales de interpretación) y, por otra parte, el examen de la validez de los actos de las Instituciones (cuestiones prejudiciales de apreciación de validez) (MANGAS MARTIN y LIÑAN NOGUERAS, 2010). De esta manera, para los casos en que un juez nacional solicite el mecanismo por interpretación, éste podrá versar sobre normas de derecho originario y sobre normas de derecho derivado. Sin embargo, en este campo, a través de la jurisprudencia se ha dado una interpretación extensiva al concepto de "derecho derivado", incluyendo además de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, sentencias y actos jurisdiccionales del TJ, principios generales del derecho y todos actos normativos típicos o atípicos, vinculantes o no (MANGAS MARTIN y LIÑAN NOGUERAS, 2010).

En conclusión, el ámbito material se encuentra expresamente definido en los Tratados y ampliado en su interpretación por la jurisprudencia. Asimismo, el propio TJ fue el encargado de dejar en

³²DOUE, 11.6.2005, C 143/01. Punto 5.

³³Sentencia del TJ del 21.1.2003, "Bacardi-Martini c/ Newcastle", Asunto C-318/00, Considerando 44 *in fine*.

³⁴Recopilación de Jurisprudencia de la UE, 2000, p. I-11307, Conclusiones del Abogado General Cosmas presentadas el 11 de julio de 2000. Asuntos acumulados C-300/98 y C-392/98, Considerando 40.

claro que bajo ninguna circunstancia podrá ser objeto de mecanismo prejudicial el planteo de cuestiones fácticas o que hagan al uso y aplicación de derecho nacional. Por último, el Tribunal de Justicia de la UE se limita a interpretar las normas, siendo el juez nacional quien aplica dicha interpretación en cada caso concreto.

d. *Legitimación activa.*

El reparto de competencias viene matizado por la tarea que los Tratados atribuyen al TJ como **máximo garante de una interpretación uniforme del derecho comunitario** estableciendo un mecanismo de colaboración en el **reenvío prejudicial**, que permite al TJ pronunciarse sobre cuestiones de interpretación y de validez del derecho comunitario, relativas a los litigios presentados ante las jurisdicciones internas.

Desde ahí, como primera medida, partimos de la noción de que la capacidad de solicitar una CP recae sobre los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembro, no incluyendo a los órganos administrativos. Al efecto, el concepto de órgano jurisdiccional no es el vigente en cada Estado Parte, sino una noción de derecho comunitario, definido por la jurisprudencia en cada caso.

La nota informativa ya referida, en su punto 7 establece que “...cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro, cuando tenga que pronunciarse en un procedimiento a cuyo término se dicte una resolución de naturaleza jurisdiccional, puede plantear, en principio, una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. El Tribunal de Justicia ha interpretado la condición de órgano jurisdiccional como un concepto autónomo de derecho comunitario”.

Dentro de las magistraturas nacionales, hay que distinguir los dos supuestos que delimita el propio art. 267, al asignar al juez nacional la “facultad” u “obligación”, según sea el caso, de solicitar una CP.

El artículo, por un lado, establece la *facultad* a cualquier órgano jurisdiccional nacional de plantear al TJ una CP sobre la interpretación de normativa comunitaria, si es que fuera necesaria para continuar con la resolución del caso que lleva adelante. Mientras que por otro, determina la *obligación* a los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de revisión judicial posterior, a peticionar una CP para resolver el litigio, con la excepción de existir ya jurisprudencia aplicable al caso (doctrina del acto aclarado), o cuando sea evidente la correcta aplicación de la normativa comunitaria (doctrina del acto claro) para el caso en concreto³⁶.

En conclusión, la legitimación para solicitar una CP recae en los jueces nacionales, siendo facultad para todos ellos (ya sea por sí mismos o a instancia de parte), mientras que será obligación bajo responsabilidad para aquellos magistrados que intervengan en un litigio donde su fallo no sea susceptible de posterior revisión (RIECHENBERG, 2007).

³⁵Recopilación de Jurisprudencia de la UE, ob. cit., Considerandos 26-29.

³⁶DOUE, 11.6.2005, C 143/01. Puntos 11 y 12. También en MARTÍNEZ ESTAY, J. 2005)

Cuando hablamos de la responsabilidad, nos referimos a aquella en la que incurre el magistrado nacional que debiendo, conforme a la norma, elevar una CP omite hacerlo. Al respecto, cabe mencionar el caso "Köbler"³⁷ en el cual se advierte la falla del tribunal de última instancia por no haber presentado recurso prejudicial, teniendo en cuenta el derecho invocado por el demandante ante un conflicto de interpretación. Allí, el TJ indicó que el juez de última instancia "...no podía considerar que la solución de la cuestión jurídica controvertida se desprendía de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia o no dejaba lugar a ninguna duda razonable... Por lo tanto, tenía la obligación, con arreglo al artículo 177, párrafo tercero, del Tratado, de mantener su petición de decisión prejudicial..."³⁸.

En lo que respecta a los costos, el procedimiento prejudicial es gratuito, y sólo corresponderán costas fijadas por el juez nacional. Existe, sin embargo, la posibilidad por parte del órgano jurisdiccional nacional de conceder una ayuda para cubrir los gastos ocasionados por su intervención ante el TJ, para la parte que carezca de recursos suficientes³⁹.

e. *Efectos y carácter.*

Una vez presentada la CP, el TJ se pronunciará únicamente sobre los elementos que hayan causado su planteamiento, esto es, estableciendo el criterio hermenéutico que juzga correcto, o expidiéndose sobre la validez de la normativa comunitaria; quedando exclusivamente reservada al tribunal nacional la competencia plena en cuanto a la resolución del litigio principal. Será objetivo del TJ ante una CP, aportar "*una respuesta útil para la solución del litigio, pero es el órgano jurisdiccional nacional quien tendrá que deducir las consecuencias que corresponda y, en su caso, declara inaplicable la norma nacional*"⁴⁰.

Pero acorde al proceso de integración es fundamental el efecto que la decisión del TJ genere ante el espacio integrado europeo. En este punto, dentro de la UE, la sentencia que el TJ expida luego del planteo de una CP tiene fuerza de cosa juzgada. Ésta es vinculante y obligatoria, no sólo para el juez nacional que elevó la cuestión, sino también para todos los demás magistrados nacionales que se encuentren ante una duda hermenéutica o de la validez respecto de la misma norma; facilitando así la cooperación activa entre los jueces nacionales y el TJ, y concretando la aplicación uniforme del derecho comunitario. Se sienta jurisprudencia, propio de un tribunal.

Así, el TJ no responde mediante un mero dictamen, sino mediante una sentencia o auto motivado; y el órgano jurisdiccional nacional destinatario se encuentra vinculado por la interpretación efectuada a la hora de resolver el litigio que se ha planteado. El carácter obligatorio se da para ese caso en concreto y para el resto de los países de la comunidad, los cuales deben aplicar los principios esbozados en la CP cada vez que se hallen ante un caso de iguales características.

³⁷Sentencia del TJ del 30/9/2003, "Gerhard Köbler c/ República Austriaca", Asunto C-224/01.

³⁸Sentencia TJ del 30/9/2003, ob. cit., Considerando 118.

³⁹DOUE, 11.6.2005, C 143/01. Puntos 27 y 28.

⁴⁰DOUE, 11.6.2005, C 143/01. Punto 6.

Mencionando otros efectos, el planteamiento de una CP trae consigo la suspensión del litigio principal hasta tanto se expida el TJ, así como también, en principio, la decisión del TJ tiene efecto retroactivo, aunque dicho alcance podrá ser limitado.

Como vemos, los avances logrados en cuanto a las competencias del TJ apoyan el proceso de integración, haciendo camino hacia la armonización y unificación de normativa, evitando que surjan contradicciones jurídicas que debilitarían la estructura y crecimiento del derecho comunitario. Estas particularidades hacen a la noción de derecho autónomo que se le asigna al derecho comunitario europeo.

3. Conclusiones preliminares

Con carácter previo a la definición de las conclusiones a las que arribamos, es oportuno recordar que en el Mercosur nos encontramos en un estadio de evolución inicial con respecto al grado alcanzado por la UE. En otros términos, este proceso de integración responde a una estructura fundamentalmente intergubernamental, mientras que el ámbito de la UE guarda relación con la figura de la supranacionalidad. En este sentido resulta preciso subrayar que el Mercosur se enmarca en un proceso de cooperación entre los Estados Parte, regulado aún por el Derecho Internacional General⁴¹. En cambio, en la UE –que ya superó ampliamente esta etapa- nos encontramos frente a un proceso de integración normado por el Derecho Comunitario, donde los Estados Miembros atribuyen paulatinamente el ejercicio de ciertas atribuciones a las instituciones comunitarias, produciéndose consecuentemente la transferencia del ejercicio de potestades soberanas a favor del esquema regional (CORCUERA, 2007).

Al decir de la reconocida jurista argentina Aída Kemelmajer de Carlucci, “...*la integración es, a no dudarlo, un fenómeno económico, pero es, fundamentalmente, un fenómeno político que requiere de una sólida construcción jurídica...*” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 1997). Partiendo de la base que tanto las OC del Mercosur como las CP de la UE pretenden asegurar la interpretación y aplicación uniforme del derecho emanado de sus respectivos espacios integrados, de modo tal de garantizar la igual vigencia de aquél en todos los Estados Signatarios y de brindar seguridad jurídica, podemos aseverar que ambos institutos tienen similar finalidad.

Así, corresponde a los respectivos Tribunales velar por la aplicación uniforme de la normativa de integración, evitando sentencias contradictorias, que a su vez puedan producir quiebres en la evolución del proceso de integración. No podemos olvidar que los nuevos espacios integrados que se hallan en pleno desarrollo encuentran un importante avance merced a las interpretaciones que de sus normas realizan los órganos jurisdiccionales, apostando al compromiso, a la conciencia de comunidad y de identidad regional. Las normas prescriptas que fueron analizadas en el presente trabajo referidas al Mercosur configuran -en cierta medida- una labor más dinámica del TPR, constituyendo los cimientos de una base jurisprudencial tendiente a fortalecer el grado de integración perseguido.

⁴¹A fin de ampliar este concepto, se recomienda la lectura de PIZZOLO, 2002.

En relación con el ámbito de aplicación de ambos institutos, podemos advertir que su utilización se circunscribe tanto al derecho originario como al derecho derivado de cada región; todo lo cual reafirma el fin común analizado precedentemente y que refiere a la importancia de evitar interpretaciones hermenéuticas disímiles dentro del mismo ámbito que puedan poner en peligro la correcta aplicación de las normas. Es por ello que ante vacíos legales y/o disposiciones que afecten la uniformidad de dichas interpretaciones, resultan imperiosas las modificaciones pertinentes que echen por tierra cualquier peligro potencial de colisión de actos normativos.

Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso indicar –respecto de la legitimación activa a los fines de plantear estos mecanismos desarrollados- que la única institución habilitada dentro del ámbito del Mercosur es el órgano jurisdiccional superior –es decir, las Cortes Supremas de Justicia de los países integrantes- y otros órganos, tales como los propios Estados por consenso, las instituciones con poderes decisorios y el Parlamento; mientras que en la UE, sólo los órganos judiciales poseen la facultad de plantear la CP ante el TJ.

Respecto a este último extremo, debemos reiterar que tal como se desprende del art. 1 de la ya mencionada Decisión CMC 2/07, cada Tribunal Superior de los Estados Parte del MERCOSUR establecerá las reglas internas para la solicitud de una OC; a tales efectos fueron emitidos los respectivos instrumentos en Argentina (Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 13/2008), Brasil (Emenda Regimental N° 48 de 03 de abril de 2012), Paraguay (Acordada N° 549 de la Corte Suprema de Justicia, del 11 de noviembre de 2008) y Uruguay (Acordada N° 7604 de la Suprema Corte de Justicia, del 24 de agosto de 2007), quedando pendiente la situación de la recién incorporada Venezuela. Entendemos de esta forma que los requisitos y tramitaciones pertinentes difieren en cada ordenamiento jurídico de los Estados involucrados, resultando ser peligroso para los objetivos que se plantean a nivel integracional en lo concerniente a la seguridad jurídica exigida dentro de un sistema de normas. Por tales razones, nos parece atinada la modificación de la Decisión CMC 2/07 sobre este particular, estableciendo los aspectos materiales y procedimentales **comunes** a todos los Estados Partes que deban observarse para la solicitud de una OC en el marco del mercado común que nos convoca.

Cabe mencionar en este estado del trabajo otro punto, en razón del cual se destaca que en el Mercosur, el TPR se convoca al sólo efecto de emitir la OC solicitada, variando en cada caso en concreto la composición de sus integrantes. Como consecuencia de ello, nos hallamos ante la circunstancia de que todos los gastos generados por la convocatoria del tribunal, serán soportados, según la soliciten los Estados parte en su conjunto y las instituciones del Mercosur, o los tribunales superiores nacionales, por el propio presupuesto regional o por cada uno de los Estados Parte, respectivamente. Cabría preguntarse en este sentido, si no correspondería que las erogaciones fueran afrontadas por las arcas del propio mercado común en todos los casos, siendo que la tarea judicial del TPR importa una mejor aplicación de las normas ante la eventualidad de conflictos suscitados entre las partes que conforman el Mercosur.

Otra solución posible sería adoptar los lineamientos seguidos por la UE, en donde el TJ es una institución que cuenta con una composición estable, que no necesita ser convocado y que tiene permanente funcionalidad. En ese sentido, acceder a la solicitud de una CP no implica gastos, más que los establecidos en las costas al momento de la sentencia.

En virtud de ello, se desprende que el acceso a la competencia consultiva se ve condicionado por la decisión del órgano jurisdiccional superior nacional de elevar el pedido de OC, por un lado; y por la viabilidad de la disponibilidad presupuestaria del Estado consultante por el otro. Esta situación en el marco de la UE no se verifica, toda vez que el juez nacional no se ve limitado por una cuestión económica en oportunidad del plantear la CP, ni tampoco necesita implicar al tribunal superior para hacer uso del mecanismo.

Como punto final a destacar, corresponde dedicarle un párrafo especial al carácter y efecto de las OC y las CP. Aquí encontramos el punto de mayor distancia entre ambos institutos, pues, tal como se ha explicado, las OC del Mercosur carecen de efecto vinculante para el juez que las solicita, como así tampoco es obligatoria su petición. A la luz de estas consideraciones y abonando la necesidad de alcanzar la asimilación normativa en el bloque mercosureño, planteamos la conveniencia de prever la obligatoriedad de los magistrados de plantear la cuestión al sometimiento del órgano competente del Mercosur.

A diferencia de lo antedicho, en el ámbito de la UE, ya sea en cualquiera de sus dos caracteres –obligatoria o facultativa–, la interpretación a la que arriba el TJ obliga al juez nacional que la solicitó a acatar la interpretación y aplicarla al caso que dio origen a la misma. A su vez, esta hermenéutica es vinculante para todos los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados Miembro ante litigios similares. De este modo, a nuestro entender, el TJ estaría creando derecho al completar el alcance de la norma sobre la cual se fundó la consulta.

A propósito de lo manifestado por el Árbitro Becerra en el punto C de su voto con motivo de la OC 1/2007: "...En el marco de un sistema de integración, las opiniones consultivas emanadas de un Juez Nacional y dirigidas a un Tribunal Comunitario **deben ser consideradas como interpretaciones prejudiciales**, toda vez que el Juez Comunitario debe interpretar el derecho de integración –en este caso Mercosureño–, quedando claramente definido que la aplicación de la interpretación, resulta de exclusiva competencia jurisdiccional del Órgano Judicial que ha formulado la consulta..." (el destacado es nuestro). Queremos expresar a modo de conclusión, en base a todo el análisis efectuado, que las OC, tal cual se encuentran reguladas en el Mercosur, **no son equiparables** a las CP. Ello, fundamentalmente, por no ser obligatorias ni vinculantes sus interpretaciones ni para los órganos que las solicitan, y mucho menos, para los magistrados nacionales de los Estados Miembro.

En este sentido, si bien en reiteradas oportunidades en las OC que ha emitido el TPR, con el objeto de determinar su naturaleza jurídica, se ha utilizado el término "cuestión prejudicial", lo cierto es

que las OC por las explicaciones apuntadas no pueden de ningún modo ser equiparables a las CP, lo cual pudo haber generado algún equívoco en la esencia del instituto mercosureño.

Confundir los términos o realizar un uso abusivo y/o extensivo de ellos puede confundir a los actores implicados en el proceso: tratar de dotar al Mercosur de mecanismos de los que aún no hay decisión de gozar puede significar una alerta que conspire en el uso de las OC, y en consecuencia, en la natural evolución del proceso.

4. Alternativas para potenciar las opiniones consultivas en el Mercosur

Con el afán de dinamizar el proceso de integración regional en el que Argentina se encuentra involucrado e ir en la búsqueda de solidificar la bases de su estructura institucional y jurídica, proponemos ciertos ejes de reflexión en torno al objeto de este trabajo.

- Extender las posibilidades del procedimiento de las OC a través de la ampliación de la legitimación para solicitarlas, la superación del pago de los costos del procedimiento consultivo a cargo de los Estados de modo que a futuro estos queden comprendidos en el presupuesto del Mercosur y repensar los efectos jurídicos que las OC tengan en cuanto a su obligatoriedad y vinculatoriedad.
- Reforzar el sistema de resolución de conflictos mediante la reconfiguración del TPR como un tribunal jurisdiccional permanente y estable.
- Asimismo sería oportuno pensar en agilizar y simplificar para las partes el procedimiento de solicitud de opinión consultiva, así como reforzar sus efectos, teniendo como ejemplos los modelos de la CIJ y la Corte IDH, donde si bien en principio las OC no tuvieron carácter obligatorio, se fue generando conciencia en la comunidad internacional de que cuentan con una autoridad suficiente para ser incorporadas y respetadas por los Estados, y se contemplan como criterios expuestos por los tribunales internacionales en relación a eventuales futuras controversias a resolver.

Apoderarse de las herramientas del derecho mercosureño, ponerles en práctica, someterlas a un uso cuidadoso pero creativo, puede vigorizar aspectos jurídicos que son necesarios repensar para fortalecer nuestro bloque y llevarlo decididamente a un nuevo peldaño en su desarrollo.

Bibliografía:

- BARBOZA, J. (1999). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires, Zavalía, 1999.
- CORCUERA, S. (2007). “El derecho de la integración frente a los ordenamientos jurídicos estatales en la Unión Europea”. En *La Ley*, 2007-A, 642.
- CZAR DE ZALDUENDO, S. (2009). “Dos opiniones consultivas coincidentes en el Mercosur: ¿nace una jurisprudencia consistente?”. En *La Ley*, supl. Constitucional 2009 (septiembre), 59-67.
- CZAR DE ZALDUENDO, S. (2005). “La competencia consultiva en el Mercosur”. En *La Ley*, 2005, F, 68-75.
- DREYZIN DE KLOR, A. (2005). “El reglamento del Protocolo de Olivos”. En *Revista Latinoamericana de Derecho*, 2005, II, 3, 77-85.
- FERNÁNDEZ ARROYO, D. (2007). “La respuesta del Tribunal Permanente del Mercosur a la primera ‘consulta interpretativa’. Escoba nueva siempre barre más o menos”. En *Jurisprudencia Argentina*, 2007, III, 3-10.
- GARCÍA MARTÍNEZ, M. (2007). “El Rol del Juez Nacional en el Proceso de Integración”. En *Revista Digital Espacios Jurídicos*, disponible en <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PUBLICO/juezintegracion.htm>
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1997). “Nuevamente sobre el juez nacional frente al derecho comunitario”. En *La Ley*, 1997-D, 946.
- MANGAS MARTIN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D. (2010). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2010.
- MARTÍNEZ ESTAY, J. (2005). “El sistema europeo-continental de justicia constitucional: el control de la constitucionalidad en la Unión Europea”. En *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*. 2005, Año 3, N° 2, Universidad de Talca, Santiago, Chile.
- MOYA DOMINGUEZ, M. (2006). *Derecho de la Integración*, Ediar, Buenos Aires, 2006.
- NEGRO, S. (2010). *Derecho de la Integración. Manual*, BdeF, Montevideo, 2010.
- PASTOR RIDRUEJO, J. (2001). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2001.
- PIZZOLO, C. (2008). *Sistema de solución de controversias. Mercosur*. Ediar, Buenos Aires, 2008.
- PIZZOLO, C. (2002). *Globalización e integración: Ensayo de una teoría general: Comunidad Andina, Mercosur, Unión Europea, SICA*, Ediar, Buenos Aires, 2002.

- PIZZOLO, C. (2010). "Derecho e Integración Regional", Ediar, Buenos Aires, 2010.
- RIECHENBERG, K. (2007). "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el recurso prejudicial". Extraído del Seminario "*La Normativa Jurídica del SICA y la Consulta Prejudicial*" en la Corte Centroamericana de Justicia, 22 de marzo de 2007, Managua.
- RIMOLDI DE LADMANN, E. (2006). "República de la India y Mercosur". En *República de la India. Cuadernos de Estudio de las Relaciones Internacionales Asia-Pacífico-Argentina*, 2006, Cuaderno N°3, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales.
- RUIZ MIGUEL, C. (1998). "La función consultiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿Crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?". En FIX-ZAMUDIO, H. (1998) *Liber Amicorum*, Volumen II, publicaciones de la Corte IDH, San José de Costa Rica, 1998.
- SOTO, A. y GONZALEZ, F. (2011). *Manual de Derecho de la Integración*, La Ley, Buenos Aires, 2011.

EL ESTATUS NORMATIVO DE LA PROSTITUCIÓN Y EL PROXENETISMO EN ARGENTINA

Por Juan Iosa

RESUMEN

El trabajo está destinado a evaluar el estatus normativo de la prostitución en Argentina. También, evalúa la constitucionalidad de la prohibición de los prostíbulos en la provincia de Córdoba. La preocupación surge a partir de la promulgación en esta provincia de la denominada "ley de trata". Comienzo analizando el estatus de la prostitución: evalúo si está amparada por la Constitución Nacional (CN) en cuanto protege por un lado el derecho a trabajar (artículo 14) y por otro la autonomía personal (artículo 19). Analizo la jurisprudencia referente al alcance de esta última garantía y muestro, basándome en la tesis de que la mejor lectura de la Constitución Nacional es la liberal, que la actividad bajo análisis goza de protección constitucional. Por último extraigo consecuencias respecto de la prohibición de los prostíbulos.

PALABRAS CLAVE

Prostitución, proxenetismo, ley de trata, acciones privadas de los hombres, principio de autonomía.

THE NORMATIVE STATUS OF PROSTITUTION AND PIMPING IN ARGENTINA

By Juan Iosa

ABSTRACT

The paper is intended to evaluate the normative status of prostitution in Argentina. It also evaluates the constitutional status of the ban on brothels in the province of Cordoba. The concern arises from the enactment in this state of the so-called "law of trafficking". I start by analyzing the status of prostitution: I evaluate whether it is protected by the National Constitution (CN) as it, first, warrants the right to work (section 14) and second, the right to personal autonomy (section 19). I analyze the case law concerning the scope of this last warranty and show -on the basis that the best reading of the Constitution is the liberal one- that the activity under review is constitutionally protected. Finally I draw consequences regarding the ban on brothels.

KEYWORDS

Prostitution, pimping, trafficking law, private actions, principle of autonomy

EL ESTATUS NORMATIVO DE LA PROSTITUCIÓN Y EL PROXENETISMO EN ARGENTINA

Por Juan Iosa*

1) Introducción**

¿Cuál es el estatus normativo de la prostitución en Argentina y, específicamente, en la Provincia de Córdoba? Así planteada la pregunta tiene una respuesta clara e inmediata: Permitido. No hay ninguna ley que prohíba o penalice expresamente el intercambiar el propio cuerpo, la propia vida sexual, por dinero. Sin embargo, ya a partir del año 1936 la aún hoy vigente *Ley 12331 de Profilaxis de Enfermedades Venéreas* prohibía el establecimiento de prostíbulos en los siguientes términos:

Artículo 17.- Los que sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente casas de tolerancia, serán castigados con una multa de doce mil quinientos pesos como mínimo y ciento veinticinco mil pesos como máximo. En caso de reincidencia sufrirán prisión de 1 a 3 años, la que no podrá aplicarse en calidad de condicional. Si fuesen ciudadanos por naturalización, la pena tendrá la accesoria de pérdida de la carta de ciudadanía y expulsión del país una vez cumplida la condena; expulsión que se aplicará, asimismo, si el penado fuese extranjero (texto originario de la ley, con la actualización de multas establecida por ley 24286, artículo 1 inc. 19).

Pero quizás por no estar muy de acuerdo con la moral social argentina de la época en el fondo tolerante con esta práctica, quizás por la falta de presión estatal a favor de la conformidad, quizás por la inflación, la norma citada pronto cayó en desuso, siendo los prostíbulos parte del paisaje del país.

Esto era así también en Córdoba pero sólo hasta el 2012. Pues en mayo de ese año la administración De la Sota sancionó y aplicó la Ley 10.060, llamada "de trata". Como consecuencia en Córdoba se han cerrado al menos la mayoría de los prostíbulos. Dicha ley en lo aquí relevante dispone lo siguiente:

Artículo 1º.- Prohíbese en todo el territorio de la Provincia de Córdoba la instalación, funcionamiento, regenteo, sostenimiento, promoción, publicidad, administración y/o explotación bajo cualquier forma, modalidad o denominación -de manera ostensible o encubierta- de whiskerías, cabarets, clubes nocturnos, boites o establecimientos y/o locales de alterne.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor de Filosofía del Derecho UNC. juaniosa@arnet.com.ar

** Agradezco a Hernán Bouvier y José Peralta, quienes leyeron una versión preliminar de este trabajo, sus observaciones y sugerencias.

Artículo 2º.- Dispónese la inmediata clausura a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, en todo el territorio de la Provincia de Córdoba, de las whiskerías, cabarets, clubes nocturnos, boites o establecimientos y/o locales de alterne, en los términos y condiciones de esta norma y de acuerdo al procedimiento que se establezca por vía reglamentaria, facultándose a la Autoridad de Aplicación a adoptar las medidas necesarias y conducentes a tales fines.

Artículo 3º.- A los efectos de la presente Ley se entiende por whiskería, cabaret, club nocturno, boite o establecimiento y/o local de alterne:

- a) A todo lugar abierto al público o de acceso al público en donde se realicen, toleren, promocionen, regenteen, organicen o de cualquier modo se faciliten actos de prostitución u oferta sexual, cualquiera sea su tipo o modalidad;*
- b) A todos los locales de cualquier tipo abiertos al público o de acceso al público en donde los concurrentes y/o clientes traten con hombres y/o mujeres contratados para estimular el consumo o el gasto en su compañía, y/o*
- c) A todo lugar en donde bajo cualquier forma, modalidad o denominación se facilite, realice, tolere, promocióne, regentee, organice, desarrolle o se obtenga provecho de la explotación de la prostitución ajena, hayan prestado o no las personas explotadas y/o prostituidas y/o que se prostituyen, su consentimiento para ello.*

Artículo 4º.- Incorpórase en el Libro II, Título I, Capítulo I del Código de Faltas de la Provincia de Córdoba -Ley Nº 8431 TO por Ley Nº 9444 y sus modificatorias-, como artículo 46 bis, el siguiente:

“Violación a la prohibición de whiskerías, cabarets, clubes nocturnos, boites o establecimientos de alterne.

Artículo 46 bis.- Sin perjuicio de las penalidades previstas en otros ordenamientos normativos sobre la materia y la clausura total y definitiva del establecimiento, serán sancionados con arresto de hasta sesenta (60) días, no redimible por multa, quienes violen la prohibición dispuesta en todo el territorio de la Provincia de Córdoba, de instalación, funcionamiento, regenteo, sostenimiento, promoción, publicidad, administración y/o explotación bajo cualquier forma o modalidad, de manera ostensible o encubierta de whiskerías, cabarets, clubes nocturnos, boites o establecimientos y/o locales de alterne.”

Como puede verse, en consonancia con la ley nacional, la normativa provincial prohíbe y sanciona la existencia de prostíbulos pero no prohíbe directamente la prostitución: por lo que al derecho refiere, las prostitutas pueden ejercer libremente su actividad en tanto lo hagan fuera de un prostíbulo: en la calle o por sus propios medios.

Ahora bien, ¿es constitucional la prohibición de los prostíbulos? ¿Es una norma válida del derecho argentino? En este artículo trataré de demostrar que esta pregunta tiene una respuesta negativa, ie., que las normas referidas carecen de soporte constitucional.

Sin duda todo sería más sencillo y más honesto si las normas en cuestión penalizaran directamente la prostitución: es claro que esta actividad no es vista con simpatía moral por nuestros legisladores y gobernantes, y combatirla es en parte lo que los llevó a dictar la prohibición de instalar prostíbulos (si la motivación fuera meramente evitar la explotación sexual de menores y de mayores que no consientan la actividad, ie., combatir la trata, la medida racional no sería la clausura de los prostíbulos sino su regulación y control por parte del Estado). Como creo que esta antipatía es en última instancia lo que explica la prohibición de regentear prostíbulos, me detendré primero en el estatus constitucional que tendría una hipotética prohibición de la prostitución. Una vez asentada mi posición al respecto veré si se sigue algo en relación a la prohibición de los prostíbulos, ie., si las conclusiones sostenidas en un ámbito se pueden trasladar al otro.

2) ¿Es trabajo?

En setiembre de 2012, es decir, pocos meses después de dictada la nueva ley en Córdoba, una jueza de Río Segundo falló un recurso de amparo en el que se le solicitaba declare la inconstitucionalidad de la ley en cuestión.¹ Los amparistas (cinco prostitutas y el dueño del local donde ejercían su actividad) se quejaron ante la jueza afirmando entre otras cosas que la nueva ley violaba su derecho a trabajar, a ejercer el comercio y toda industria lícita, (artículo 14 CN). Creo que discutir con este fallo puede ser un buen modo de introducir las cuestiones legales y constitucionales que la ley de trata implica. El argumento contenido en esa decisión puede, a mí entender, reconstruirse en los siguientes términos:

- a) La Constitución Nacional dispone que todos los habitantes tienen derecho a trabajar.
- b) Si la prostitución fuera trabajo gozaría de protección constitucional.
- c) La prostitución no es un trabajo.
- d) En consecuencia la prostitución no goza de la protección de la Constitución y la ley que prohíbe los prostíbulos y locales de alterne en general (dificultando así el ejercicio de la prostitución) no es inconstitucional. De aquí se sigue que la acción de amparo debe ser rechazada.

El punto problemático es la afirmación de que la prostitución no es trabajo. Al respecto el *holding* del fallo sostiene que éste es el caso porque la prostitución “no es un contrato entre cliente y mujer en prostitución, porque no se puede hablar de consentimiento -condición de todo contrato- en condiciones de profunda desigualdad”.² Según el fallo entonces la prostitución no es trabajo -y consecuentemente carece de amparo constitucional- porque no hay consentimiento en el intercambio

¹ Sentencia Numero: Treinta Y Siete (37) en “Rossina, Héctor Raúl Y Otros – Amparo” (Expte. “R”-04/2012 SAC: 623014), fallada por la jueza Maria De Los Ángeles Palacio De Arato, en Río Segundo, Córdoba, el 21/08/2012.

² Considerando VII del fallo.

entre prostituta y cliente y a su vez no hay consentimiento debido a las condiciones de profunda desigualdad en que dicho intercambio se produce.³

El análisis debe determinar entonces primero si es cierto que donde hay prostitución hay condiciones de profunda desigualdad y, segundo, si es cierto que donde hay condiciones de profunda desigualdad no hay consentimiento. Comencemos analizando la primera afirmación. Especifiquemos sus condiciones de verdad. ¿Es una afirmación conceptual? ¿Establece una relación necesaria y a priori entre prostitución y desigualdad? ¿O es, por el contrario, una afirmación empírica?

Tomemos en primer término la afirmación en sentido empírico. Una lectura posible de la tesis tomada en este sentido afirmaría que es un hecho verificable (aunque contingente) que las relaciones de prostitución son todas relaciones en que la prostituta se encuentra en profunda desigualdad. ¿Tenemos razones para considerarla verdadera? Creo que no es el caso. Primero, aquí no se cita ningún estudio empírico que demuestre lo afirmado. Además sería muy difícil que una afirmación con semejante grado de generalidad fuera verdadera. Si bien excepcionales respecto de una mayoría de situaciones en que efectivamente las prostitutas están en condiciones de debilidad, son conocidos los casos en que ellas ejercen su actividad en lo que al menos muchos de nosotros -valoraciones morales a un lado- llamaríamos condiciones privilegiadas de trabajo: buena remuneración si no excelente, pocas horas de trabajo a la semana, etc.⁴

Una segunda lectura podría afirmar que, aunque no universalmente verdadera, la afirmación de desigualdad es típicamente verdadera, que en las relaciones de prostitución existe una desigualdad estructural. A su vez esta desigualdad estructural podría entenderse meramente en términos económicos o también en términos de género. De cualquier modo me parece que esta desigualdad estructural es un hecho y que es un hecho que deben combatirse todas las relaciones de desigualdad. Ahora bien, esto es una razón para combatir la prostitución en situaciones de desigualdad estructural, no para combatir la

³ Supuesto que sea correcta la reconstrucción del fallo arriba ofrecida, a mi juicio la decisión tomada por la jueza, ie., la conclusión de su argumento, no se sigue necesariamente de sus premisas: es una falacia. Ello queda demostrado en virtud de que aún si la prostitución no fuera trabajo, aún cuando no quede amparada por el artículo 14 de la Constitución, bien podría quedar amparada por otra norma como el artículo 19. Claro que si fuera cierta la razón por la que la jueza considera que la prostitución no es trabajo, ie., que no hay consentimiento, entonces esta actividad carecería de amparo constitucional por razones más generales que el hecho de ser o no calificable como trabajo. De modo que también me detendré aquí a evaluar si es cierto que la prostitución excluye necesariamente el consentimiento.

⁴ El revisor anónimo de este trabajo objetó que mi afirmación respecto de la existencia del fenómeno de la prostitución de alto nivel es tan carente de fundamentos empíricos como la afirmación contraria, ie., que toda prostitución es realizada en condiciones de desigualdad manifiesta. Por mi parte no creo que cualquier afirmación empírica requiera fundamentación. Sólo aquellas que puedan ser controvertidas. Y no creo que el fenómeno de la prostitución de lujo pueda ser puesto en cuestión. Sí es importante rescatar la distinción que los estudios empíricos sobre prostitución realizan entre prostitución a nivel de calle (street-level prostitution), el modo de ejercicio de la prostitución en que la prostituta está más expuesta, donde es más vulnerable a la violencia del medio, y otras formas de prostitución en que dicha exposición es menor. La prostitución de lujo no sería sino el extremo opuesto de una clasificación basada en variables económicas y sociales donde la prostitución de calle ocupa el peor lugar. No está de más destacar que la ley de trata de la Provincia de Córdoba pone a todas las prostitutas en situación de calle, es decir aumenta exponencialmente su grado de exposición. Sobre el concepto de prostitución de calle y sobre el grado

prostitución sin más. Es claro (al menos mientras nos movamos en el campo empírico) que puede haber casos de prostitución donde la prostituta no se encuentre en condiciones de desigualdad. Pero estas son buenas razones para regular la actividad de modo de evitar su ejercicio en esas condiciones, no para declararla inconstitucional.

Una tercera tesis podría defender el fallo en cuestión afirmando que allí las condiciones de desigualdad no se predicaban de todas las prostitutas sino sólo de las amparistas. Respecto de ellas la jueza dio por probada esta situación en virtud de los dichos de las mismas prostitutas que exponían como su situación de desamparo las había llevado a prostituirse. Pero no hay nada en el fallo que indique que éste sea el alcance que la jueza da a su idea: ella se refiere genéricamente a "la prostitución". Ahora bien, si aquel fuera el caso entonces el fallo valdría como antecedente sólo respecto de prostitutas en estado de vulnerabilidad, estado que requeriría ser probado en cada caso. Pero ante una nueva presentación de una prostituta que no sufre de desigualdad frente a su cliente, la jueza debería fallar teniendo en cuenta esta situación y por lo tanto considerando trabajo al intercambio en cuestión.

En todo caso, si la afirmación es tomada como lo que es, ie., como una tesis conceptual, como una afirmación universal y a priori, entonces lo que subyace es una valoración del tipo: "la prostitución es una actividad tan degradante que nadie que no esté en una situación de profunda vulnerabilidad (vulnerabilidad que no se entiende aquí sólo en términos económicos) aceptaría ejercerla." Pero lo único que esa afirmación expresa es nuestras creencias y actitudes respecto de qué tipo de vida vale la pena vivir y qué acciones son funcionales a una vida buena. No podemos usar esas valoraciones para imponer modos de vida a otros (CN, artículo 19). De modo que si ésta es la razón de la afirmación de la jueza entonces hay que desecharla como fundamento de una decisión judicial válida.

Ahora bien, concedamos que, al menos típicamente, la prostitución se ejerce en condiciones de profunda desigualdad. ¿Basta esta constatación para negar la existencia de un contrato, o declarar nulos todos los contratos de este tipo en virtud de la carencia de un elemento esencial como es el consentimiento? ¿En qué se diferencia el contrato de prostitución realizado en condiciones de desigualdad respecto del contrato que firma (si es que lo firma) una mucama que trabaja en condiciones de subsistencia para una familia adinerada? ¿Qué sucede con el pasante que se somete a trabajar gratis en una oficina pública durante años con la promesa de que en el futuro podrá ganar un puesto rentado? ¿Estaría dispuesta la jueza a declarar inexistentes o nulos todos los contratos firmados en condiciones de profunda desigualdad? Me parece que si los jueces se tomaran en serio esta idea ello equivaldría al fin del capitalismo. En todo caso en lo que sigue trataré de mostrar que de acuerdo con el derecho argentino la

relativo de exposición de estas prostitutas ver Nancy Romero-Daza, Margaret Weeks, and Merrill Singer, 2003, pp. 233-259.

situación de profunda desigualdad en que, al menos típicamente, se ejerce la prostitución, no implica ausencia de consentimiento: no es causal de inexistencia⁵ ni de nulidad del contrato.

Creo que la tesis de la inexistencia de contrato es insostenible. Aunque no es novedosa, la figura de la inexistencia carece a mi juicio de suficiente estabilidad doctrinaria. Aquí la tomaré en el siguiente sentido: es inexistente el acto jurídico que carece de alguno de los elementos esenciales impuestos por la ley cuando el vicio es tal que queda excluida incluso la *mera apariencia* del acto. Cuando el contrato, por ejemplo carece de consentimiento, objeto, forma, etc. La compraventa es inexistente, por ejemplo, si no hay cosa vendida o precio.⁶

Ahora bien, en el intercambio de dinero por sexo entre prostituta y cliente hay *prima facie* consentimiento, ie., hay apariencia de acto. Puede ser un consentimiento viciado, pero esto en todo caso valdrá como causal de nulidad, no de inexistencia. De lo contrario deberíamos calificar el intercambio entre prostituta y cliente como equivalente a una violación, a una situación de coerción tal que elimina toda apariencia de consentimiento. Pero no creo que estemos dispuestos a asumir la verdad de esta tesis y mucho menos sus consecuencias.

Veamos la cuestión un poco más de cerca. Observemos que la jueza dice que no hay contrato porque no hay consentimiento. Al respecto, la Ley de Contrato de Trabajo afirma

Artículo 4: Concepto de trabajo: Constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración.

Artículo 23: Contrato de trabajo: Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración...

Artículo 47: El consentimiento debe manifestarse por propuestas hechas por una de las partes del contrato de trabajo, dirigidas a la otra y aceptadas por ésta, se trate de ausentes o presentes.

Como puede deducirse de la mera lectura de los artículos relevantes, todos los requisitos establecidos en la ley de contrato de trabajo para que exista contrato y para que exista consentimiento están dados en el intercambio entre prostituta y cliente, ie., no hay nada en la forma del contrato en tanto tal que los excluya. Puede surgir alguna duda sobre la licitud de la actividad, ie., el objeto del contrato

⁵ En el considerando VII de su fallo la jueza afirma en dos oportunidades que la prostitución no es un contrato. Creo que ello basta para afirmar que sostiene la tesis de la inexistencia del contrato.

⁶ Sobre la teoría de la inexistencia puede verse Llambías, 1948:876 y Llambías, 1997:501.

(artículo 953 y 1044, 1066, 1067 del Código Civil), pero recordemos que, tal como estableciera al comienzo, la prostitución es lícita en Argentina. Tampoco, como veremos, pueden considerarse estos contratos como contrarios a la moral y a las buenas costumbres (artículo 953 del Código Civil). El significado de esta expresión es el fijado constitucionalmente. Y el sentido constitucional del término no alcanza a la prostitución (artículo 19 de la Constitución). Por otro lado es cierto que la actividad quedaría mejor encuadrada como un contrato de locación de servicios (regulado por el Código Civil, arts., 1623 - 1647) que como un contrato de trabajo. De todas formas este punto es irrelevante ya que si la prostitución es trabajo a nivel conceptual, aun siendo técnicamente una locación de servicios, quedaría amparada por la Constitución Nacional.

Corresponde entonces revisar si el consentimiento prestado tiene algún vicio que vuelva nulo o anulable el acto. Claramente el contrato de prostitución no es nulo pues las meretrices no son incapaces y tampoco se da al menos típicamente ninguna de las causales de nulidad establecidas en el artículo 1044 del Código Civil. Los vicios del consentimiento pueden sí ser causales de anulabilidad de los contratos. Al respecto el Código se expresa en estos términos:

Artículo 897: "Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad.

Sin duda la jueza al sostener que en el contrato de prostitución está viciado por falta de consentimiento, ie., porque no es un acto voluntario, está pensando que en el caso falta necesariamente la libertad requerida por la ley. Ahora bien, al respecto el Código Civil establece:

Artículo 936: Habrá falta de libertad en los agentes, cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible.

Artículo 937: Habrá intimidación, cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos.

A su vez el artículo 954 del Código, reafirmado luego por lo dispuesto en el artículo 1045, se refiere genéricamente a la anulación por vicios del consentimiento cuando establece:

Artículo 954. Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación.

Ahora bien, ¿considera la jueza que las condiciones de profunda desigualdad son un caso de ausencia de libertad por violencia e intimidación? Sin duda en una relación *típica* entre prostituta y cliente no se dan estas causales de procedencia de la nulidad. Tampoco, por cierto, se da ninguna de las otras causales establecidas en el artículo 954.

La revisión de la normativa relevante me lleva a concluir que el contrato de prostitución no es, en tanto que tal, ni inexistente ni nulo ni anulable. No es cierto que la prostitución se ejerza necesariamente en condiciones de profunda desigualdad y aún si aceptamos, lo que es el caso, que típicamente se ejerce en esas condiciones, ello no implica que el consentimiento esté excluido. Por lo tanto no es cierto que la prostitución no sea trabajo en el sentido legal del término. La jueza está yendo más allá de lo que la ley establece.⁷

3) ¿Es la prostitución una de las acciones privadas de los hombres (artículo 19, CN)?

Supongamos hipotéticamente que la prostitución no es trabajo. Observemos que la prostitución puede no ser trabajo en virtud de razones diferentes de las que aquí se analizaron. Podría simplemente (cosa que de hecho no sucede) ser una actividad ilícita en virtud de haber sido prohibida por alguna ley nacional o provincial o no ser trabajo por alguna otra razón. ¿Significa esto que carece de amparo constitucional y que, por lo tanto, puede ser prohibida u obstruida (y bien puede considerarse obstrucción la prohibición de los prostíbulos) legítimamente? Abajo presentaré las razones por las que creo que esta pregunta debe responderse negativamente.

Comencemos observando que, como bien señala Carlos Nino, los derechos a trabajar, a ejercer el comercio y toda industria lícita, “derivan de un principio general que veda la interferencia en *cualquier* actividad que no cause perjuicio a terceros” (Nino 1984:202). Este “principio de daño”, según nuestro autor, es sólo una manifestación del “principio de autonomía personal”, Nino formula este último principio en los siguientes términos:

“Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución” (Nino 1984: 204).

⁷ Sin dudas puede haber casos en que la prostituta se encuentre en una situación de vulnerabilidad tal que pondríamos en cuestión la afirmación de que ha consentido el acto. Estos serán casos de violencia en el sentido del Código Civil, casos en que el cliente o el proxeneta se aprovecha indebidamente de la situación de la prostituta. Aquí la violencia, claro está, deberá ser probada y no supuesta. Pero mi tesis no afirma que todo acto de ejercicio de la prostitución implica consentimiento. Por el contrario, sólo afirma que, aún para aquellos ejercidos en situación de desigualdad estructural, no es cierto que esté necesariamente excluido.

Claro que si aceptamos que la prostitución no es trabajo porque nunca es una actividad consentida entonces esto último es todo lo que necesitamos para declararla carente de amparo constitucional. Si la prostitución es necesariamente una actividad no consentida entonces no queda protegida por el principio de autonomía que ampara la libre elección de planes de vida ni por el más específico principio de daño: aquí la dañada es la prostituta. Supongamos entonces que los argumentos arriba desarrollados son suficientes para afirmar que el consentimiento no está necesariamente excluido.

La pregunta entonces es la siguiente. Suponiendo que la prostitución no fuera trabajo por razones diversas de la falta de consentimiento ¿implicaría ello que carece de amparo constitucional? En otras palabras ¿cuál sería la calificación jurídica de la prostitución si la consideráramos una actividad no laboral pero consentida? La respuesta depende de si el artículo 19 de la Constitución Nacional recepta o no el principio de autonomía en los términos que pretende Nino.

La lectura alternativa de dicho artículo es la perfeccionista.⁸ Esta teoría sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores.

En lo que hace al objeto de nuestro estudio el argumento perfeccionista sostiene que, aún si fuera una actividad consentida, la mera autodegradación moral que la prostitución implica constituye una razón suficiente para que el derecho la obstaculice, induciendo así a los hombres y mujeres a adoptar modelos de conducta digna.

Pregunto con Nino, “¿por qué no habría de ser la sola inmoralidad de un acto justificativo suficiente para proscribirlo legalmente?... ¿No es acaso un objetivo legítimo del orden jurídico el promover formas de vida más puras y caracteres morales virtuosos?” (Nino 1984:424).

Desde un punto de vista liberal (según Nino el punto de vista de nuestra Constitución) la respuesta es negativa. Pues semejante objetivo está en pugna con la libertad de las personas de elegir y desarrollar sus propios planes de vida sin interferencia de los demás. A los efectos de la justificación de regulaciones y medidas públicas el bien de una persona está dado por la satisfacción de los fines que ella misma se propone y no de ciertos fines postulados como válidos independientemente de la elección de los individuos.

El liberalismo rechaza un modelo de organización social tal que las preferencias de cierta gente (los jueces por ejemplo) respecto de cómo deberían desarrollarse las vidas ajenas, prevalecen sobre las de los titulares de esas vidas.

⁸ En la reconstrucción de las tesis perfeccionistas me he valido del análisis de Nino. Cfr. Nino, 1984: c. V y X.

Ahora bien, ¿recepta el artículo 19 de la Constitución Nacional el principio de autonomía personal en los términos y con el alcance que sugiere Nino, ie., de tal modo que excluye el perfeccionismo? Para determinar si éste es el caso no cabe sino analizar el artículo 19 CN que en lo aquí relevante establece:

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.”

Veamos ahora la lectura que Nino considera correcta:

“Cuando el artículo en cuestión habla de ‘acciones privadas de los hombres’, esta expresión debe interpretarse teniendo en cuenta que ella describe acciones que se distinguen de aquellas que “ofenden la moral pública”. El contraste que la norma establece no es entre las acciones que se realizan en privado y las que se realizan en público, sino entre las acciones que son privadas porque, en todo caso, ellas sólo contravienen una moral privada y las acciones que ofenden la moral pública. En definitiva, la distinción que la norma formula es la que está subyacente en la concepción liberal de la sociedad y que consiste en discriminar las pautas morales referidas al bienestar de terceros de los ideales de excelencia humana, que constituyen una moral privada. El alcance de la moral pública está definido por el propio artículo 19 al presuponer que las acciones que la ofenden son coextensivas con las acciones que perjudican a un tercero; la moral pública es la moral intersubjetiva” (Nino 1984: 426 – 427).⁹

La interpretación de Nino es atractiva y convincente sobre todo para los que tenemos simpatías liberales. Distingue, en línea con Kant, los deberes para consigo mismo y los deberes para con los demás (Kant, 1996: 6, 412). Sólo éstos últimos son, de acuerdo a esta interpretación, susceptibles de ser reforzados con sanciones por el estado. Sin embargo hay una dificultad y nada ganamos con ocultarla. El texto del artículo es claramente ambiguo. Una vez enunciada la ambigüedad habrá que decidir qué interpretación adoptar. Puede que la interpretación de Nino sea la correcta, pero ello requiere argumentación.

En la postura de Nino hay tres conjuntos de acciones: a) las acciones privadas de los hombres, b) las acciones que no ofenden el orden y la moral pública, c) las acciones que no perjudican a terceros. A

⁹ Bien se me puede criticar el discutir sólo la interpretación de Nino del artículo 19. La opción se justifica en que su posición ha marcado el debate en Argentina y en que al adoptar Nino una opción interpretativa en desmedro de la otra, un análisis de sus tesis facilita la discusión de la justificación de dicha opción. No por ello cabe desconocer la producción de la dogmática constitucional sobre el tema. Una rica discusión de los argumentos liberales y

su entender estos conjuntos son coextensivos: se refieren a las mismas acciones (Nino, 1992: 317). Nino lee el artículo como afirmando que 'las acciones privadas de los hombres, *es decir, aquellas* que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública ni perjudiquen a un tercero...'

Pero atendiendo a la gramática del texto se puede ofrecer otra interpretación: lo que indicaría el artículo es que hay un conjunto central de acciones relevantes, las "privadas" y que a su vez este conjunto es restringido por dos calificaciones: si se les ha de atribuir la consecuencia normativa de estar exentas de la autoridad de los magistrados dichas acciones no deben ofender el orden y la moral pública ni, por otro lado, perjudicar a terceros. De ser viable esta interpretación bien podría haber acciones privadas que ofendan la moral pública y/o perjudiquen a terceros. El ejercicio de la prostitución podría ser una de ellas y, consecuentemente, no caer dentro del alcance de la garantía, ie., podría ser sancionada por los magistrados. En otras palabras, el artículo 19 es *prima facie* susceptible de una interpretación perfeccionista. Quizás también se podría construir un argumento para intentar demostrar que la prostitución perjudica a terceros, alguna afirmación del mal ejemplo moral o del potencial contagio que la existencia de la práctica provocaría. Pero a mi juicio los argumentos de este tipo resultan forzados, excesivamente alambicados y hasta bizarros, de modo que no los exploraré aquí.

¿Hay argumentos disponibles que nos lleven a preferir fundadamente una interpretación del artículo 19 a otra? Quizás la cuestión puede al menos simplificarse eliminando algunas opciones posibles por vía de reducción al absurdo. Imaginemos una interpretación perfeccionista del artículo. Tal interpretación distinguiría entre acciones privadas que ofenden la moral pública y acciones privadas que no la ofenden. Pero si 'moral pública' no se contrapone a 'moral privada', es decir si lo que aquí hay no es una distinción entre los deberes para con uno mismo y los deberes para con los demás, entonces habrá que especificar otro significado para el término en cuestión. Seguramente los posibles sostenedores de una interpretación por el estilo entenderán 'moral pública' como equivalente a 'moral social' o "moral positiva", ie., los valores dominantes en una sociedad determinada. Según esta interpretación el artículo debería leerse como afirmando "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan la moral social o positiva..."¹⁰ Lo que habría que determinar ahora es qué significa "ofender".

En un primer sentido, por "ofensa" podemos entender la mera contradicción entre el contenido del acto y lo dispuesto por la moral en cuestión. Si este fuera el caso entonces aún un acto realizado en la intimidad, es decir, sin que nadie se entere, pero que contradice la moral social, ofende esa moral y puede, de llegar a ser de algún modo conocido (por grabaciones por ejemplo), ser legítimamente sancionado por el estado.

perfeccionistas puede encontrarse en Gargarella, 2008: 779 – 796. Discusiones sobre la correcta interpretación del artículo 19 de la Constitución pueden encontrarse en entre otros en Sampay, 1975; Basterra, 2009 y Gelli, 2005.

¹⁰ Una lectura alternativa podría concebir "moral pública" en términos de moral de lo público o moral del estado, ie., razón de estado. Sin embargo, si esta fuera la interpretación adecuada ello equivaldría a la evaporación más absoluta de la garantía. La norma establecería que las acciones que no contradigan razones de estado están exentas de la autoridad de los magistrados. Pero sólo el estado estaría en condiciones de determinar qué es una razón de estado.

Otra interpretación es que la ofensa debe entenderse en el sentido de que se debe cuestionar explícitamente, desafiar públicamente, la moral social. El acto inmoral debe ser hecho en el ámbito público para ofender la moral social o pública. Aquí lo que se protegería es el pudor o sentido moral de los demás. Semejante interpretación abogaría por un sentido deflacionario del derecho a la privacidad como derecho a la intimidad.

Ahora bien, observemos que el artículo dice que, para estar alcanzados por la garantía, los actos privados *de ningún modo* deben ofender la moral pública. Ello parecería indicar que incluso las ofensas conformes con el primero de los sentidos arriba distinguidos, el que entiende "ofensa" como mera contradicción, están fuera del alcance de la garantía. Pero si éste fuera el caso entonces el contenido real de la garantía se evaporaría completamente. Pues es lo mismo afirmar que los actos privados que no contradicen, es decir, que son conformes con la moral social o pública están exentos de la autoridad de los magistrados que decir que sólo los actos conformes con la moralidad social están exentos de dicha autoridad. Lo que a su vez es igual que sostener que los individuos están completamente sometidos a la moral social. Ello equivaldría a una incorporación en masa de la moral social al derecho y a la muerte de cualquier espacio de individualidad.

Creo entonces que podemos descartar esta interpretación por inviable. ¿Qué sucede con la segunda, la que limita el derecho a la privacidad a un derecho a la intimidad? Sobre esta cuestión Nino destaca que "la norma sufre cierta trivialización cuando se la interpreta como si meramente consagrara un derecho a la intimidad, o sea un derecho a mantener un ámbito físico privado en el que la persona esté libre de intromisiones por parte de terceros" (Nino 1984:426). Señala acertadamente que el derecho a la intimidad está presupuesto por el artículo 18 de la Constitución cuando consagra la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y los papeles privados (Nino 1984:426).

Podríamos pensar (de hecho esto es lo que parece pensar Nino) que si suponemos como criterio interpretativo la racionalidad del legislador, entonces no cabe asumir que si éste ya garantizó la intimidad en un artículo la garantice también en otro, ie., que sea redundante. Sin embargo este argumento no es del todo bueno. En el artículo 18 podrían estar garantizadas algunas manifestaciones específicas del derecho a la intimidad mientras que, de ser ésta la interpretación correcta, el principio general estaría contenido en el artículo 19 (Bouvier 2009:4-6). De lo contrario también podríamos acusar al legislador de redundante al garantizar en el artículo 14 el derecho a trabajar y a ejercer industrias lícitas y en el artículo 19 garantizar el derecho a la privacidad (suponiendo aquí que privacidad signifique lo que significa para Nino: toda actividad que no daña a terceros).

A mi parecer podemos acordar con Nino en que las interpretaciones que limitan el artículo 19 a un derecho a la intimidad ofrecen una lectura excesivamente deflacionaria de la garantía constitucional.¹¹

¹¹ Para una lectura deflacionista del principio de autonomía ver el voto de la Dra. Argibay en el fallo "Arriola" considerando 14. Para un análisis del fallo y para argumentos en el sentido de que en el voto de la Dra. Argibay está

Pero no porque este derecho ya esté garantido en otro artículo sino porque, al igual que en la opción interpretativa anterior, el adoptarla implica la evaporación de la garantía o su reducción a un mínimo de protección. Pues lo que el artículo nos estaría diciendo es que están exentas de la autoridad de los magistrados las actividades privadas siempre y cuando se realicen en un ámbito reservado, un espacio donde nadie más que los que participan y consienten la actividad se enteren de la misma. Pero si nadie más que los participantes se entera, esto ya es garantía suficiente de que la actividad quedará exenta de la autoridad de los magistrados. Es cierto que podría darse el caso de intromisión estatal en una situación de intimidad (el estado grabando con cámaras, cual gran hermano, lo que las personas hacen dentro de sus casas, por ejemplo). Pareciera que bajo esta interpretación -y a diferencia de la anterior- el artículo aún funcionaría como garantía. Pero los casos realmente garantidos, si bien muy relevantes, serían muchos menos, dada nuestra práctica social y legal, de los que pudiéramos y sin duda quisiéramos garantizar con una interpretación más amplia del artículo. Lo que tendríamos, en otras palabras, es una significativa reducción de la esfera de libertad individual, justamente la esfera que el artículo está llamado a proteger.¹² Debemos reconocer, sin embargo, que no hay un argumento terminante para excluir esta interpretación. Es una interpretación posible y sólo cabrá eliminarla si mostráramos que hay buenas razones morales y políticas para preferir la interpretación liberal.

Respecto de esta última interpretación Nino, luego de sostener su particular lectura del 19 a partir de los antecedentes históricos de la Constitución y del proceso de elaboración del documento de 1853 (Nino 1992:316 – 317), afirma lo siguiente:

“Pero más que los antecedentes es necesario advertir que el artículo 19 ofrece una magnífica oportunidad de reafirmar el principio de autonomía de la persona, que es el núcleo de una concepción liberal de la sociedad, sólo en la medida en que las descripciones “acciones privadas de los hombres”, “acciones que no ofendan el orden y la moral pública” y “acciones que no perjudiquen a terceros” se entiendan como coextensivas, vale decir, como tres formas de referirse a la misma clase de acciones: las acciones son privadas en la medida en que sólo ofendan una moral privada compuesta por pautas que valoran tales acciones por sus efectos en la vida y el carácter moral del propio agente, y no ofendan en cambio una moral pública constituida por pautas que valoran a tales acciones por sus efectos dañinos o beneficiosos sobre terceros. La posible objeción de que la norma así interpretada sería redundante, se responde teniendo en cuenta que es un recurso legislativo común el empleo de descripciones coextensivas, empleo que tiene valor explicativo” (Nino 1992:316 – 317).

implícita o podría derivarse una interpretación deflacionaria del artículo 19 como garantizando meramente un derecho a la intimidad ver Bouvier 2009:4-6.

¹² Al respecto ver el considerando 6 del voto del juez Petracchi en Bazterrica (Fallos 308:1412).

En otras palabras, Nino cree que ésta es la interpretación correcta porque es la que nos permite leer la Constitución Nacional como una constitución liberal. A su vez Nino considera que una lectura liberal es la mejor lectura moral de la Constitución. Ahora bien, parece haber aquí una petición de principio. ¿Podemos responder a la pregunta sobre si la interpretación liberal (la que ofrece Nino) del artículo 19 es la correcta afirmando que ese es justamente el caso porque ella es la interpretación liberal? No todas las circularidades son viciosas pero en todo caso habrá que demostrar si ésta es una circularidad no viciosa.

Para demostrar que Nino está en lo cierto y que hay que elegir la interpretación constitucional utilizaré el método interpretativo propuesto por Ronald Dworkin. Según Dworkin una teoría de la interpretación se divide en dos partes. Una parte perfecciona y desarrolla la idea de que una interpretación debe adecuarse a los datos que interpreta" (Dworkin 1990:29). Aquí la cuestión central tiene que ver con que la interpretación propuesta debe ajustarse suficientemente a los precedentes y en general a la historia institucional del derecho en cuestión. "Por otro lado, una segunda parte de la teoría tácita de la interpretación de cualquier juez será completamente independiente de esas cuestiones formales. Comprenderá los ideales sustantivos de la moral política que determinan si se ha de preferir una interpretación putativa, porque muestra mejor la práctica jurídica, desde el punto de vista de la justicia sustantiva" (Dworkin 1990:29). Aquí lo relevante, y supuesto que dos interpretaciones se ajusten por igual a la jurisprudencia relevante, es qué interpretación permite ofrecer la mejor lectura de la práctica institucional desde un punto de vista moral. En otros términos, hay que elegir la interpretación que ofrezca la mejor lectura moral de lo establecido por el derecho.

El repaso de la jurisprudencia argentina, ie., de la historia institucional con vistas a la satisfacción del requisito de adecuación, nos permite ver que en diversos tiempos han prevalecido lecturas alternativas del artículo 19.¹³ Así hay por un lado un grupo de sentencias perfeccionistas y deflacionistas del principio de privacidad contenido en el artículo 19. En el mejor de los casos esta interpretación sólo garantizaría un espacio de intimidad pero nada más fuerte. Otro grupo de fallos, o de votos dentro de fallos, afirman que el artículo 19 debe leerse en el sentido del establecimiento de un ámbito de autonomía personal en los términos avalados por Nino.

a) Precedentes perfeccionistas

Como sostiene Nino, más allá de algunos fallos tempranos a favor de una interpretación liberal del artículo 19¹⁴ hasta bien entrado el siglo XX la jurisprudencia de la Corte entendió dicho artículo en un sentido restringido, tal que permitía la interferencia estatal aun cuando las acciones privadas en cuestión

¹³ Para una revisión histórica de las interpretaciones jurisprudenciales del artículo 19 ver Nino, 1992:317 y ss.

¹⁴ (Fallos, 150:419).

no afectaran a terceros. Un hito de perfeccionismo judicial lo tenemos en el fallo "Colavini", de marzo de 1978.¹⁵ Allí la Corte sostuvo que el consumo de drogas es una conducta "viciosa" que determina la desintegración individual y colectiva, con influjos perniciosos en la moral y la economía de los pueblos y su acción sobre la delincuencia común, la subversiva y la destrucción de la familia; sostiene que es lícita toda actividad de Estado destinada a conjurar semejantes riesgos. Los fallos de este tono fueron frecuentes durante el régimen militar.¹⁶

Tras un breve período de dominancia de fallos liberales dictados durante el gobierno de Alfonsín (y que estudiaremos en el apartado siguiente) la Corte retomó la línea perfeccionista en el fallo "Montalvo" de diciembre de 1990.¹⁷ Entre otras razones se declaró que la tenencia de estupefacientes para consumo personal no era alcanzada por la garantía del artículo 19 sobre la base de los siguientes argumentos.

"Que en cuanto a la relación de causalidad entre la figura descripta por el tipo penal y el perjuicio ocasionado, si bien se ha tratado de resguardar la salud pública en sentido material como objetivo inmediato, el amparo (de la norma) se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y, en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad toda... Es que la importancia de los bienes tutelados... determina que interesen a la comunidad en general. Si no fuera así, la sociedad toda y la juventud en particular, podría creer que consumir estupefacientes no es conducta disvaliosa y que al Estado no le interesa que los miembros de la comunidad se destruyan a sí mismos y a los demás..."

Está claro que para la mayoría la mera inmoralidad de una conducta, incluso cuando sólo afecte al actor, es causa suficiente de su represión estatal.

De la misma época, otro importante precedente perfeccionista, ie., que afirma que hay acciones privadas que ofenden la moral pública y que por lo tanto no gozan del amparo de las leyes aun cuando no dañen directamente a terceros, es el voto de la mayoría y especialmente del Dr. Boggiano en el fallo "Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia" del 22 de noviembre de 1991. Allí el referido juez sostuvo que

"Una minoría tolerada requiere siempre de una mayoría tolerante. Pero se podría llegar a una situación en la cual tantas minorías reclamasen tolerancia que ya no pueda haber mayoría ninguna. La democracia

¹⁵ (Fallos, 300:254).

¹⁶ (Fallos, 301:673, 303:1205; 304:1678 y 305:137).

¹⁷ (Fallos, 313:1333).

requiere un sustrato de valores comunes. Y la desintegración de estos valores puede conducir a erosionar la cohesión de la sociedad indispensable para su gobierno mismo. La permisividad que viene rechazada de la instancia anterior pudo razonablemente haberse considerado como una fractura esencial de aquellos valores comunes, pues si el abuso del poder lleva a la tiranía, el abuso de la libertad conduce a la disolución”.¹⁸ “Que la recurrente no ha demostrado que la pública defensa de la homosexualidad con vistas a su aceptación social sea materia ajena a la moral pública, ni que el juicio de la Cámara al respecto pueda tacharse de inconstitucional como interpretación del artículo 19 de la Constitución... Las acciones privadas de los hombres ofenden de algún modo al orden, a la moral pública y perjudican a terceros cuando producen un daño a sus familias o a la sociedad en las que tales acciones repercuten o a sí mismos, pues nadie puede consentir válidamente que se le inflija un serio daño”.¹⁹

b) Precedentes liberales

Antes de ser retomada por la Corte menemista en Montalvo, la línea de decisiones perfeccionistas fue cortada en el fallo Bazterrica del 29/08/86.²⁰ En dicho fallo la mayoría sostuvo:

“Que el artículo 19 CN circunscribe el campo de inmunidad de las acciones privadas, estableciendo su límite en el orden y la moral pública y en los derechos de terceros...”.²¹ Que el accionar del legislador... no puede exceder... el campo de las acciones de los hombres que ofendan la moral pública, al que se refieren las normas morales que se dirigen a la protección de bienes de terceros”.²² “Conviene distinguir aquí la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros. Precisamente, a la protección de estos bienes se dirigen el orden y la moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es, acciones que perjudiquen a un tercero, tal como expresa el artículo 19 CN, aclarando aquellos conceptos. La referida norma impone, así límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el artículo 18, sino aquéllas que no ofendan el orden o la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones”.²³

Particularmente relevante es el voto concurrente del Dr. Petracchi. No es posible aquí reproducir sus diversas y abundantes consideraciones sobre el valor de la autonomía y sobre la correcta

¹⁸ Considerando 11 de su voto.

¹⁹ Considerando 17 de su voto.

²⁰ (Fallos, 308:1412).

²¹ Considerando 4 del voto de la mayoría.

²² Considerando 5 del voto de la mayoría.

²³ Considerando 8 del voto de la mayoría.

interpretación del artículo 19. Baste citar, ya que es un argumento relevante para evaluar si ha de preferirse una interpretación perfeccionista o liberal del artículo 19 y de la CN en general, los siguientes párrafos:

“La idea de la autonomía de la conciencia y la voluntad personal que resulta fundante de la democracia constitucional ha sido también proclamada por el Concilio Vaticano II en el sentido de que, para asegurar la libertad del hombre, se requiere ‘que él actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido y guiado por una convicción personal e interna y no por un ciego impulso interior u obligado por mera coacción exterior...’ Conviene recordar la síntesis acuñada en el siglo pasado por Cooley cuando define el derecho de privacidad como el ‘derecho a ser dejado a solas’, fórmula ya clásica que significa que la persona goza del derecho de ser dejada a solas por el Estado -no por la religión, la moral o la filosofía- para asegurar la determinación autónoma de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formación de su plan de vida en todas las dimensiones fundamentales de ella, plan que le compete personalísimamente y excluye la intromisión externa y más aun si es coactiva... El orden jurídico debe pues, por imperio de nuestra Constitución, asegurar la realización material del ámbito privado concerniente a la autodeterminación de la conciencia individual para que el alto propósito espiritual de garantizar la independencia en la formulación de los planes personales de vida no se vea frustrado... La protección material del ámbito de privacidad resulta, pues, uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de la persona y un rasgo diferencial entre el Estado de Derecho democrático y las formas políticas autoritarias y totalitarias”.²⁴

Por último hay que destacar que si bien esta línea interpretativa fue dejada de lado, como ya vimos, en Montalvo, la Corte en su actual configuración la ha retomado en el fallo “Arriola”. El fallo remite explícitamente a Bazterrica, siendo ésta entonces la interpretación vigente en el derecho argentino.²⁵

4) ¿Cuál es la mejor interpretación moral de la Constitución?

Como vemos la jurisprudencia de la Corte ha derivado entre interpretaciones liberales y perfeccionistas del artículo 19. No podemos solucionar el problema interpretativo en base a la existencia de una única y coherente línea jurisprudencial. Quizás el hecho de que la interpretación hoy vigente sea la liberal sea razón suficiente para que, por principio de autoridad, deba ser considerada como la correcta. Pero en el futuro la opinión de este tribunal puede cambiar. Mejor haríamos en tener argumentos independientes para sustentar nuestra posición.

²⁴ Considerando 8 del voto del Dr. Petracchi.

²⁵ Fallos (A 891 XLIV), Considerandos 11y 29 entre otros.

En última instancia entonces la pregunta por la adecuada lectura del artículo 19 CN se reduce a cuál es la mejor lectura de la Constitución desde el punto de vista moral, y esto, a su vez, a si tenemos razones para optar por el liberalismo por sobre el perfeccionismo o viceversa como doctrinas políticas fundantes de nuestras instituciones. La respuesta obvia para la mayoría de nosotros será que el liberalismo es preferible. Pero esto puede querer decir sólo que nosotros preferimos vivir en sociedades liberales antes que perfeccionistas y autoritarias. Esta preferencia no funcionará sin embargo en contra de aquellos que, como los jueces cuyos fallos perfeccionistas fueron analizados aquí, prefieren vivir en sociedades de este último tipo.

Lo que necesitamos es un argumento moral que muestre que el liberalismo es preferible por sobre el perfeccionismo como principio estructurante de la vida social. Por supuesto este argumento no puede ser ofrecido en un texto cuya única pretensión es evaluar el estatus normativo de la prostitución en Argentina y la constitucionalidad de la prohibición de los prostíbulos en Córdoba. Sólo cabe decir, siguiendo a en términos generales a Kant, que una acción confiere valor moral al agente en tanto la razón por la que la persona la realiza es el hecho mismo de que esa acción es valiosa (Kant, 2002: 4,397). Si la realización de una acción o una omisión (y más aun cuando nos referimos a una acción u omisión privada en el sentido que no interfiere con intereses de terceros) nos es impuesta heterónomamente por el estado, entonces su realización no aporta a la virtud de nuestro carácter. Más aun si lo impuesto es no una acción concreta sino el modo mismo de vivir nuestras vidas. Sobre el punto no cabe sino recordar la más arriba reproducida afirmación del Dr. Petracchi en Bazterrica. Como vimos, haciendo suyas las palabras del Concilio Vaticano II, Petracchi sostenía que libertad del hombre, requiere "que él actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido y guiado por una convicción personal e interna y no por un ciego impulso interior u obligado por mera coacción exterior." Hay muchas otras razones para evitar el perfeccionismo en nuestras instituciones. Pero el hecho de que nos impida vivir vidas moralmente valiosas no es la menor.

Por supuesto que éste no es un argumento acabado a favor del liberalismo ni pretende serlo. En todo caso se me podrá imputar, tal como aquí imputé a Nino, una petición de principio. Pero ello no es demasiado problemático porque hoy son pocos los que explícitamente contradicen que el liberalismo sea no sólo la doctrina política de hecho fundante de nuestras instituciones y, particularmente de la Constitución Nacional sino también la que debe fundarlas. Ahora bien, si esto es así y, en consecuencia, la lectura correcta del artículo 19 es la liberal, entonces se sigue que la prostitución, en tanto actividad consentida por personas adultas y que no daña a terceros ni ofende la moral pública en el sentido de los deberes hacia los demás, goza de amparo constitucional.

5) Estatus normativo de la prohibición de prostíbulos

La prostitución es hoy una actividad permitida por las leyes y una hipotética prohibición de la misma, tal como pretendo haber demostrado, sería inconstitucional. Pero lo que se ha prohibido son los prostíbulos. ¿Qué conclusión podemos sacar sobre este último punto a partir de lo sostenido en el primero? Quizás la respuesta esté en la Constitución misma:

Artículo 28 CN. “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.”

La prohibición de los prostíbulos no es más que la obstrucción de una actividad legítima, amparada por nuestra Constitución. La prohibición de los prostíbulos es inconstitucional. Por otra parte la mujer que ejerce la prostitución se encuentra mucho más protegida y segura en un prostíbulo que en la calle. Prohibir los prostíbulos equivale a someterlas a una situación de mucha mayor vulnerabilidad. La prohibición de los prostíbulos es inmoral.

Referencias Bibliográficas

- BOUVIER, H., (2009) “Tenencia, Consumo y Ostentación de Estupefacientes: acerca del fallo "Arriola" de la CSJN” en *La Ley*, Año LXXXIII, nro 229, 1/12/2009, Tomo: 2009-F pp. 4-6. Vínculo <http://www.laley.com.ar/laley/cms/files/1916//diario%201-12-09.pdf>
- BASTERRA, M., “El Derecho a la Intimidad”, en Sabsay, D. y Manili, P. (dir. y coord.) *Constitución de la Nación Argentina y Normas Complementarias, Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, Hamurabi, Buenos Aires, 2009.
- DWORKIN, R., (1990), “Retorno al Derecho Natural”, en Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo, Eds., *Derecho y Moral, Ensayos Analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990.
- GARGARELLA, R., “Constitucionalismo y Privacidad”, en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, T II*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
- GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2005.
- KANT, I., *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, (1785), trad. de Roberto Rodríguez Aramayo, Alianza, Madrid, 2002.
- KANT, I., *Metafísica de las Costumbres* (1797), trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Altaya, Barcelona, 1996.
- LLAMBÍAS J., “Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos”, *La Ley*, t. 50, Buenos Aires, 1948.
- LLAMBÍAS, J., *Tratado de Derecho Civil, Parte General T. II*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997.
- NINO, C., (1984) *Ética y Derechos Humanos*, Editorial Astrea, Buenos Aires. 2007.
- NINO, C., (1992), *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2000.
- ROMERO-DAZA, N.; WEEKS M. y SINGER, M., “Nobody Gives a Damn if I Live or Die: Violence, Drugs, and Street-Level Prostitution in Inner-City Hartford, Connecticut”, *Medical Anthropology*, n° 22, 2003.
- SAMPAY, A., *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975.

CONSIDERACIONES SOBRE EL DESARROLLO URBANÍSTICO Y LA PROBLEMÁTICA AMBIENTAL EN LA COSTA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Por Cecilia Lucia Mantecón

RESUMEN

Durante este trabajo, vamos a analizar las herramientas jurídicas existentes, para mitigar los problemas ambientales provocados por el desarrollo urbano sin planeamiento sustentable¹. Para ello, vamos a establecer una relación entre el desarrollo urbano de la costa de la provincia de Buenos Aires y la problemática ambiental sufrida en las ciudades costeras.

Del objeto de estudio excluimos el impacto ambiental provocado por el cambio climático sobre la franja costero-marina, no sólo porque ese tópico está fuera de los objetivos específicos del plan de investigación oportunamente acreditado y que da lugar a este artículo, sino además porque consideramos que la densidad científica del tema justifica que se le dedique una investigación específica. Ello no significa que se desconozca su relevancia, pero ha sido decisión del autor de este trabajo concentrarse en otras variables.

Para un mayor orden metodológico, dividiremos este trabajo en dos partes. En primer lugar, definiremos a la costa de la provincia de Buenos Aires por sus características físicas y geográficas. Desarrollaremos los nacimientos de las principales zonas costeras y definiremos a través de estudios científicos, los principales problemas ambientales, que se suscitan a partir de un crecimiento urbano desmedido de las zonas costeras. En la segunda parte del trabajo, haremos un análisis de la normativa de la provincia de Buenos Aires aplicable al desarrollo urbano, tanto contenida en el derecho ambiental como en el urbanístico, realizaremos algunas propuestas para alcanzar un desarrollo urbano costero sustentable y analizaremos dos causas relevantes para esta temática. Por último, haremos una reflexión final.

PALABRAS CLAVES

Desarrollo costero. Problemática ambiental. Normas jurídicas.

¹Consideramos al planeamiento urbano como un conjunto de herramientas políticas y normativas que tienen como objeto ordenar el uso del suelo y regular el crecimiento de las ciudades. Asimismo entendemos por planeamiento urbano sustentable cuando, este crecimiento se concibe proyectándolo en beneficio de las poblaciones actuales y futuras, y teniendo en cuenta las consecuencias ambientales inmediatas y a largo plazo, previniéndose así, los daños que puedan ocurrir.

URBAN DEVELOPMENT CONSIDERATIONS AND ENVIRONMENTAL PROBLEMS ON THE COAST OF THE PROVINCE OF BUENOS AIRES

By Cecilia Lucia Mantecón

ABSTRACT

In this paper, we will analyze the existing legal tools to mitigate the environmental problems caused by urban development without sustainable planning. To do this, we will establish a relationship between urban development on the coast of the province of Buenos Aires and the environmental problems suffered by the coastal cities.

For methodological analysis, we will divide this work into two parts. First, we are going to define the coast of the province of Buenos Aires for their physical and geographical features. We will develop major coastal origins and define them through scientific studies, and also the major environmental problems that arise from an overgrowth of coastal areas. In the second part of the work, we will analyze the legal rules of the province of Buenos Aires applicable to urban development, contained in environmental law as well as in the urban one. Finally, we will make a final thought.

KEYWORDS

Coastal development. Environmental issues. Legal rules.

CONSIDERACIONES SOBRE EL DESARROLLO URBANÍSTICO Y LA PROBLEMÁTICA AMBIENTAL EN LA COSTA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Por Cecilia Lucia Mantecón*

I. Introducción

Si pensamos en las zonas costeras, podemos afirmar que ellas son de vital importancia para la salud humana, la protección de la biodiversidad y el desarrollo de la industria turística. Esta última además, es trascendente para la economía de las poblaciones costeras.

Muchas de las principales ciudades del mundo están ubicadas a menos de 50 kilómetros de la costa. Estas zonas ofrecen alimentos, recreación y transporte, además de servir como enormes procesadores biogeoquímicos (Vorosmarty y otros, 2009). Dichas zonas están bajo una doble presión; desde el lado de la tierra, por el crecimiento de la población y la pérdida de los humedales costeros que se destinan a la agricultura y la expansión urbana, y desde el océano, por las inundaciones progresivas que erosionan la costa (Vorosmarty y otros, 2009).

Más de 100 millones de personas en todo el mundo viven en zonas que se encuentran a una altitud de 1 m o menos sobre el nivel del mar (Douglas y Peltier 2002). De las 33 megalópolis del mundo, 26 están en países en desarrollo y 21 en zonas costeras (Klein y otros 2003).

Unos de los sectores que más modifican y explotan las costas, es el sector de viajes y turismo, utilizando como principal recurso natural, las hermosas playas formadas en la costa. A nivel mundial esta industria genera cerca de 200 millones de puestos de trabajo y supera el 10 por ciento del PIB mundial, sobrepasando los 3.500 billones de dólares. Se prevé que para el 2020, 1.5 mil millones de turistas gastarán en promedio 2 billones de dólares al año, o más de 5 mil millones de dólares al día; a lo que debemos añadir los turistas domésticos, con un volumen bastante importante aunque difícil de calcular, sobre todo para aquellos que utilizan las playas.²

En este artículo nos vamos a ocupar de las acciones antrópicas sobre la costa bonaerense. Podemos afirmar que cuanto mayor es el desarrollo urbano y turístico, mayor es el deterioro de la costa. Es decir que tanto las actividades balnearias como las edificaciones desarrolladas en el litoral costero,

* Abogada, becaria doctoral de la Comisión de Investigaciones Científicas –CIC- de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. Instituto de Geología de Costas y del Cuaternario (Universidad Nacional de Mar del Plata). Docente en la Universidad Nacional de Mar del Plata. Investigadora del Proyecto UBACYT 2011-2014. E- mail de contacto: cetecon@hotmail.com

tienen graves consecuencias, si no son realizadas en forma sustentable, produciendo una alteración en la dinámica natural del recurso.

II. Las costas de la Provincia de Buenos Aires: Características.

El litoral atlántico de la Provincia de Buenos Aires se extiende desde la Punta Norte del Cabo San Antonio hasta la desembocadura del Río Negro (Cura, 1958). Tiene una extensión de 1.281 Km. aproximadamente, siendo en su mayor parte una costa de carácter medanosa, lo cual explica la presencia de extensas playas de arenas aptas para la instalación de balnearios.

La costa se caracteriza por ser baja, con escasos accidentes y poblada de médanos formando cordones paralelos a la costa. En general, el mar y el viento generan amplias playas dunícolas que obstruyen parcial o totalmente el desagüe de los cursos fluviales que bajan hacia el mar, originándose lagunas, bañados y esteros de suelos salinos y con problemas de acidez. Al mismo tiempo, generan una buena disponibilidad de agua subterránea. La vegetación es herbácea (médanos migratorios); la cobertura vegetal aumenta en los médanos inactivos. La costa incluye 16 partidos.

En la provincia de Buenos Aires, aproximadamente el 50% de la población humana vive a no más de 200 km de la costa. La densidad de población humana media en las zonas costeras es de alrededor de 80 personas por km cuadrado, es decir el doble del promedio mundial. Varios conglomerados de ciudades (Autónoma de Buenos Aires, La Plata, Partidos del Gran Buenos Aires) con más de 11.5 millones de habitantes están ubicados en zonas costeras; más del 90% de las aguas residuales y del 70% de las aguas industriales se descargan sin tratamiento alguno, en las aguas costeras.³

² Ver documento completo. *Premios al mejoramiento del entorno costero: El Ejemplo de la Bandera Azul*. Foundation for Environmental Education. 2006, disponible en www.blueflag.org

³ Figura 1, extraída del artículo de JUÁREZ, Viviana; MANTOBANI José "La costa bonaerense un territorio particular" en en *Manual de manejo costero para la Provincia de Buenos Aires*. Isla Federico y Lasta Carlos A. (ed.) Eudem Mar del Plata, 2006.



Figura 1: Localización de los principales asentamientos turístico y balnearios de la costa atlántica bonaerense
Fuente: Banco de la Provincia de Buenos Aires.

III. Territorio:

Para conceptualizar el vocablo territorio, tomaremos la definición de Montabani del año 2002, que explica que el territorio es el resultado de un proceso histórico de incorporación y objetivación en y por la economía y la cultura de una sociedad. Es decir; que el territorio no es sólo una superficie terrestre, y las relaciones entre territorio y sociedad se tejen sobre una urdimbre de tipo político, económico y cultural.

Como observamos, el hombre con su actividad modifica el territorio, y al mismo tiempo, esas modificaciones pasan a ser parte del territorio. Es decir, utilizamos un concepto dinámico.

Como explica Chadwick (1973), las actividades del hombre están relacionadas con el lugar, como área geográfica limitada. Más adelante en su trabajo, nos explica que las acciones del hombre conducen a intentos de modificaciones del paisaje natural mediante adaptaciones de espacios para determinada actividad y para satisfacer necesidades mediante ella. También dentro de un espacio definido, se desarrollan varias actividades. De esas actividades, el turismo, ocupa un lugar central cuyo principal recurso natural a explotar es la playa.

Entonces, al decir de Chadwick, tenemos así un conjunto de relaciones complejas que surgen, primero del lugar que ocupa el hombre en la naturaleza, segundo matizados por los valores que el hombre mantiene, tercero conduciéndole a clases específicas de conducta y cuarto al intento de modificar la naturaleza (Chadwick, 1973). Esta idea es central, a la hora de evaluar una actividad realizada por el hombre en un espacio determinado. Coloca al hombre como parte de la naturaleza, realizando actividades según los valores que en la sociedad predominan y que marcan la forma en que modifica el ambiente.

Hemos adelantado que no toda modificación realizada en el ambiente es negativa, sin embargo la urbanización rápida y mal planificada de las zonas costeras, ecológicamente sensible, incrementa la vulnerabilidad frente a los riesgos costeros.

IV. Desarrollo urbano de las principales ciudades costeras de la Provincia de Buenos Aires.

La provincia de Buenos Aires, gracias a su extensa costa con características naturales atrayentes para el turismo, experimenta un crecimiento poblacional en las últimas décadas. Por un lado ha crecido la población estable debido a la oferta de trabajo. Y por otro, convoca a gran cantidad de turistas, en mayor medida provenientes del turismo interno, que provoca que casi se duplique en época estival.

Se puede observar que como consecuencia de este crecimiento se ha producido una degradación significativa en las costas, siendo mayor en las ciudades más grandes.

Si bien el crecimiento porcentual demográfico y productivo de las concentraciones urbanas ha sido sistemático y constante, la evolución de las políticas públicas nacionales no ha sido modificada por dichas circunstancias. La prioridad de las políticas públicas económicas segregadas de su verificación espacial o territorial resulta evidente por sobre todo otro posible ámbito de planificación y toma de decisiones.

La urbanización de las ciudades costeras, en la provincia de Buenos Aires, comenzó en la década del 60. La ciudad de Mar del Plata se creó como balneario de la clase alta porteña. Como un claro ejemplo podemos citar, la construcción del Club Mar del Plata, la Rambla Bristol, la Plaza Colón y el Paseo General Paz, que definen y caracterizan la villa balnearia. El paseo General Paz albergó, a la orilla del mar, formas y funciones típicas de los paseos decimonónicos, destinados a la contemplación, el movimiento y actividades de recreo. (Fernández, 2002).

Para ese entonces, Mar del Plata conformaba ya un centro urbano complejo con funciones diversas. Según Hardy, el crecimiento del partido de General Pueyrredón entre 1947 y 1960, fue del 81,4% figurando juntamente con las aéreas metropolitanas de Mendoza y Salta entre las de más rápido crecimiento (Mazza, 2002).

Entre 1962 y 1963 las políticas provinciales de descentralización y reactivación industrial, y las obras de hidráulica para la costa atlántica impactaron y modificaron el paisaje regional.

El plan forestal provincial generó la obtención de 7.300.000 de plantas en dos años y la forestación de más de 2000 hectáreas, fundamentalmente en la zona de dunas del Atlántico, con un evidente impacto en nuestra región (Mazza, 2002).

Muchas de las obras han sido realizadas acompañadas de técnicas de estabilización de taludes. Los resultados fueron positivos en escala local, pero al producirse la retención de material en tránsito han modificado el balance sedimentario regional, resultando entonces en un incremento de la acción erosiva en los sectores desprotegidos (Schack y otros, 1983). Como ya aclaramos, esta acción, trae como consecuencia que la disminución del aporte sedimentario a las playas actúe como una elevación del nivel del mar.

Paralelamente, a escala regional se produce la consolidación de núcleos urbanos como Villa Gesell y Pinamar y, en menor grado Santa Clara del Mar, entre otros. Hacia el sur de la Provincia, otras ciudades se convertían en centros turísticos de importancia, en especial Necochea, destacándose también por actividades portuarias y agropecuarias.

Por último, en el caso de poblaciones no turísticas de larga existencia, a partir de su interacción con los centros turísticos, se refuerza su rol productivo y político, como es el caso de General Madariaga.

El conjunto de centros regionales y urbanos establece un gradiente de interrelaciones en función de la magnitud y complejidad de cada uno de ellos. En este contexto, se van produciendo y yuxtaponiendo acciones públicas y privadas que definirán y redefinirán el paisaje (Mazza, 2002).

V. Consecuencias negativas del desarrollo urbano costero:

El crecimiento de las ciudades balnearias, en general, ha sido realizado sin una planificación urbanística, menos aun ambiental. Lamentablemente, es consecuencia de un avance acelerado de la población hacia el mar, sin un manejo sustentable de los recursos naturales. Recordemos que en aquella década recién se comenzaba a hablar de temas ambientales, sin existir los estudios científicos y las herramientas jurídicas actuales, que en el presente nos permiten hacer una evaluación del estado de la costa.

Sin embargo, es de destacar un estudio del Naturalista Ameghino, que ya en el año 1886, alertaba, sobre la necesidad de aprovechar aquellas poblaciones del territorio provincial no aptos para la agricultura

y la ganadería, como la zona de arenas movedizas de la costa atlántica, para realizar plantaciones de arboledas (Bruno- Mazza, 2002).

Todos los datos que venimos analizando hasta ahora, nos llevan a evaluar cuales son las principales consecuencias de un crecimiento sin planificación. Una de las consecuencias más graves, es el carácter erosivo, en general, producido por un desbalance en la armonía existente entre el sistema de dunas y playas. Tengamos en cuenta, asimismo, que cuando se urbaniza la costa, se realizan construcciones sobre la línea litoral, estas se combinan con la ejecución de vías de circulación y sistemas de drenaje; estas obras se realizan de forma inadecuada produciendo un avance marino (Marcomini-López 1997), por la ruptura de este frágil equilibrio.

Como vemos, a partir del avance de las ciudades sobre estas áreas y del desarrollo de las actividades económicas, ya sean industriales, portuarias y /o turísticas, los recursos costeros son sometidos a una explotación continua y, a medida que los cambios en el medio natural se van produciendo, se ve limitada su capacidad de respuesta alterándose el equilibrio preexistente. Por lo tanto las acciones del hombre que provocan procesos erosivos son numerosas, entre las cuales se ha considerado a la urbanización y la excesiva fijación de médanos frontales (Bertoncello, 1992; Isla, 1998; Juárez e Isla, 1999), la extracción de arena (Schnack, 1983; Isla y Fasano, 1987) y la construcción de defensas costera.

Recapitulando, podemos decir que las diferentes mutaciones antrópicas del escenario natural, provocado por la fijación o desaparición de médanos y la extracción de arena, produce un desbalance en la dinámica sedimentaria, incrementando la erosión marina. El avance del mar hacia el continente es resultado de la fijación de médanos por vegetación, la construcción de edificios y el trazado de las avenidas costaneras. Tengamos en cuenta que este fenómeno, conlleva un problema ambiental grave, ya que trae consecuencias socio económicas importantísimas para la provincia de Buenos aires

VI. Estudios científicos sobre la problemática costera:

Para analizar los resultados de estudios científicos realizados a lo largo de la costa bonaerense, resulta interesante caracterizar geográficamente la zona.

La costa de Buenos Aires es micromareal con desigualdades diurnas. Hacia las cabeceras del Rincón de Bahía Blanca el rango de mareas aumenta hasta unos 3 m (Cuadrado et al., 2002; Isla y Bértola, 2003). Hacia el sur del Rincón, se hace importante la pluma del Río Colorado y las tormentas del SE (Cuadrado et al., 2004).

El oleaje más intenso se registra en Puerto Quequén con olas máximas de 3,61 m y periodos de 8 seg. (Lanfredi et al., 1992). Las olas de tormenta (de mayor longitud de onda) son susceptibles a fenómenos de refracción inducida por bancos alineados oblicuos a la costa. La deriva litoral es en general de sur a norte, salvo en el acceso a la ría de Bahía Blanca donde se han registrado espigas creciendo hacia el NO (Spagnuolo, 2004). El banco Miguel, en la desembocadura del Río Negro, crece hacia el norte

(como delta de reflujo asimétrico a razón de 50 m/ año (2500 m en los últimos 50 años (Del Rió et al., 1991).

Continuando con la problemática de la zona, enunciaremos los estudios más significativos, que se han realizado en la costa, a fin de identificar las herramientas jurídicas aplicables al caso y establecer cuál es el problema que nos lleva a la desprotección de este bien jurídico.

En las playas de la ciudad de Mar del Plata, debido a la necesidad de construir estacionamientos, se ha realizado una tala indiscriminada en las adyacencias de la ruta 11, en el tramo comprendido entre el Faro y el límite con el Partido de General Alvarado, alterando la vegetación que se encontraba destinada a la fijación medanosa.

En el mismo trabajo informan que los valores más altos se registran en Mar Chiquita, Mar de Cobo y en la Playa San Carlos, al sur de Punta Mogotes. En este último lugar, el avance marino se ha registrado a expensas de las acumulaciones medanosas y de playa (Schnak y otros, 1983).

Otras localidades afectadas son: Magdalena, San Clemente del Tuyú, Miramar, Pehuén Co. Otro caso que puede mencionarse, es la playa San Carlos (al sur de Punta Mogotes), donde se registró una tasa de erosión de 5 m por año (Dadon y otros, 2006).

En las playas del Partido de General Pueyrredón, la comparación areal de playas en fotografías aéreas verticales indica una disminución areal mayor al 20% entre 1964 y 1987. Por esos años, en la playa Alfar, toda una cadena de médanos litorales ha desaparecido. Y el mal manejo de los sucesivos concesionarios de los balnearios ha afectado las forestaciones realizadas por el Ministerio de Asuntos Agrarios (Juárez y otros, 2001).

Si bien datos de la estación Mar del Plata para un período de 24 años, el comportamiento del nivel medio del mar muestra una ciclicidad asociada aparentemente a fenómenos meteorológicos, en algunos sectores, la extracción de arena de playa provoca un efecto Bruun⁴ en la franja litoral (Schnak, y otros 1983).

En otro estudio que contempla diez años, desde 1983 a 1993, se afirmó que existe una erosión generalizada, consecuencia de sucesivas obstrucciones de la deriva del litoral, tormentas y prácticas impropias de manejo y defensa de playas. Además, las playas artificiales han sido alteradas de manera tal que han restringido sus posibilidades de aporte y su dinámica, aumentando la turbidez y favoreciendo la contaminación (Islas y otros 1994).

Si nos trasladamos a otra ciudad, tenemos un ejemplo claro de una construcción realizada sin planificación y sus consecuencias. Nos estamos refiriendo a la ciudad de Quequén y la construcción de su puerto.

⁴ El Bruun rule del año 1962, es una teoría que atribuye la erosión del litoral a la subida del nivel marino, teniendo en cuenta que el material erosionado tiene un volumen igual al depositado en los fondos inmediatos.

Esta obra, del año 1911, incluyó la introducción de barreras físicas, es decir, espigones del puerto, que obstruyeron la deriva litoral. Esto hizo que se diferencien dos sectores. La costa de Necochea, ubicada al oeste del puerto, y la costa de Quequén. La primera se caracteriza por ser una zona de acreción con desarrollo de extensas playas. La costa de Quequén, por su parte, localizada al este del puerto, corresponde a una zona de erosión con el desarrollo de acantilados marinos activos y plataformas de abrasión marina. Se puede observar, en las proximidades del balneario ubicado al este del puerto, que la erosión fluvial se evidencia a través de profundas cárcavas sobre el acantilado. Durante los últimos 35 años los acantilados retrocedieron a un ritmo de 0.5-1 m/año (Cortizo y otros 2000). En cambio, el límite de la playa posterior, en la playa inmediata al espigón Oeste del puerto, está representado principalmente por médanos costeros vegetados, los cuales en ciertos sectores dejan al descubierto los acantilados marinos (Kokot y otra 1999). Esas Playas se incrementaron en una promoción de 1.53 m/año (Cortizo y otros 2000).

En esta zona, se identificó el problema de sedimentación de arena en el canal de acceso al puerto, la cual responde a procesos naturales de acreción a partir de la intervención del hombre. Esto es, construcción de las escolleras del puerto que inducen la acumulación y falta de dragado para compensar la sedimentación. Esto lleva asociado un peligro para la navegación y operaciones portuarias (Marcomini y otros 2007).

Si continuamos hacia el oeste, nos vamos a encontrar que los médanos han sido eliminados para la construcción del complejo turístico balneario, el cual actúa como límite continental.

Otra construcción que se puede apreciar es el camping Americano, sector que anteriormente correspondía a una amplia zona de médanos. Como consecuencia se pueden observar sectores con erosión intensa. Esta zona se considera un área de riesgo de origen natural, pero se ve intensificado por acción antrópica, ya que la eliminación de dunas, concentra la erosión.

Otra zona en problemas es Costa Bonita, donde encontramos evidencia de erosión por la ausencia de playa, presencia de acantilados activos y destrucción del muelle de pesca. Asimismo la ruta de vinculación con Quequén se encuentra en parte destruida por erosión marina (Kokot y otros 1999). Considerando la fijación natural de dunas, las áreas de arena en dunas transversales han sido reducidas un 50% en los alrededores de Costa Bonita y un 30% hacia el Este de esta localidad (Cortizo y otros, 2000).

Asimismo en otro punto de la costa bonaerense, precisamente en la ciudad de Villa Gesell, la ruptura del equilibrio natural costero da como resultado un cambio en las playas céntricas, siendo este muy significativo en la configuración, ancho y pendiente del perfil de playa natural (Marcomini y otros, 1997).

Estas playas presentan un modelo de variación morfodinámico estacional, afectadas por diferentes grados de alteración, reconociéndose tres estados de erosión inducida: bajo, mediano y alto. En zonas pobladas se detectó una alteración en los ciclos naturales de recuperación. En estos sectores, la berma estable desaparece y pasa a integrar bermas estacionales acíclicas (Marcomini y otros, 1997).

Según las investigaciones realizadas en 14 estaciones entre Mar Chiquita y Miramar, arrojan como resultado un activo proceso erosivo, implicando un rápido retroceso de la línea de costa y la degradación de sus playas; la velocidad de la erosión en la componente horizontal es significativa en el extremo norte de la zona. En otros casos, tanto al norte como al sur de Mar del Plata, la tendencia es similar, aunque de menor magnitud. La porción central, debido a su constitución cuarcítica, se muestra resistente al avance marino, si bien la erosión se manifiesta en sus playas (Schanak y otros, 1983).

Estudios más recientes indican, que en la zona de Mar Chiquita, el proceso erosivo ha disminuido su intensidad aunque continúa siendo importante, descendiendo de una tasa anual de 17.71 a 1.41 m año⁻¹ y totalizando un retroceso de 299.01 m en los últimos 58 años. Las variaciones temporales del fenómeno son consecuencia principalmente de los cambios en la alimentación de las playas por deriva litoral, la cual debido a la explotación de arena y a la construcción de defensas costeras al sur del área de estudio, ha disminuido los aportes a la misma. Especialmente dentro de la localidad, se registraron diferentes comportamientos determinados por las características geomorfológicas de cada sector y la urbanización de los médanos costeros y su alteración, ya sea porque han sido nivelados, arrasados o forestados (Merlotto y otro, 2007). La problemática ha originado importantes pérdidas económicas para el área debido a la gran cantidad de damnificados que no recibieron resarcimiento, sumado a un deterioro paisajístico que perjudicó el desarrollo del turismo de sol y playa (Merlotto y otro, 2007).

Por último, para tener una visión integral de la situación de la costa de la provincia de Buenos Aires, veamos el siguiente cuadro, que nos brinda los datos del avance del mar hacia el continente y la erosión costera, producida principalmente por el accionar del hombre.

- Delta del Paraná + 50 a + 70
- Punta Rasa -7,7 a +12
- Santa Teresita -2,3 a +0.9
- Pinamar -1,1 a + 4,4
- Mar Chiquita -7
- Pueyrredón -1
- Reta -0.4
- Claromecó -0.4
- Miramar -0.
- Orense -0.6
- Centinela del Mar -0.5

- El Moro -0.4
- San Bernardo - 2,1 a + 0,7
- Quequén -0.5 a -1
- Balneario Los Ángeles -0.6
- San Cayetano -0.5
- Villa Gesell -7 a + 4

Cuadro: Ritmos de erosión (-) y acumulación (+) costera en Buenos Aires.⁵

Para finalizar, en general, podemos observar que los diferentes estudios, refieren como principal problema la modificación del sistema medanoso. Diferenciando dos aspectos; primero la eliminación de las grandes estructuras medanosas naturales, cuyo efecto, además de la erosión, puede ser la disminución de la dotación de agua subterránea e impedir la captación en aquellos tramos litorales que se encuentran excluidos de la red urbana de provisión de agua potable. El segundo aspecto, es la fijación de médanos paralelos a la costa por la acción humana, mediante forestación. Esto provoca el rompimiento del frágil equilibrio, privando al sistema de una de sus principales fuentes y reservas de sedimentos (Dadon y otros 2006).

VII. Legislación aplicable a la temática urbanística:

Para comenzar a desarrollar, el plexo normativo que confluye en la protección del ambiente relacionado con el desarrollo urbano costero, vamos a partir del artículo 41 de la Constitución Nacional, que reconoce expresamente el derecho a un ambiente sano dentro de un marco de desarrollo sustentable⁶. Este derecho tiene características propias, como nos explica García Minella (2005), asume la estructura jurídica de derecho- deber en cabeza de un mismo sujeto, es decir que todos gozamos de este derecho, pero además tenemos el deber de protegerlo. Asimismo, este artículo conceptualiza al ambiente estableciéndolo como un sistema, protegiendo cada uno de los elementos que lo componen, de la ruptura del equilibrio entre ellos e incluyendo en este bien jurídicamente protegido a los bienes culturales. Otro aspecto destacable es la manda que determina que le corresponde a la Nación el dictado de las leyes que

⁵ Modificado de Isla y Bertola 2005. ISLA, Federico I. "Erosión y defensa costeras" en Manual de manejo costero para la Provincia de Buenos Aires. Isla Federico y Lasta Carlos A. (ed.) Eudem Mar del Plata, 2006.

⁶ Rosatti (2010), lo define como un principio consagrado en documentos internacionales de la ONU, tales como la Conferencia de Estocolmo de 1972 (Los recursos naturales (...) deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga (Principio 2)), de Río de Janeiro de 1992 (El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras (principio 399 Y de Johannesburgo de 2002(A principios de esta Cumbre, los niños del mundo nos hablaron en vos simple pero clara que el futuro les pertenece a ellos, y consiguientemente nos desafiaron a asegurar que mediante nuevas acciones ellos heredaran un mundo libre de indignidad e indecencia ocasionado por la pobreza, la degradación ambiental y los modelos insustentable del desarrollo .

contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias las necesarias para complementarlas.⁷

En cumplimiento de esta manda, la Nación en el año 2006 sancionó la Ley General de Ambiente, siendo su objetivo general determinado por el artículo 1: “la presente ley establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sostenibles”.

En la legislación de la provincia de Buenos Aires, encontramos que existe una normativa dispersa, de la cual realizaremos las siguientes consideraciones:

En primer lugar, analizaremos las normas generales que protegen al Medio Ambiente y, en segunda instancia, aquellas normas que establecen la manera correcta de desarrollar los proyectos urbanísticos sobre la costa.

En este sentido; la Constitución Provincial en su artículo 28, establece los lineamientos para la preservación, recuperación y conservación del Medio Ambiente. Para esto instituye el derecho a gozar de un ambiente sano, el deber de conservarlo para las generaciones presentes y futuras. Establece el dominio exclusivo de los recursos naturales. Prohíbe el ingreso al territorio de residuos tóxicos o radiactivos. Garantiza el derecho a la información y participación en materia ambiental. Asegura políticas de conservación y recuperación de la calidad del agua, aire y suelo. Por último, consagra el principio de precaución en acciones que puedan degradar el ambiente.

⁷ Al respecto, Esain (2008) interpretando el 3º párrafo del artículo 41 de la Constitución Nacional, expone en su tesis que existirían tres áreas. “1) *Área nuclear de presupuestos mínimos de protección federal*: corresponderá a los elementos uniformes y mínimos que reglara la Nación, y será área gobernada por la competencia exclusiva y excluyente de estas (aspecto positivo). Sobre ellas las provincias no podrán interferir, sino adecuar sus normas por imperio del principio de supremacía federal (de origen constitucional) y además- y sobre todo- por los principios de complementariedad (de origen constitucional) y congruencia (de origen legal)(aspecto negativo). 2) *Área intermedia o de intersección complementaria*: habrá un sector medio o área de intersección en el que las normas de rango inferior se irán superponiendo a las normas superiores, ya que ambos órdenes legislan sobre los mismos elementos materiales. Decimos superponiéndose porque las normas de presupuestos mínimos son el piso de protección, el que se debe desarrollar o maximizar en el complemento, lo que implica una superposición normativa. En este punto la congruencia reglada por el legislador ordena que las normas inferiores sean “adecuadas” a la federales bajo apercibimiento de que en caso de contradicción prevalecerán las últimas, desplazando así la norma de Nación a la de la provincia en caso de que se contradigan (supremacía federal, art. CN). Es, entonces, en esta área intermedia donde se justifica la calificación de concurrente para la competencia del art. 41, CN, porque la provincia no puede interferir normando menos o normando un nivel de protección excesivo y por eso arbitrario. Puede en este parámetro concurrir con una regla jurídica de mayor rigor que la norma federal, ya que la concurrencia- no debemos olvidar- no termina de definir el reparto si no la vemos como complementarias, lo que implica una facultad a favor de las provincias de generar sus propias normas optimizando la protección y guardándose al última palabra para la regulación de la materia. 3) *Área nuclear complementaria provincial*: esta área normativa es exclusiva de las provincias y es la gran diferencia respecto a las anteriores forma de dividir el sistema de producción normativo concurrente en nuestro federalismo. Hoy las autonomías locales tendrán legitimación para proteger su competencia de complementar, pudiendo excluir de ese ámbito las normas federales que impidan su ejercicio. En este sentido las provincias siempre tendrán posibilidad de impugnar las normas federales que al ser demasiado detallista no dejen margen para ejercer su función de legislar complemento. Esto se desprende del principio de complementariedad conforme al cual mientras las normas provinciales sean adecuadas a las federales, estos entes territoriales autónomos pueden legislar sobre los mismos elementos materiales que la Nación – protección del ambiente-, elevando a nivel de protección.

Por su parte la ley 11723, de Protección, Conservación, Mejoramiento y Restauración de Los Recursos Naturales y del Ambiente en General, tiene como finalidad "preservar la vida en su sentido más amplio, asegurando a las generaciones presentes y futuras la conservación de la calidad ambiental y la diversidad biológica". También establece el derecho a la información y en su artículo 6 obliga al Estado a fiscalizar las acciones antrópicas que pueden producir daño al ambiente tanto por acción como por omisión. Este artículo es trascendental ya que obliga al Estado a ejercer mayor control en todas las actividades desplegadas en la costa.

Como podemos observar, teniendo en cuenta el control que deben ejercer tanto las autoridades públicas como la ciudadanía, la Ley 11723 y la Constitución Provincial garantizan el derecho a la información, y el decreto 2549/04 lo institucionaliza legalmente. Este decreto determina que "Toda persona física o jurídica tiene derecho de acceso a documentos administrativos correspondientes a organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo, así como a entes privados beneficiarios de aportes o subsidios provenientes de aquellos y quienes cuenten con permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual cuyo objeto sea la prestación de un servicio público o involucre el uso y goce de bienes del dominio público, sin necesidad de alegar fundamento o causa ni acreditar derecho o interés alguno".

Esta es una herramienta fundamental para que la ciudadanía participe en los temas ambientales y ejerza un mayor control en los asuntos tanto públicos como privados. Muchas veces se actúa en la clandestinidad tanto para demoler, construir o remodelar una obra arquitectónica incumpliendo normas generales. En esta situación la ciudadanía debe ejercer control, y la manera más eficaz es teniendo acceso a los expedientes administrativos, para informarse sobre las condiciones en que se está desarrollando la obra.

Por otra parte, antes de comenzar a describir la normativa específica aplicable al desarrollo urbano costero, vamos a conceptualizar a la ciudad como el pueblo políticamente y jurídicamente organizado en el límite de esa concentración edilicia, con servicios e infraestructura que tiene códigos de conducta implícitos en el hecho de la concentración demográfica y sus resultantes: los alojamientos propios y los espacios y las cosas comunes, y a las personas que habitan esa realidad geográfica, política, conviviente con normas sociales, culturales y jurídicas. Esto es el Derecho Urbanístico en una concepción clásica, los vecinos son los sujetos y la ciudad, con sus problemas y sus tendencias, constituye el objeto de la disciplina. Es decir; el objeto del Derecho Urbanístico será el ordenamiento de la vida social en sus referencias espaciales, tanto respecto de la Ciudad como entre sus habitantes (Rondina, 1993).⁸

⁸ Fernández Gracia y Fernández González, nos sintetizan de una manera clara, los nuevos elementos que se deben tener en cuenta en el Derecho Urbanístico, trasvasado por el Derecho Ambiental diciendo: "La Ordenación del Territorio ya no se limita a reservar suelo para grandes redes de infraestructuras. Es la plasmación de una política global en materia de espacios protegidos, medio ambiente, aguas o costas, pero también industria y grande equipamiento. La consecuencia inmediata es la concepción del urbanismo como disciplina compleja y común. Hoy en día, toda actividad humana que pretenda sentarse sobre el territorio precisa atender a planes territoriales,

Sobre esta normativa específica observamos que se aborda de manera desordenada y deficiente, ya que la mayoría de la legislación ha sido sancionada hace muchos años, estando vigente en la actualidad sin poder resolver los grandes cambios que han ido sucediendo con el correr de las décadas.

Otra característica es la carencia de un análisis interdisciplinario, sin embargo, en este punto podemos poner como ejemplo positivo, al decreto 10392/87 que reglamenta la delimitación de los terrenos colindantes para las extracciones de arena. Según el decreto, "se considerarán terrenos colindantes, a todas las fajas de terrenos, independientemente de su dominio catastral, dentro de las que se ubiquen las dunas, móviles o fijas, aledañas a la playa y que conforman una unidad geomorfológico en equilibrio dinámico (playa-duna)".

Para redactar este decreto, se partió de un documento base desarrollado por el Centro de Geología de Costas y del Cuaternario (en la actualidad Instituto), de gran prestigio científico de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Otro ejemplo es la ley n° 12.122⁹ que propone la realización de estudios para solucionar la grave situación costera en la ciudad de Mar Chiquita, debido a la erosión; aunque esta ley es del año 1998, aún no se han realizado finalizado las obras para solucionar este problema.

Un decreto interesante es el n° 541/80¹⁰ que municipaliza las funciones y servicios del Paseo Costanero del Sud. Es decir, son los municipios los que tienen latentes los problemas urbanos y conocen de manera integral la coordinación de las soluciones (o por lo menos tendría que ser así)¹¹. Sin embargo, a pesar de la importancia de este decreto, generalmente falta un trabajo coordinado entre los distintos estamentos estatales, ya que como se sabe, en la costa existen diferentes competencias territoriales, que entorpecen su desarrollo armónico¹². Para la franja de la costa que no se encuentra municipalizada, rigen

servidumbre legales, espacios protegidos, planes de ordenación de recursos naturales, estudios de inundabilidad, entornos de protección y procedimientos de contraste ambiental y cuyos resultados deben trasladarse al planeamiento urbanístico, que se convierte de esta forma en un refundido de políticas incidentes sobre el espacio físico que se pretende ordenar, un espacio codiciado por los intereses más contradictorios, conservacionistas de un lado, frente a los empresariales más agresivos de otro".

⁹ Ley 12122. Emergencia. Partido de Mar Chiquita. Costas del litoral marítimo. Zona de emergencia. Declaración sanc. 04/06/1998 ; promul. 01/07/1998 ; publ. 10/07/1998

¹⁰ Decreto n° 541/80 Art. 2: "Municipalizanse las siguientes funciones y servicios conforme a la Ley 9347, a la Municipalidad de General Pueyrredón el "Paseo Costanero del Sud" desde Punta Mogotes hasta Arroyo "Las Brusquitas" y este mismo Paseo, desde el punto citado en último término hasta el Arroyo "El Durazno" a la Municipalidad de General Alvarado". Promulgación: 11/4/1980. Ubicación: C32 H6

¹¹ Malpartida (2010) expone que "La división de funciones entre los tres niveles del Estado: municipal, provincial, nacional, guardó para los Estados comunales el rol de administradores. Enfrentar en la actualidad estas nuevas responsabilidades implica para los municipios asumir el desafío de gobernar los procesos emergentes en el territorio local. Las cuestiones de interés común son hoy vinculadas a crecientes niveles de participación y responsabilidad social, por ende a nuevas formas de abordar "lo público". Diferentes mecanismos asociativos y toma de decisiones, que involucran tanto al Estado municipal como a los actores locales, son parte de una nueva manera de articular la Gestión Ambiental Territorial Municipal desde la Planificación Responsable con Visión Ecosistema..."

¹² Sin embargo, el decreto 3202/06, determina que para la aprobación de emprendimientos urbanísticos, se necesita la adhesión previa por parte del municipio a las leyes provinciales, que establecen presupuestos medio ambientales. Es fundamental la existencia de congruencia entre ambas normativa, provincias y municipal, aplicable en un mismo territorio. Decreto n° 3202/06 Art. 1: "Los organismos de la Provincia con competencia en la aplicación de las leyes de medio ambiente, código de aguas, código de ordenamiento urbano, forestación y otras normas aplicables, para la

leyes con una antigüedad de más de cincuenta años. Las mismas determinan la facultad del Poder Ejecutivo Provincial para determinar las diferentes concesiones para explotar las playas bonaerenses.¹³

Otro tema de suma importancia es la protección de la biodiversidad y los paisajes naturales costeros, es decir la determinación de áreas naturales. Estas son áreas protegidas de importancia biológica o con rasgos geológicos relevantes. En la provincia de Buenos Aires la ley 10.907¹⁴ de Reservas Naturales, las define como "áreas de la superficie y/o del subsuelo terrestre y/o cuerpos de agua existentes en la Provincia que, por razones de interés general, especialmente de orden científico, económico, estético o educativo deban sustraerse de la libre intervención humana a fin de asegurar la existencia a perpetuidad de uno o más elementos naturales o la naturaleza en su conjunto, por lo cual se declara de interés público su protección y conservación". En la provincia de Buenos Aires, podemos destacar la Reserva Natural Mar Chiquita Decreto (n°1581/89)¹⁵ ratificado por la ley provincial 12.270¹⁶ que modificó, amplió e incluyó la albufera como reserva.

Esta área protegida, está localizada en el Partido de Mar Chiquita Zona Este. 37°06' Lat. Sur – 57°00' Long. Oeste, a 18 km. de Santa Clara del Mar. Tiene una superficie de 3000 ha de dunas, 7000 ha de aguas y 45.000 ha de Refugio de Vida Silvestre. Es un ambiente costero y dunicola con áreas pampeanas asociadas, con albufera de importancia para la cría de diversas especies de peces marinos y de agua dulce. Es un sitio muy importante para la alimentación de aves migratorias provenientes del hemisferio norte y la Patagonia.¹⁷

aprobación de los proyectos urbanísticos o de desarrollos específicos en la zona atlántica bonaerense, deberán verificar la adhesión municipal por ordenanza específica a los presupuestos mínimos establecidos en el presente Decreto. Art. 2°: A los fines de las autorizaciones de los proyectos, cada organismo competente provincial deberá verificar como condición para su aprobación, si los mismos cumplen con los presupuestos mínimos adoptados por el Municipio de acuerdo a lo establecido en este Decreto." Publicación : 4/12/06 BO N° 25550 (SUPLEMENTO)

¹³ Ley 4698 Art. 1: Facúltase al Poder Ejecutivo para conceder a título precario las ramblas, playas y riberas de la Provincia, para fines propios de su naturaleza Promulgación: 14/1/1938 Publicación: 29/1/38 BO N° 8024

Ley 6217 Art 1: Facúltase al Poder Ejecutivo a otorgar directamente a entidades de bien público con asiento en la ciudad de Mar del Plata, la explotación de los balnearios ubicados en la Playa Bristol de esa localidad, por el término y percepción de canon anual que considere conveniente.

A los efectos dispuestos precedentemente, el Poder Ejecutivo reglamentará las condiciones a las cuales deberán someterse dichas instituciones en la explotación de los referidos bienes. Promulgación: Decreto 18164/59 del 28/12/959 Publicación: 12/1/960 BO N° 14095

¹⁴ Promulgación :Decreto N° 1869 del 24-5-90 con observaciones Publicación :B.O. 06/06/90 N° 21.735

¹⁵ Ley 12270 Art. 1.- Declárase Reserva Natural de conformidad a la Ley 10.907, a las superficies pertenecientes al Fisco Provincial comprendidas en la Circunscripción III del partido de Mar Chiquita, por las Parcelas 17z y 17ac(*), las playas del litoral marítimo desde la desembocadura de la Albufera y el cuerpo de agua y riberas de la Laguna (Albufera) Mar Chiquita, la que se denominará "Mar Chiquita". (*) Lo subrayado se encuentra observado por decreto de promulgación N° 307/99 de la presente Ley.

Art. 3.- Declárase Refugio de Vida Silvestre complementario a la mencionada Reserva, al área delimitada al sudeste por el litoral marino, al noreste por el límite del Partido, al noroeste por vías del Ferrocarril General Roca del ramal entre Estación Juancho y Vivoratá, y al sudoeste por el límite entre la Circunscripción III y la Circunscripción IV.

¹⁶ Promulgación :Decreto N° 307 Del 17/02/99 (con observaciones) Publicación : 25/02/1999 BO N° 23.768

¹⁷ www.patagonianatural.org/areas-protegidas

Otra reflexión que debemos hacer es sobre la actividad minera en la costa. Por un lado, observamos que existen numerosas leyes y decretos que reglamentan la extracción de arena,¹⁸ sin embargo esto se torna negativo a la hora de reglar esta actividad. Esto es consecuencia directa de la contradicción de unos textos con otros. Por eso teniendo en cuenta la jerarquía de los textos normativos y la fecha de su sanción, podemos realizar una lectura armónica de las leyes.

La actividad minera en la costa está terminantemente prohibida; pero en algunas zonas se puede realizar con la debida autorización de la autoridad de aplicación. Sin embargo, existen numerosas denuncias de vecinos, respecto al incumplimiento de esta normativa. Este es un ejemplo de la importancia que tiene el acceso a la información como forma de control ciudadano.

Asimismo, para establecer los límites legales de la franja costera, debemos tener en cuenta dos normas, el Decreto n° 10.391/87 y la ley 12257.¹⁹ Estas normas determinan que es potestad de la Provincia de Buenos Aires, fijar la línea de la rivera a través de la autoridad del agua.

Dentro de su articulado, el Código de Aguas posee otra disposición aplicable al desarrollo urbano costero. El artículo 142²⁰ prohíbe el loteo y la edificación a ciento cincuenta metros del océano y sobre los

¹⁸ Decreto ley 8758/77:Art.1: Las extracciones de arena que se realicen tanto en playas marítimas como en los terrenos colindantes con ellas, deberán permitir la reposición natural del árido en lapsos prudenciales; a ese efecto, la autoridad minera dictará las normas particulares de extracción para cada caso. Promulgación: del 4/4/77 Publicación: del 19/4/77 B.O.N° 18504

Art. 4.- (Texto según Ley 12.175) En jurisdicción de los Partidos de Mar Chiquita, General Pueyrredón, General Alvarado y Lobería la extracción de arena de playas marítimas podrá ser realizada única y excepcionalmente por entidades públicas estatales, previo permiso otorgado por la autoridad minera de la Provincia de Buenos Aires.

Decreto n° 5657/85 Art. 1: Céese la extracción de arena de las playas marítimas pertenecientes al dominio público de la Provincia de Buenos Aires, definidas por el artículo 2340 inciso 4° del Código Civil en la zona ubicada inmediatamente al sur del Faro de Punta Mogotes hasta playa Los Acantilados en el Partido de General Pueyrredón.

Art. 2.- Prohibase la extracción de arena de todos los inmuebles, públicos o privados contiguos a dichas playas y en todo el Partido de General Pueyrredón, hasta la altura de un metro por sobre la línea de las más altas mareas normales proyectado horizontalmente en el terreno.

Art. 3.- Deslindese provisoriamente y en forma actualizada el dominio público de las playas marítimas del privado de propiedad particular en las tierras situadas entre el Faro de Punta Mogotes y playa Los Acantilados y desde la zona del camino Mar del Plata-Miramar hasta el mar, en base a la línea de ribera trazada de acuerdo a la cota fijada en el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 171/63 del 25 de Octubre de 1963. Promulgación: 29/10/85 Publicación: 31/10/1985

Ley 12175: Art 1: Modifícase al Art. 4° de la Ley 8758, el que quedará redactado de la siguiente manera: Art. 4° - En jurisdicción de los partidos de Mar Chiquita, General Pueyrredón, General Alvarado y Lobería, la extracción de arena de las playas marítimas podrá ser realizada única y excepcionalmente por entidades públicas estatales, previo permiso otorgado por la autoridad minera de la provincia de Buenos Aires. Promulgación: Decreto N° 3792 del 16/10/98 Publicación: 26/10/1998 BO N° 23702

¹⁹ Decreto n° 10.391/87 Art 1°: Declárese que es de potestad exclusiva de la Provincia de Buenos Aires, determinar y fijar la línea de ribera en el ámbito territorial que le es propio, sin perjuicio de las facultades jurisdiccionales que le competen al Gobierno Nacional en la materia Promulgación :del 30/11/87 Ubicación :c24 h53

Ley 12257. Código de aguas: Art. 18: La autoridad del Agua fijara y demarcara la línea de ribera sobre el terreno, de oficio o a instancia de cualquier propietario de inmuebles contiguos o de concesionaria amparados por el Código de aguas. Promulgación :Decreto N° 95 del 26/01/99 (con observaciones) Publicación :DEL 09/02/1999 BO N° 23.756 (Suplemento)

²⁰ Código de aguas Art. 142: Prohibese el loteo y la edificación en una franja de ciento cincuenta metros aledaña al Océano Atlántico y la edificación sobre los médanos y cadenas de médanos que lleguen hasta el mar aún a mayor distancia.

médanos y cadenas de médanos. Otra norma importante es la Ley 8.912/77²¹, en la parte pertinente al tema en estudio, estipula la sesión al Fisco de la Provincia de Buenos Aires, de una parcela destinada a usos complementarios de la playa, con determinadas características.

También resalto la importancia del control por medio del estado y de los ciudadanos, que permita que sea efectiva la aplicación de la ley; tengamos en cuenta que el decreto ley que regla los conos de sombras, los carteles y las súper estructuras es del año 1972.²² ¿Cuántas violaciones se han hecho de esta ley en tantos años? Hay que exigir la sanción de los funcionarios públicos que den permisos por excepciones dudosas. Por otra parte, no se deben aplicar multas a los particulares que realizan obras sin cumplir los requisitos de ley, ya que cuando se sanciona con multa, se les facilita el pagar una suma de dinero irrisoria y seguir con los emprendimientos que les darán en el futuro una gran ganancia económica. Considero apropiado que se demuelan las obras realizadas ilegalmente y se paguen los daños ambientales producidos. Esta es una sanción efectiva que protege a este bien jurídicamente de manera eficaz.

En los párrafos anteriores, corroboramos la existencia de una gran cantidad de normas que regulan el desarrollo urbano costero, considero que estas resultan insuficientes para resguardar el bien jurídico, porque en general son normas dispersas por el ordenamiento jurídico, no específicas de este tema sino que protegen al medio ambiente en general o a la costa en sus diferentes aspectos. Esto provoca que haya una desprotección respecto de los efectos negativos que produce el desarrollo urbano en las costas bonaerenses. En consecuencia, teniendo en cuenta lo desarrollado en los párrafos anteriores, es notable la necesidad de sancionar leyes en materia urbanística, que reflejen un trabajo interdisciplinario y que tenga en cuenta la coordinación del los diferentes estamentos estatales. Por esa razón, propiciamos la sanción de una ley de presupuestos mínimos para la protección costera, a través de la cual se consagren los lineamientos esenciales que deben orientar el contenido de la legislación derivada.

Para lograr un desarrollo urbano sustentable, es fundamental que la ley de presupuestos mínimos para la protección costera, norme un capítulo sobre ordenamiento territorial, que determine como

²¹ Ley 8.912/77 Art. 58: Al crear o ampliar núcleos urbanos que limiten con el océano Atlántico deberá delimitarse una franja de cien metros de ancho, medida desde la línea de pie de médano o de acantilado, lindera y paralela a las mismas, destinada a usos complementarios al de la playa, que se cederá gratuitamente al Fisco de la Provincia de Buenos Aires, fijada, arbolada, parquizada y con espacio para estacionamiento de vehículos, mediante trabajos a cargo del propietario cedente si la creación o ampliación es propiciada por el mismo. Asimismo y sin perjuicio de lo anterior, dentro de las aéreas verdes y libres públicas que corresponda ceder, según lo estipulado en el artículo 56, no menos del setenta por ciento de ellas se localizan en sectores adyacentes a la franja mencionada en el párrafo anterior; con un frente mínimo paralelo a la costa de cincuenta metros y una profundidad mínima de trescientos metros, debidamente fijada y forestada. La separación máxima entre estas áreas será de tres mil metros. Promulgación: Decreto N° 44.346 del 15-11-47 Publicación: B.O. 28/10/77 N° 18.639.

²² Decreto Ley 7.978/72 Art. 1: Las zonas de playas y/o riberas marítimas, fluviales o lacustres, no deberán ser afectadas por conos de sombra proyectados por construcciones que se autoricen a partir de la fecha de la sanción de la presente ley, ni por carteles, o cualquier tipo de superestructura estable, provisoria o precaria, entre las 9 y 15 horas, en ningún periodo del año.

Art. 2: A los fines de aplicación de la presente, dentro de los 120 días, los municipios deberán determinar las zonas de playas y/o riberas marítimas, fluviales o lacustres, de interés turístico, que se comprenderán dentro de la afectación dispuesta, adoptando las previsiones correspondientes dentro de sus normas de edificación.

herramienta de gestión a la Evaluación Ambiental Estratégica. Cuyas Palazón (2007) lo define como “un procedimiento administrativo establecido en o para la aprobación de los planes, programas, políticas o actos legislativos con incidencia sobre el medio ambiente, con el fin de analizar ambientalmente el ámbito o sector objeto de ordenación así como las propuestas y sus eventuales efectos, siendo el acto administrativo que ponga fin al mismo de trámite o definitivo, de naturaleza discrecional, de imperativa observancia, de obligada información y consulta públicas e inserción en el acto de aprobación”.

Esta evaluación se diferencia a la Evaluación de Impacto Ambiental²³ que norma la Ley General del Ambiente²⁴. Tienen un punto en común que es aplicar el principio de prevención²⁵ en todas las actividades realizadas por el hombre que puedan modificar negativamente al ambiente, pero se diferencian, en que el Estudio de Impacto Ambiental es más acotado, se utiliza ante un proyecto concreto, tanto público o privado, y el resultado de aprobación es para ese caso concreto. En cambio la Evaluación Ambiental Estratégica, permite una valoración integral de un plan, que no solo tiene en cuenta los aspectos ambientales, sino los sociales, económicos y territoriales y que va más allá de un plan urbanístico o territorial, sino significa un cambio en la política ambiental y urbanística de una ciudad.

Otro punto a tener en cuenta, en una ley de presupuestos mínimos para la protección costera, es la determinación de competencias entre los diferentes estamentos del estado. Propiciando la colaboración interjurisdiccional, fortalecer el trabajo de los municipios y realizar un trabajo coordinado para el manejo integrado de la costa.²⁶

VIII. Casos Jurisprudenciales

1) “Acebal, Francisco M. c. Municipalidad de Villa Gesell s/ Amaro. Juzgado en lo Contencioso Administrativo nro.1 de Dolores (08.08.06)”

En esta causa, la actora se presenta, solicitando una medida cautelar, en el marco de una acción de Amparo para solicitar la nulidad absoluta de la Ordenanza N° 2050, expone que por la misma se ha aprobado un "Plan de Manejo Costero" en el que se incorpora un Pliego de Licitación de Unidades Turísticas Fiscales o Balnearios, a los que se pretendería otorgar en concesión por un plazo de 20 años sin

²³ Esain, José A. define al Estudio de Impacto Ambiental, como “el mecanismo legal por excelencia para prevenir los daños ambientales potenciales. Se exige completarlo antes de inicio o de la continuación de la actividad, y tiene por objeto comprobar los efectos nocivos que la misma pueda provocar sobre el medio” en Evaluación de Impacto Ambiental y Medida Autosatisfacción. *Derecho Ambiental (Su actualidad de cara al tercer milenio)* Eduardo Pablo Jiménez (Coordinador) EDIAR, Mar del Plata, 2005.

²⁴ Ley 25675. Artículos 11 al 13. Sanción: 11/06/2002 Publicación: B.O. 28/11/2002

²⁵ El principio de prevención lo encontramos conceptualizado en el artículo 4 de la Ley General del Ambiente: “las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”. Bestani, en su libro no explica que en el principio de prevención, “existe la certeza sobre los efectos que una actividad produce, este tinte al ambiente como derecho de anticipación e implica un legítimo ejercicio del poder de policía ambiental, donde la Administración exigirá procedimientos a efectos de evaluar los impactos ambientales antes de que el emprendimiento comience a funcionar”

²⁶ Asimismo debe existir una congruencia entre las diferentes legislaciones y los lineamientos ambientales y urbanísticos plasmados en una futura ley de presupuestos mínimos.

saber qué efecto tendrían esas construcciones en las erosionadas playas. No se opone a la obra en sí, pero requiere se ordene la realización previa de un Estudio de Impacto Ambiental que garantice la preservación del medio ambiente.

Concordamos con la resolución del Juez que no teniendo por acreditado fehacientemente en autos, la existencia de una evaluación previa de impacto ambiental, respecto de las obras a realizarse en los balnearios referidos de Villa Gesell, determina : “Estimo que debe hacerse lugar a la medida cautelar con el siguiente alcance, es decir que debo ordenar 1) Que la demandada inicie en el término de tres (3) días corridos de la recepción del oficio respectivo, las actividades necesarias para efectuar la evaluación de impacto ambiental con arreglo a los principios y pautas emergentes de la Ley Nro 25.675, actuación que deberá concluir en un plazo mayor de sesenta (60) días corridos a partir del comienzo de dichas actividades, 2) Que la Municipalidad de Villa Gesell y los concesionarios adjudicatarios, se abstengan de realizar cualquier obra y/o cesen las mismas si las hubiesen comenzado en los balnearios objeto de las concesiones surgidas de la Ordenanza n°. 2050, hasta tanto se efectúe el estudio de impacto ambiental ordenado como consecuencia del otorgamiento de la medida cautelar; resolviéndose en ese momento lo que correspondiere según el estado del proceso. 3) Que la Municipalidad de Villa Gesell impida, dentro del alcance de las facultades que le confieren su poder de policía, todas las acciones precedentemente descriptas. (arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional; 20 inc. 2do, 28 y concs. De la Constitución Provincial; 32 in fine y concs. De la Ley Nro 25.675, 22 de la Ley Nro 7166)”.

2) *Carizo María Ester c/ Ministerio de Obras y Servicios Públicos y Otros s/ Pretensión Indemnizatoria. Juzgado Contencioso Administrativo n° 2 de la ciudad de Mar del Plata (12-11-2010) Sentencia Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata (13/11/2011)*

La actora ante un grave problema de erosión costera²⁷, se presentó ante el Juzgado Contencioso Administrativo, interponiendo demanda contra el Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires y el Poder Ejecutivo Provincial. Realizó dos peticiones, una solicitando el cese del daño ambiental a través de la realización de obras defensivas en el sector costero y en la segunda petición solicitó, la reparación de los daños individuales, producidos en su vivienda.

La actora invoca la ley 12.112²⁸. Esta ley especial, declara zona de emergencia al partido de Mar Chiquita por el proceso erosivo que sufre el sector, tengamos en cuenta que es abarcativa de la zona

²⁷ En la demanda relata que en su barrio la erosión costera ha traído problemas gravísimos. En consecuencia explica que la erosión es un fenómeno natural, y que la provincia ha provocado un daño aun mayor realizando obras de infraestructura de puertos y escolleras, sin ningún tipo de previsión. Asimismo denuncia que la problemática se agrava porque la provincia de Buenos Aires no ha realizado obras de defensa para la costa y su vivienda.

²⁸ Ley 12122. Emergencia. Partido de Mar Chiquita. Costas del litoral marítimo. Zona de emergencia. Declaración sanc. 04/06/1998 ; promul. 01/07/1998 ; publ. 10/07/1998 El Senado y Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires sancionan con fuerza de ley: Art. 1 - Declárese zona de emergencia a las costas de litoral marítimo del Partido de Mar Chiquita afectadas por el fenómeno de erosión marítima. Art. 2 - El Poder Ejecutivo dará prioridad,

estudiaba y que la provincia de Buenos Aires ha realizado obras en la zona que la ley citada, determina como prioritaria dejando abandonado al resto del sector.

Tanto el Juez de grado, como la Cámara de Apelación, rechazaron la demanda por considerar que el Estado posee la discrecionalidad de administrar los escasos recursos, aplicando diferentes criterios políticos a la hora de determinar la configuración del litoral marítimo mediante la elección de herramientas que tiendan a proteger sectores de la costa, para ganar terreno al mar o abandonar otros sectores.

En primer lugar, queda claro que la ley establece una prioridad, pero entendemos que esto significa actuar urgentemente y comenzar un plan integral de protección costera, en la zona prioritaria. La ley 12.122 se sancionó en el año 1998, apreciamos que ha transcurrido el tiempo suficiente para llevar a cabo una protección completa de la costa.

En segundo lugar, cuando me refiero a un plan integral, lo hacemos a la luz de las diferentes normas que tienen como objeto la protección del ambiente,²⁹ y que establecen un ordenamiento territorial. Consideramos que se hubiese diseñado un proyecto ambiental que dé prioridad a las zonas determinadas en la ley y que contemple la posterior ejecución de una segunda etapa del proyecto, protegiendo al resto de la costa considerada como motivo de emergencia. Claramente se podría haber evitado que las obras realizadas aun agravaran más las zonas adyacentes.

Consideramos que ambas causas demuestran la importancia de los estudios de impacto ambiental. En la primera hay una ausencia total de estudios y claramente estamos ante una obra clandestina. Es importante resaltar que no es obligación del actor demostrar que la obra va a producir un daño al ambiente, sino la ausencia de estudios realizados, que demuestren lo contrario³⁰.

En la segunda causa estos estudios existen, pero son parciales abarcando las obras que se realizaron y que perjudicaron las zonas adyacentes³¹. Es por eso que reiteramos la importancia de que se regle en una ley de presupuestos mínimos para la protección costera, un capítulo que determine la Evaluación Ambiental Estratégica, que permitan determinar políticas sustentables a desarrollar.

en los términos de la ley 11340, a aquellas obras destinadas a revertir y/o atenuar, en forma urgente e inmediata, los efectos del fenómeno en cuestión, especialmente en el denominado Balneario Parque Mar Chiquita. Art. 3 - Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, el Poder Ejecutivo, a través de los organismos pertinentes, dispondrá la ejecución de estudios y proyectos de obra dirigidos a dar una solución definitiva e integral a este problema en todo el litoral marítimo de la provincia de Buenos Aires. A tal fin, deberá contemplar no sólo los efectos de la erosión marítima sino también el resto de los factores que contribuyen a la degradación geofísica, hídrica y ambiental de la región costera, pudiendo para ello establecer convenios con Universidades y/u otros centros de investigación o estudios especializados en el tema. Art. 4 - Comuníquese, etc. Roma - Ennis - Ferro - López

²⁹ Normas ya citadas: Ley General del ambiente, 25675 y Ley ambiental de la Provincia de Buenos Aires 11.723.

³⁰ Esain (2006) explica que la regla procesal de carga dinámica de la prueba determina que quien debe probar la inocuidad de la actividad es quien detenta los medios para así hacerlo por lo general el titular de ella, y no el simple ciudadano.

IX. Conclusiones

Las costas bonaerenses enfrentan varias amenazas, causadas por diversos factores. Describimos el desarrollo urbano, sin planificación y sin tener en cuenta las consecuencias futuras.

Analizamos casos graves de erosión costera, producida por obras sin los estudios de impacto adecuados, como ha sido la extracción de arena en la actividad minera; la eliminación de médanos para la construcción de avenidas costeras; la forestación y urbanización del campo de dunas y la construcción de escolleras.

Esta degradación supone la pérdida de la biodiversidad, un riesgo para la salud de la población, la pérdida de playa, cambios en el paisaje y perjuicios económicos a la industria del turismo entre otras.

Por un lado apreciamos playas con una calidad estética aparente y conjuntos de edificios de alto nivel. Pero cuanto, más intervenidas están estas ciudades, poseen mayores problemas actuales y futuros.

En todos estos cambios negativos, observamos factores comunes. La falta de planificación y control por parte de las autoridades de los municipios costeros y del estado provincial, así como un mal manejo por parte de los concesionarios de los balnearios. También vemos la falta de coordinación de los estamentos estatales a la hora de unir esfuerzos y tomar medidas adecuadas.

Observamos numerosas leyes dispersas que no logran planificar el crecimiento de las ciudades en forma integral, vacíos legales y poca coordinación entre el Ejecutivo provincial y el municipal, sumado a una carente evaluación interdisciplinaria.

Las zonas costeras necesitan en forma urgente una gestión integrada, esto se traduce en leyes, políticas concretas e instituciones efectivas.³² A la hora de formular políticas, se debe tener la capacidad de crear e implementar aquellas que tengan en cuenta los sistemas naturales y sociales interactuando entre sí, cuantificando sus conexiones y los resultados futuros de las mismas en todos los sistemas.

Asimismo se deben implementar mecanismos de mercados sustentables, logrando un equilibrio entre el desarrollo y la protección ambiental, esto se consigue con un turismo sustentable, es fundamental lograr una estabilización entre las necesidades humanas, y la salud de los ecosistemas.

A su vez, es necesaria una revisión del manejo de las zonas marítimas protegidas y la creación de aquellas necesarias para la protección de la biodiversidad y un mayor control por parte del Estado, sobre los concesionarios y particulares. Y una utilización de medidas de control por parte de la ciudadanía.

Es un desafío que nos involucra a todos, poseemos varias herramientas, dos fundamentales son, la ley nacional 25.831³³ que reglamenta el libre acceso a la Información Ambiental y el decreto provincial

³¹ Acreditado en la causa.

³² Sería un punto importante a normar, en una futura Ley de Presupuestos Mínimos, la creación de una autoridad de aplicación, que evalúe los diferentes planes a realizar en la costa y coordine el diferente trabajo a realizar por los diferentes actores estatales comprometidos en la protección de este bien protegido.

³³ Ley Nacional de Acceso a la Información Pública Ambiental B. O. 07/01/2004

2549/04³⁴ que regula el régimen de libre acceso a la información pública. Como ciudadanos debemos tomar una aptitud participativa; estas normas nos permiten conocer los expedientes referentes a obras en la costa, para poder actuar de manera preventiva, cuando se esté por violar alguna reglamentación al respecto. La educación ambiental es un requisito previo para que la ciudadanía pueda utilizar estas herramientas y ejercer una participación pública activa.

Otra herramienta primordial es la instaurada por el artículo 43 de la Constitución Nacional que establece al Amparo, como una acción rápida y eficaz para de defensa del medio ambiente, dando una mayor amplitud a la legitimación activa que las reglas del derecho clásico.³⁵

Para poder realizar estos cambios en forma efectiva, es necesario que se conciban los planes y proyectos de gestión de forma integral, en los cuales los legisladores se asesoren tanto por científicos pertenecientes a las ciencias naturales, por personas de derecho, arquitectos; y se escuchen a las diferentes industrias interesadas como son la pesquera, industrial y turística. Se haga una base de datos con información científica y se creen puentes entre las diferentes disciplinas, generando entre ellas una nueva área de conocimiento.

³⁴ Garantiza el principio de publicidad de los Actos de Gobierno, el acceso a la información pública, aprueba el reglamento de acceso a Documentos administrativos. Promulgación :2004-10-18 Publicación :2004-03-21

³⁵ Esain (2006) hace una interpretación sobre la legitimación activa en el Amparo Ambiental, a la luz del artículo 30 de la Ley General del Ambiente, sintetizando que "para detener el daño manifiestamente producido se ha extremado el nivel participativo admitiendo la legitimación de "toda persona" sin que necesariamente sea el habitante del lugar donde el daño se produjo. El concepto de afectado en tanto habitante del lugar ha quedado restringido para la acción de recomposición".

Bibliografía:

- BRUNO, Perla- MAZZA, Carlos “Puntos de partidas” en Construcción de paisajes: transformaciones territoriales y planificación en la región marplatense, 1930-1965.” Mar del Plata: Universidad Nacional de Mar del Plata. Facultad de Arquitectura, Urbanismo y Diseño, impr. 2002.
- BESTANI Adriana en “Principio de precaución”. Ed. Astrea Buenos Aires, 2012.
- CHADWICK, George “Una visión sistémica del planeamiento” Editorial Gustavo Gill, S.A. Barcelona, 1973
- CORTIZO, Luis C. y Federico I. ISLA “Land- cover change and cliff retreat along the coasts of Necochea and Loberia, Argentina” IX Simposio Latinoamericano de Percepción Remota- Pto Iguazú, Misiones, Argentina- 6 al 10 de Noviembre de 2000.
- CUYÁS PALAZÓN M. Mercedes Urbanismo Ambiental y Evaluación Estratégica. Universitat de Girona, ISBN: 84-690-1452-8, 2007
- ESAIN, José Alberto “Evaluación de Impacto Ambiental y Medida Autosatisfactiva” en Derecho Ambiental (Su actualidad de cara al tercer milenio) Eduardo Pablo Jiménez (Coordinador) EDIAR, Mar del Plata, 2005.
- ESAIN José Alberto “Competencias Ambientales. El sistema federal ambiental. Fuentes. Distribución y alcances de las funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales. Presupuestos mínimos de protección. ” Abeledo Perrot Buenos Aires, 2008.
- FERNÁNDEZ Roberto - ALLEN Adriana- BURMESTER Mónica - MALVARES MIGUEZ Mirta- NAVARRO Lia- OLSZEWSKI Ana- SEGUA Marisa “Territorio, Sociedad y Desarrollo Sustentable” Estudios de sustentabilidad ambiental urbana- CIAM Centro de Investigaciones Ambientales FAUD/UNMDP- Espacio Editorial Buenos Aires. 1981
- FERNÁNDEZ GRACIA José Francisco- FERNÁNDEZ GONZALES Francisco Javier “Manual de Derecho Urbanístico de Cantabria”. El consultor de los ayuntamientos (La Ley) Wolters Kluwer España, S. A. 2007
- ISLA, Federico I. “Erosión y defensa costeras” en Manual de manejo costero para la Provincia de Buenos Aires. Isla Federico y Lasta Carlos A. (ed.) Eudem Mar del Plata, 2006.
- ISLA, Federico I, . WITKIN, German R. BERTOLA y M. O. FARENGA “Variaciones morfológicas decenales (1983-1993) de las playas de Mar del Plata” en Revista Asociación Geológica Argentina tomo (9) nro. (3) (1994) pp. 4.

- ISLA Federico, Germán BÉRTOLA, Alejandra MERLOTTO2, Ángel FERRANTE y Luis CORTIZO “Requerimientos y disponibilidad de arenas para la defensa de las playas de Necochea y Lobería.” .en Revista de la Asociación Geológica. Argentina.(2009) v.(65) nro.(3) .
- JUÁREZ, Viviana, Luís CORTIZO y Federico ISLA “Evolución urbana del sector costero sur de General Pueyrredón.” en Revista Geográfica, Instituto Panamericano de Geografía e Historia (Ene/Junio 2001) nro (129), pp. 143-156.
- JUÁREZ, Viviana; MANTOBANI José “La costa bonaerense un territorio particular” en en Manual de manejo costero para la Provincia de Buenos Aires. Isla Federico y Lasta Carlos A. (ed.) Eudem Mar del Plata, 2006.
- KOKOT Roberto R. y Mariela OTERO. “Factores ambientales y de riesgo geológico en el área costera de Puerto Quequen, provincia de Buenos Aires” en Revista Asociación Argentina de Geología Aplicada a la Ingeniería y al Ambiente, (1999) nro (13), pp. 87-100.
- MALPARTIDA Alejandro “Ordenamiento territorial, ecosistémica y gestión en cuencas” en Memorias de las Jornadas de Capacitación Ambiental Metropolitanas. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2010.
- MARCOMINI, Silvina C. y Rubén A. LÓPEZ.” Influencia de la urbanización en la dinámica costera, Villa Gesell, Provincia de Buenos Aires, Republica Argentina” en Revista de la Asociación Argentina de Sedimentología, vol 4, (1997),nro (2), pp. 79-96.
- MARCOMINI, Silvia Cristina, Rubén ÁLVARO LÓPEZ y Ayelen SPINOGLIO “Uso de la morfología costera como geoindicador de susceptibilidad a la erosión en costas cohesivas, Necochea, Buenos Aires” en Revista de la Asociación Geológica Argentina (2007) nro 62 (3), pp 396-404.
- MAZZA Carlos, Territorio, paisaje y planificación en Construcción de paisajes : transformaciones territoriales y planificación en la región marplatense, 1930-1965.” Mar del Plata: Universidad Nacional de Mar del Plata. Facultad de Arquitectura, Urbanismo y Diseño, impr. 2002
- MERLOTTO, Alejandra y Géman R. BÉRTOLA. “Consecuencias Socio- Económicas Asociadas a la erosión costera en el balneario parque Mar Chiquita, Argentina” en Investigaciones Geográficas nº 43 (2007) pp. 143-160.
- MERLOTTO Alejandra, Germán R. BÉRTOLA “Evolución urbana y su influencia en la erosión costera en el balneario Parque Mar Chiquita, Argentina.” en Papeles de Geografía 2008. 47-48; pp 143-158.
- MERLOTTO, Alejandra y Germán BÉRTOLA “Coastline evolution at Balneario Parque Mar Chiquita, Argentina” en Ciencias Marinas, vol.35 no.3 Ensenada sept. 2009.

- MERLOTTO Alejandra y Maria Cintia PICCOLO "Vulnerabilidad social en Necochea-Quequén, provincia de Buenos Aires, argentina" Documento on line. 6/2/2010.
- MINELLA Gabriela Garcia "Ley General del Ambiente" " en Derecho Ambiental (Su actualidad de cara al tercer milenio) Eduardo Pablo Jiménez (Coordinador) EDIAR, Mar del Plata, 2005.
- MONTOBANI José M." Entre el trigo y la espuma. Mar del Plata y el problema de la creación de los pueblos balnearios del sudeste de la provincia de Buenos Aires a fines siglo XIX" Mar del Plata, 2002
- PARK Penny. "Gestión de los ecosistemas." en Avances y progresos científicos en nuestro cambiante Medio Ambiente. PNUMA Anuario 2010 pp. 13-23
- PNUMA. "Dimensiones humanas del cambio ambiental" en Perspectivas del Medio Ambiente Mundial. GEO.4 Phoenix desing aid. Marsvej 28.1 DK-8900. Rangers Dinamarca. www.phoenixdesingaid.dk. 2007 PP. 340
- Premios al mejoramiento del entorno costero: El Ejemplo de la Bandera Azul. Foundation for Environmental Education. 2006. www.blueflag.org
- RONDINA Homero "Derecho Urbanístico" Derecho y Ciudad- Universidad Católica Santa Fe- 1993
- ROSATTI Horacio D."Tratado de Derecho Constitucional" Tomo I. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires 2010.
- ROSATTI Horacio D." Derecho Ambiental Constitucional" Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires 2007.
- SCHNACK Enrique J., Jorge R. ÁLVAREZ y José L.CIONCHI. "El carácter erosivo de línea de costa entre Mar Chiquita y Miramar, Provincia de Buenos Aires" Simposio Oscilaciones del Nivel del Mar Durante el Ultimo Ciclo Deglacial en la Argentina, Actas,118-130 Mar del Plata (IUGS-UNESCO)1983.

EL EJERCICIO DE LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS EN LA RATIFICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES: Caso del Estatuto de Roma

Por Yennesit Palacios Valencia

RESUMEN

En sus albores el derecho internacional se constituyó como un discurso netamente interestatal, motivo por el cual se les designen, *per se*, a los Estados como sujetos plenos, titulares de derechos y obligaciones jurídico-internacionales. No obstante, aunque con personalidad pasiva, también la persona humana puede ser objeto de responsabilidad internacional cuando se cometan crímenes graves de trascendencia internacional, juzgamiento que está atribuido a la Corte Penal Internacional (CPI), Tribunal permanente que aún no tiene competencia mundial o universal, en el entendido, de que por la necesidad de un orden público global, aunque en principio, la CPI funciona para sancionar delitos graves que se cometan en cualquier lugar del mundo por tener como afectada directa a la humanidad, dicha misión se ve afectada, ya que por actuar soberano no todos los Estados han ratificado su tratado constitutivo, esto es, el Estatuto de Roma (ER) y tampoco le han dado competencia contenciosa, pues al ser independientes de fuerzas externas de poder, no están sometidos a un control superior, lo cual tiene repercusión en la aplicación de las normas del derecho internacional, que pueden llegar a obligarlos o no, en atención a la ratificación de tratados internacionales.

PALABRAS CLAVES

Corte Penal Internacional - Crímenes internacionales - derecho internacional - tratados internacionales - soberanía - Estado.

THE EXERCISE OF THE SOVEREIGNTY OF STATES IN THE RATIFICATION OF INTERNATIONAL TREATIES: Rome Statute

By Ynessit Palacios Valencia

ABSTRACT

Initially international law is clearly established as a discourse interstate why they designate, per se, to the States as full subjects, rights holders and international legal obligations. However, even with passive personality, the individual can also be subjected to international responsibility when committed serious international crimes, prosecution which is attributed to the International Criminal Court (ICC), Permanent Court has no jurisdiction World, on the understanding that, for the need of global public policy, although in principle, the ICC works to punish serious crimes committed anywhere in the world to have as direct affected mankind, the mission is affected, since by sovereign act all States have ratified its founding treaty, that is, the Rome Statute (ER) and neither have given jurisdiction, as to be independent of external forces of power are not subject to oversight, as which has an impact on the application of the rules of international law, which can reach force or not, in view of the ratification of international treaties.

KEYWORDS

International Criminal Court - International crimes - international law - international treaties - sovereignty
- state.

EL EJERCICIO DE LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS EN LA RATIFICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES: Caso del Estatuto de Roma

Por Yennesit Palacios Valencia*

I. Introducción

El derecho internacional clásico, era definido como la rama del derecho que regulaba las relaciones jurídico internacionales entre los Estados, razón por la cual tenía como característica básica el ser inter-estatal (DIEZ 1973: 62). Sin embargo, a lo largo de la historia este concepto ha sufrido grandes cambios y transformaciones, variando con ello la concepción de sujetos de derecho internacional, que antes era exclusiva de los Estados como sujetos primarios por excelencia en el ejercicio de la soberanía (RUIZ y otros, 2009: 52).

Concepción que trascendió, entre otras cosas, por diferentes contextos emanados de la Segunda Guerra Mundial, con lo cual se integró a la persona humana en la categoría de sujetos del derecho internacional, pues anteriormente el derecho internacional clásico "no concedía al individuo ningún derecho pero tampoco le imponía deber alguno". (JESCHECK 1981: 105). Se transforma entonces la idea de ver a los Estados como los únicos titulares de responsabilidad internacional, puesto que la persona humana también adquieren tal subordinación como lo demuestra la experiencia más completa en la materia por el caso del Tribunal Penal Militar de Nüremberg, y por la creación a *posteriori* de los Tribunales Penales Internacionales.

Sin embargo, no debe confundirse el sistema de responsabilidad internacional atribuida exclusivamente al Estado por violaciones de derechos humanos, de la responsabilidad atribuida a la persona humana en materia penal, dos asuntos que aún relacionados entre sí, tienen divergencias sustanciales. Pues a diferencia de los Tribunales penales que determinan la responsabilidad individual por crímenes contra la humanidad, los Tribunales especializados en derechos humanos se encargan de declarar o no, la responsabilidad del Estado por violaciones a derechos humanos (TORO 2002: 667).

Por lo tanto, aunque es titularidad única la responsabilidad internacional del Estado, bajo el principio de que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional,

* Abogada de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín. Especialista en Cultura Política y derechos humanos de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Magister y doctoranda en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Magister en Relaciones Internacionales de la Universidad Internacional de Andalucía. Ha sido docente-investigadora en la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín y de la Universidad Santo Tomás. Coordinando las Líneas de Investigación en Género y Derechos Humanos respectivamente. Mail yennesit.palacios@gmail.com

postulado desarrollado extensamente por la Comisión de Derecho Internacional. Hoy la persona humana puede responder internacionalmente pero en materia penal, cuando se trate de delitos graves y de trascendencia internacional por "la constitución de crímenes internacionales nucleares" (AMBOS y otros, 2009: 24), por entenderse como afectada directa la humanidad en su conjunto. Idea puesta en acción al finalizar la Segunda Guerra Mundial en los Juicios de Nüremberg y en la constitución del Tribunal de Tokio.

Pues se generó la posibilidad de que los individuos fuesen penalmente responsables por graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, cuando se presenten conductas que lesionen de manera grave bienes jurídicos reconocidos y protegidos universalmente. Cambiando así la vieja idea de atribuirle a los Estados responsabilidad única en el campo internacional.

Así pues, han surgido diversos sistemas de responsabilidad, o dicho de otro modo, una es la manera como es juzgada la persona humana y otra es la sanción internacional atribuida a los Estados, sistemas que aunque cuantitativa y cualitativamente diferentes, optan por procedimientos que además de proteger al ser humano por la humanización del derecho internacional, intentan al mismo tiempo luchar contra la impunidad. De ésta forma, los Estados serían internacionalmente responsables cuando no cumplan con el deber de respeto y garantía en relación a las obligaciones jurídico internacionales, y la persona humana lo será, por la comisión de crímenes de derecho internacional.

Pero hay que advertir que tal subjetividad internacional en el caso de la persona humana es relativa, ya que no se cuenta con las mismas facultades de los Estados como sujetos originarios, ante la ausencia de personalidad jurídica para actuar. Pero puede ocurrir que, a través de tratados internacionales, los Estados logren ampliar o limitar dicha subjetividad. Pues aquellos "han ido estableciendo diversas normas dirigidas a la protección de intereses individuales o de grupo. Y sí bien el ser beneficiario de esas normas no convierte *ipso facto* al individuo en sujeto de D.I., tampoco le puede reducir por ello a la condición de mero objeto de este orden jurídico" (DIEZ 1973: 304).

Hoy en día por ejemplo, se ha constituido la Corte Penal Internacional a través del (ER), Tribunal que puede juzgar a la persona humana¹ por la comisión de crímenes internacionales, con lo cual es claro que la responsabilidad internacional es compartida, así, los Estados aunque en otro sistema, no son los únicos que pueden ser llamados a responder ante un ilícito internacional. No obstante, como se expone en este escrito, tal situación puede estar subordinada al ejercicio de la soberanía de cada Estado en la ratificación de tratados internacionales, la cual puede verse limitada, o no, a los intereses políticos, jurídicos, económicos o de cualquier otra índole, que supeditan el escenario internacional, por las estrategias de los Estado en la forma de obligarse internacionalmente respecto a sus ciudadanos.

¹Como se desprende del Estatuto de Roma, La CPI será una institución permanente, que estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales.

II. La persona humana como sujeto de derecho internacional

En relación a los sujetos, el derecho internacional clásico y el derecho internacional moderno, por antonomasia se contraponen entre sí. En el primero caso los Estados se consagran como sujetos plenos y originarios pues prácticamente era un derecho característico de los Estados, porque es en ellos donde nace y se desarrolla el derecho internacional, y por ello sólo se tiene como sujeto, como actor único, por antonomasia al Estado (VALENCIA 2003: 513). En el segundo caso la subjetividad se entiende compartida, precisamente por el surgimiento de nuevos actores como sujetos de derechos internacional.

En este orden de ideas, la persona humana en el campo internacional no se asumía como sujeto de derecho, porque se creía que aquella estaba sometida únicamente al poder del Estado, como ente en principio con soberanía absoluta. Empero, a lo largo de la historia aparecen algunas instituciones protectoras como el derecho de asilo, la protección diplomática, y la intervención por causa de humanidad, todas ellas, pensadas para proteger básicamente los derechos humanos de los extranjeros, en una incipiente regulación que contenía un conjunto de derechos que comprometían a los Estados.

Como se puede observar, ni los sujetos del derecho internacional ni su materia fueron, son y serán siempre los mismos. La praxis internacional enseña: *"cómo en épocas pasadas existieron ciertos entes que no eran sujetos del derecho de gentes y ahora lo son, cómo no existieron ciertas entidades que en la actualidad existen y son sujetos jurídicos-internacionales"* (VALENCIA 2003: 92). De esta forma la persona humana a diferencia de otras épocas no es sólo titular de derechos sino también de obligaciones, es decir, un sujeto de derecho internacional, pero con subjetividad pasiva, lo cual difiere de los Estados cuya subjetividad es plena.

Pues bien, notoriamente el derecho internacional moderno ha evolucionado, ya que sin duda alguna el proceso humanización del derecho internacional se ha estandarizado desde hace algún tiempo, comprometiendo la administración de justicia y la internacionalización de la jurisdicción penal en particular. *"De tal suerte que, el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales con vocación universal, ha permitido que se desarrolle y consolide una situación muy diferente a la que prevalecía hasta hace apenas una década, con la competencia soberana de los Estados"* (PRIETO, 2005: 13). Con todo, la concepción de soberanía ha variado viéndose limitada en pro de la tutela de los derechos humanos que surgen como límites al poder del Estado.

III. Noción de Soberanía

Con la evolución del derecho internacional, ha tenido un giro trascendental también la figura de la soberanía de los Estados. Aquella, deriva de las voces latina *super y omnia*. Su significado es entonces, la cualidad máxima no subordinada, a ninguna otra. Está noción lleva implícita la negación de cualquier poder superior, ya que poder soberano quiere decir poder supremo (PANTOJA 1973: 11). Es la instancia más alta de actuación entre los Estados que, como sujetos con independencia, no están subordinados a ningún otro poder, de ahí la importancia del principio de no intervención, precisamente por la obligación que se deben los Estados de no inmiscuirse en los asuntos de otros sujetos de derecho internacional. Por ello, como explica Miguel Villoro la soberanía se concibe como el poder supremo e independiente, como la última instancia ante la cual se deben inclinar todas las decisiones que afectan la vida de la comunidad

(VILLORO, 1962: 682).

James, citado por Escudero, expresa que la soberanía es una condición legal, absoluta y unitaria. Características que el mismo autor explica siguiendo a Robert H. Jackson, de la siguiente manera: "legal, en cuanto no está subordinada a ninguna otra soberanía sino que es necesariamente igual para todos los Estados en el derecho internacional. Absoluta, en cuanto no existe una forma intermedia de ejercerla, siendo los Estados independientes de forma categórica. Y unitaria, en tanto un Estado es una autoridad suprema en su propia jurisdicción" (ESCUDERO 2002: 19).

No obstante, la idea de entender el ejercicio de la soberanía como absoluta, es bastante cuestionable, sobre todo en relación a la práctica del principio de no injerencia entre Estados, puesto que a diario se observa como las grandes potencias intervienen en los asuntos de terceros Estados. Además no se puede pregonar una igualdad jurídica absoluta. Esto se manifiesta en la forma como algunos evaden sus compromisos internacionales, así sea en razón a un tratado y sin obtener una efectiva sanción, precisamente por tratarse de entes que tienen el monopolio de la fuerza, más allá del respeto por las obligaciones contraídas a nivel internacional, sobre todo en cuanto se refiere a la garantía y defensa real de los derechos humanos.

Por su parte Linares Quintana, citado por Rodríguez, precisa que la soberanía es una noción difícil de definir, no obstante, dice que se trata de una cualidad propia del Estado, la cual denota que éste se encuentra por encima de los demás grupos sociales (RODRÍGUEZ 2005: 149). Finalmente, desde el derecho penal Soler, la describe como la facultad que tiene un país de regular la conducta humana y las relaciones jurídicas dentro de su territorio con exclusión de todo poder extraño (SOLER 1988: 199). Dejando de lado otras concepciones e interpretaciones de la soberanía del Estado que en definitiva se reconducen a la fundamentación voluntarista o antivoluntarista del derecho internacional, interesa poner de relieve los siguientes puntos:

En el plano jurídico la soberanía no es un poder ilimitado del Estado; 2. En el plano de los hechos, la soberanía estatal cobra frecuentemente perfiles políticos, pero tampoco desde este punto de vista es un poder ilimitado del Estado; 3. Jurídicamente, la soberanía implica la igualdad de los Estados; 4. También en el prisma jurídico comporta la independencia de los Estados y el deber de no intervención; 5. El principio de soberanía sigue teniendo carácter constitucional en el derecho internacional de nuestros días, lo que comporta consecuencia del relativismo, por más que el medio colectivo en que vive inmerso el Estado introduzca algunos límites a este relativismo; 6. En su dimensión jurídica, la soberanía del Estado tiene carácter funcional y se traduce en la posesión y ejercicio de una serie de competencias (PASTOR 1980: 278).

En general, como menciona Ferrajoli, la soberanía pasó de ser considerada un poder ilimitado, de ser conceptualizada como una libertad absoluta y salvaje, a configurarse como un concepto que se

encuentra subordinado jurídicamente, a dos normas fundamentales: el imperativo de la paz y a la tutela de los derechos humanos (FERRAJOLI 1999: 144). De esta manera, para garantizar el respeto a los derechos humanos en toda su extensión y complejidad, los Estados más allá de su *imperium* se enfrentan con una serie de normas de carácter internacional, que pretenden conformar un código universal, ante la existencia de determinados crímenes especialmente graves, para penalizar a los individuos ya no a nivel interno en cada Estado, sino fuera de su órbita de acción, fortaleciéndose el derecho penal internacional que comprende todas las normas de derecho internacional, que establecen de manera directa consecuencias jurídico-penales (AMBOS y PONS, 2006: 375). Así, de esta forma, la persona humana, también pasa a ser titular de responsabilidad, en una peculiar protección que traspasa la esfera de los Estados, debido entre otras cosas, a la internacionalización de la jurisdicción penal.

Pero hay que aclarar, que el derecho internacional tiene la característica de ser subsidiario y complementario, de tal forma que se le deja al Estado el deber-poder de resolver aquellas controversias que estén a su alcance, y sólo en la medida que no cumpliera con otros presupuestos en la lucha contra la impunidad, bien porque no exista normatividad aplicable, o porque la existente sea ineficaz, o porque es inoperante en la custodia, captura, enjuiciamiento y reparación si es el caso, podría activarse la justicia internacional, esta opción siempre dependerá si el Estado ha ratificado o no, tratados internacionales que le obligan a ello, para que a nivel internacional el Tribunal encargado si tuviese competencia resuelva.

En este evento, el único Tribunal Penal Internacional Permanente creado para juzgar a la persona humana, con pretensión de universalidad, es la CPI regulada en el ER, que no ha sido ratificada por algunas potencias mundiales, entre ellas una bien importante en el orden mundial como lo es los Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU), pues con posterioridad al documento ya firmado por la administración Clinton, el gobierno de Bush decidió no someterlo a ratificación del senado y revocó la firma del mismo. Esto sucede porque cada Estado decide si desea o no, conforme a sus lógicas de acción adoptar un tratado internacional, máxime cuando están en juego los intereses de sus nacionales.

Conforme a esto, es pertinente precisar un poco algunas nociones básicas sobre la creación y adopción de tratados internacionales, para entender en apartados posteriores cómo ha sido la creación y aplicación hasta la actualidad del Estatuto de Roma, en unos casos prácticos que permitan visibilizar como los factores de poder y el ejercicio de la soberanía condicionan el vinculo directo de todos los Estados en la ratificación de dicho tratado, por las obligaciones que de él se desprenden dentro de su territorio respecto a sus nacionales. Esto será necesario para entender el cambio que se produce en el derecho internacional, posterior al período de entreguerras, terminada la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad.

IV. **Los tratados internacionales como fuentes de derecho internacional**

Como punto de partida, hay que iniciar diciendo que, el derecho internacional, denominado así por el *ius internacionalista* Jeremy Bentham, puede ser definido como un conjunto de normas y principios que regulan las relaciones jurídico-internacionales relevantes entre sujetos de derecho internacional, sean

ellos los Estados como sujetos originarios, órganos, organizaciones, o demás entes con personalidad y capacidad jurídica para actuar en la comunidad internacional, o dicho de otra manera, el derecho internacional público se ocupa simple y llanamente de regular las relaciones entre los sujetos de derecho internacional (VALENCIA 2003: 246).

De tal definición, como fuente primaria de derecho internacional están los tratados, sea en sus múltiples variaciones conceptuales: convenios, convenciones, pactos, estatutos, acuerdos, protocolos, indistintamente de como se le pueda denominar. No ocurriendo lo mismo con las declaraciones, pues aquellas con algunas excepciones, — la Declaración Universal de Derechos Humanos, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ambas de 1948, que contienen normas de *ius cogens*, y por tanto gozan de imperatividad — no tienen la fuerza vinculante de la que sí gozan los tratados respecto de los Estados, pues sus normas serán de obligatorio cumplimiento para quienes los adopten, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, pues los tratados son ley para las partes, principio rector de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados.

De esta forma, los tratados internacionales constituyen una de las fuentes primarias junto con la costumbre internacional, pues muchos acuerdos fueron antes costumbre y *a posteriori* se materializaron en tratados, convirtiéndose así en fuentes del derecho internacional o del antes denominado derecho de gente o *ius gentium*, el cual tuvo varias acepciones, bien sea para identificar el derecho aplicable entre romanos, o el derecho aplicable entre extranjeros no ciudadanos romanos (*peregrini*) y los romanos. En fin, era un derecho aplicable a todos los pueblos sin distinción de nacionalidad.

Desde el criterio de fuentes del derecho internacional, se puede decir que los tratados existen desde antaño, como una forma de mediar en el arreglo de las controversias internacionales entre los pueblos, y posteriormente entre lo que hoy denominamos Estado, de ahí que se puede decir que muchas guerras terminaron gracias a la mediación de un acuerdo entre las partes.

Aunque hay discusión doctrinaria sobre en qué época específicamente se da nacimiento a los primeros acuerdos internacionales, y al mismo derecho internacional, se puede decir que como forma de diálogo para resolver los conflictos entre los pueblos se recurría a los acuerdos los cuales podían hacerse también de forma verbal. Por tanto, estos han existido a lo largo de la historia, la diferencia radica en que no estaban contenidos en forma jurídica, precisamente pasaron a ser costumbre como fuente no escrita, pues las conductas desplegadas para llegar a los respectivos pactos, al ser reiteradas, generales, duraderas y espontaneas, sin ser impuestas, pasaron a ser obligatorias como conductas comúnmente aceptadas por los entes soberanos.

Acorde a lo expresado, hay una coyuntura clave, claramente identificada en el derecho internacional en los tratados de paz de Westfalia en 1648, con la idea de soberanía nacional, idea que va ser ratificada por la mayoría de las potencias europeas que suscribieron dicho tratado. Aún así, el acuerdo de paz, escrito, y más antiguo, del cual se tiene conocimiento, el Tratado de Kadesh, data aproximadamente de 1285 a.C. De ahí que si se hace un seguimiento histórico, muy posiblemente detrás de muchos tratados estará la reseña de un hecho bélico.

4.1. Proceso de creación de tratados internacionales según la Convención de Viena de 1969

En la actualidad, con la positivación del derecho internacional en relación con el efecto declarativo de la costumbre internacional, al adoptarse la misma a través de tratados y considerando la función esencial de los tratados en la historia de las relaciones internacionales, la Convención de Viena de 1969 recopila todas las normas que regulan la materia, basándose también en los principios de derecho internacional reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas. Creando así, un *corpus iuris internacional* en materia de tratados. Así se genera mayor seguridad jurídica en la forma como los Estados deben regirse conforme a los acuerdos que suscriben, teniendo como principio rector la buena fe de las partes contratantes (Art. 26).

Los tratados son la fuente por excelencia del derecho internacional, "es el procedimiento principal de creación de normas jurídicas internacionales, tanto por la peculiar estructura de la sociedad internacional como por el carácter eminentemente consensualista del derecho internacional. además, los sujetos del derecho internacional encuentran en este instrumento convencional las ventajas de la seguridad que proporciona el celebrarse generalmente por escrito, junto con la flexibilidad que permite su régimen jurídico, basado en la voluntad de las partes" (RUIZ y otros, 2009: 128). En general, la elaboración de un tratado puede ser un proceso largo y complejo. Su formación arranca con las negociaciones llevadas a cabo con las partes interesadas, las cuales tras un proceso que puede en ocasiones durar años, si tiene éxito y se llega a un acuerdo desembocarán en la adopción del texto que plasma el acuerdo final de los participantes en un contenido concreto. (LOPEZ y otros, 2011: 94).

La Convención de Viena ya enunciada, establece unos pasos básicos para la creación de tratados internacionales, los cuales pueden resumirse en 4 etapas, a saber: *La negociación*, que es el momento donde las partes dejan sobre la mesa las reglas de juego, se insta a quiénes podrán ser las partes participantes en caso que sea multilateral y se permita *a posteriori* la adhesión de terceros Estados, se desarrolla el objeto y fin del mismo, y se deja por escrito desde el idioma oficial con el cual se suscribirá, hasta las causales de terminación, y también se debe precisar si puede ser objeto o no de reserva como acto jurídico unilateral.

Superada dicha etapa, se debe *adoptar el texto*² con su redacción definitiva, pues las partes deben establecer su consentimiento, el cual es una mera manifestación de voluntad que no obliga a las partes, así se procede a *la firma*, etapa donde los ministros plenipotenciarios, o cada uno de los presentes, dan su aceptación inicial a lo ya negociado y redactado, sin que ello implique compromiso. Una vez adoptado pasa autenticarse de manera que ya no podrá ser modificado. Por lo tanto, la autenticación es el acto por el cual se establece el texto definitivo y auténtico del tratado (PASTOR 1980: 95).

Como se observa, sería sólo un primer momento que dependerá finalmente del proceso interno

²La adopción del texto de un tratado se efectuara por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, salvo la adopción de un tratado en una conferencia internacional que se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente. Art 9.1, 9.2. Convención de Viena de 1969.

que se lleve en cada Estado, así se llegaría a la etapa de la *ratificación*, que en términos de la Convención de Viena (Art. 2.b), es el acto internacional por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado; no obstante, según la normatividad de cada país, este proceso puede hacerse de una manera u otra.

Por lo general, en la ratificación suelen intervenir de manera armónica las ramas del poder, para hacer control de convencionalidad, esto es, el legislativo, ejecutivo y judicial. Este último para validar su coherencia con la Constitución, labor que le corresponde a los Tribunales Constitucionales, para que finalmente el texto sea aprobado a través de una ley por el legislador, y ratificado finalmente por el presidente de cada país según el caso, con la sanción presidencial. Y culmina con el canje o depósito según sea bilateral o multilateral, y finalmente se registra donde convengan las partes y se publica. Todo esto respecto de los tratados solemnes, pues también puede hacerse de manera simplificada, en cuyo caso se entiende materializado el tratado desde el momento mismo de la firma de las partes. Vale decir, que los tratados que comprometan garantías constitucionales, jamás podrían hacerse de modo simplificado, como es el caso de los acuerdos que versen sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario.

V. **Caso del Estatuto de Roma**

En general los tratados internacionales forman parte de la diplomacia mundial, y como tal, pueden ser adoptados o no, según los criterios de conveniencia de cada Estado. Pues hay una serie de factores que influyen en su adopción desde los políticos, comerciales económicos y hasta los jurídicos, y no siempre esto confirma la buena voluntad de las partes. Aunque en ocasiones son suscritos estratégicamente, para poder conseguir o no dejar de percibir ciertas prebendas o estatus internacional. Y es apenas lógico, pues no existe ningún órgano ni organismo, más allá de la moralidad pública que tenga la fuerza de obligar a algún Estado u otro sujeto de derecho internacional con capacidad, a que se haga parte de un tratado por intereses plenamente identificados con la generalidad de la humanidad en su conjunto. Por lo tanto, en el presente caso, la diplomacia internacional no sirvió de suficiente presión para cumplir tal cometido, en lo que a los Estados opositores del ER se refiere.

Ello obedece a que potencias como EE.UU, Rusia, y China, hasta hoy sean Estados reacios en la ratificación del ER, en la constitución del primer Tribunal Penal Permanente en toda la historia de la humanidad, intento que venía frustrado desde la Primera Guerra Mundial.

En el caso de los EE.UU, también tratándose de responsabilidad internacional del Estado, a nivel regional en lo que compone el Sistema Interamericano, tampoco le ha dado competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que lo pueda sancionar cuando se vea implicado en presuntas violaciones de derecho humanos, y mucho menos actualmente en la jurisdicción penal internacional, regida en el ER.

Ésta firmeza en su actuar como superpotencia, tiene precedentes fielmente marcados desde la II Guerra Mundial, donde los vencedores hasta el día de hoy, marcaron las consecuencias de lo que pueden lograr las grandes potencias, no sólo en la transformación y aplicación del derecho, sino en la

conformación de bloques de poder.

No obstante, con el precedente de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio, y después de la creación de los tribunales *ad hoc*, para la antigua Yugoslavia y Ruanda, finalmente se adoptó en julio de 1998 el ER con el que nace la Corte Penal Internacional, primera institución judicial penal internacional diseñada para funcionar de modo permanente (SANCHEZ 2004: 304).

Fue la necesidad de lograr un consenso que permitiera la adopción de un texto que fuese aceptable para todos los Estados, pero que a la vez reflejase las condiciones mínimas necesarias para el cabal funcionamiento del órgano que se estaba gestando, que dieron como resultado el documento final del ER, que muchos autores han considerado como perfectible y hasta un poco débil. Pues después de intensas negociaciones, la diversidad de criterios, sistemas jurídicos, realidades culturales, sociales y religiosas dificultaron su conclusión (BETANCOURT 2012: 356).

Según lo establecido en el ER., la CPI tiene competencia respecto de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto –el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra– cometidos después del 1 de julio de 2002. Cada uno de dichos crímenes está claramente definido en el ER y otros textos conexos, vale decir entre ellos, los IV Convenios de Ginebra que regulan el derecho internacional humanitario o el derecho de la guerra.

La CPI también tendrá competencia respecto del crimen de agresión, que aunque ya cuenta con regulación producto de la Conferencia de revisión del ER en Kampala (Uganda), aún su aplicación está supeditada hasta el 2017, fecha establecida para poder activarlo si no cambian las circunstancias previstas.

De esta manera, la CPI sólo puede ejercer competencias respecto de dichos crímenes internacionales cuando han sido cometidos en el territorio de un Estado Parte o por uno de sus nacionales. Sin embargo, esas condiciones no se aplican en caso de que una situación sea remitida al Fiscal de la CPI, por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CdS), cuyas resoluciones son vinculantes para todos los Estados Miembros de la ONU sean o no parte del ER, aunque también puede ocurrir que un Estado no parte formule una declaración aceptando la competencia de la Corte.

Dentro de las particularidades del ER, se puede destacar que el cargo oficial de una persona como Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso le exime de enjuiciamiento ni de responsabilidad penal. Los superiores o jefes militares son penalmente responsables como cualquier persona, por los crímenes de competencia de la CPI cometidos por personas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad. Sin embargo, la CPI no puede enjuiciar a personas que fueran menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen, por ser contrario a la filosofía de tratados internacionales ya existentes, como lo es Convención de los derechos del Niño de 1989, que es el tratado que regula la protección especial a quienes gocen de tal categoría.

En cuanto a su finalidad, el ER establece que La CPI debe complementar los sistemas nacionales

de justicia penal, no reemplazarlos, pues el derecho internacional siempre debe operar de manera subsidiaria y complementaria. Sólo podrá enjuiciar cuando los sistemas nacionales de justicia no emprendan procedimientos, o alegan que lo han hecho pero son inoperante y no pueden realmente hacerlo. Este principio fundamental se conoce como principio de complementariedad, la colaboración armónica como mecanismo jurídico entre la Corte y las jurisdicciones nacionales de los Estados, o como diría Escobar Hernández la coordinación entre las jurisdicciones penales (ESCOBAR HERNÁNDEZ 2000: 261)

En cuanto a las investigaciones la encargada de hacerlas es la Fiscalía de la Corte, pues quien haga sus veces puede iniciar una investigación o un enjuiciamiento de tres maneras, a saber:

- a. Los Estados Partes en el Estatuto de la CPI pueden remitir situaciones al Fiscal.
- b. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede pedir al Fiscal que inicie una investigación.
- c. El Fiscal puede, de oficio, iniciar investigaciones sobre la base de la información que reciba de fuentes fidedignas. En tal caso, el Fiscal debe solicitar la autorización previa de una Sala de Cuestiones Preliminares integrada por tres magistrados independientes.

Así pues, el ER intenta formar una institución que pretende ser un órgano independiente e imparcial, razonablemente estructurado para funcionar y que podría actuar con un rigor jurídico muy aceptable en todas las fases claves de su tarea. En estructura la CPI está formada por dieciocho (18) magistrados que se eligen para un mandato de 9 años sin posibilidad de reelección según el artículo 36 de su Estatuto. Todos ellos expertos en derecho procesal y penal con los internacionalistas conocidos de la teoría y la práctica fundamentalmente del derecho internacional humanitario y los derechos humanos, lo cual puede contribuir a mejorar la calidad de la justicia. Y además cuenta con una representación equilibrada de hombres y mujeres, expertos también en temas específicos como lo es violencia contra las mujeres o los niños (GUITIÉRREZ, 1999: 588). Y algo que es muy importante que se desprende de la lectura del Estatuto son las garantías procesales y sustanciales de los acusados.

Aún las fortalezas resaltadas en el papel que viene desempeñando la CPI, no queda duda que es bastante cuestionable el papel que se le otorgo al CdS³ (órgano al que por el poder de las potencias, ha sido prácticamente imposible hacerle reformas para su funcionamiento y constitución) como órgano de la

³El Consejo de Seguridad se compone por 15 miembros, de los cuales cinco son permanentes — China, Francia, la Federación de Rusia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América — y los no permanentes: Alemania (2012), India (2012), Sudáfrica (2012), Azerbaiyán (2013), Marruecos (2013), Togo (2013), Colombia (2012), Pakistán (2013), Guatemala (2013) Portugal (2012). La Asamblea General eligió a Azerbaiyán, Guatemala, Marruecos, Pakistán y Togo como miembros no permanentes del Consejo de Seguridad, para un mandato de dos años que comienza el 1° de enero de 2012. Los nuevos miembros reemplazan a Bosnia y Herzegovina, Brasil, Gabón, Líbano y Nigeria. Recuperado en noviembre de 2011. Para ampliar la información consúltese la pág. web <http://www.un.org>.

ONU, que ya dudoso⁴ papel ha desplegado a lo largo de la historia en la búsqueda de la anhelada paz entre las Naciones, - sobre todo en cuanto al cuestionado derecho de veto de los (5) miembros permanentes- que pueden bloquear decisiones de fondo con un solo voto negativo de cualquiera de sus miembros, para hacer las mismas perversidades⁵ de quienes dicen combatir, pero valiéndose del derecho como instrumento legítimo de poder, en nombre de las "Naciones civilizadas" (PALACIOS, 2010: 31).

Se destaca sobre todo el papel de los EE.UU., que como súper potencia mundial, es miembro permanente del CdS, y aún así, no ratificó el Estatuto de Roma. Este órgano, el CdS, tendría pues la potestad de activar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional *so pretexto* de que tiene la responsabilidad primaria del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional (QUESADA, 2005: 286).

Con estas precisiones, si se profundiza en el rol que ha jugado el CdS, en la búsqueda de la seguridad de las Naciones, muy fácilmente se encontraría un discurso o una aplicabilidad simbólica de su mandato, utilizada en la retórica de quienes encuentran en él conveniencia más que límites en la consecución de la paz y seguridad internacionales (PALACIOS, 2010: 32).

Por mencionar un ejemplo no menos importante, en una intensa presión de EE.UU, el CdS aprobó la Resolución 1422. Aquella pretendía dar impunidad vitalicia, frente a posibles investigaciones o procesamientos de la CPI, a los ciudadanos de los Estados que no han ratificado el Estatuto de Roma, cuando tales personas estén implicadas en operaciones promovidas o autorizadas por la ONU. Textualmente expresa que:

"Actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, [el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas] Pide, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que la Corte Penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la

⁴SAAD H. En Guerra y sanciones a Iraq. Naciones Unidas y el 'nuevo orden mundial' Valoración legal de las sanciones de NNUU sobre Iraq. Recuperado el 16 de noviembre de 2013. En http://www.nodo50.org/csca/iraq/trib_int-96/legal.html. Como expresa este autor, desde el 1990, el CS ha impuesto sanciones multilaterales contra ocho Estados diferentes, y ocasionalmente autorizó el uso de la fuerza militar, la más notable contra Iraq en 1991. Aunque estas acciones hayan derivado a menudo en importantes pérdidas de vidas de civiles y propiedades, todavía no ha habido ningún intento de establecer los parámetros legales dentro de los cuales el CS debe operar [...] Algunos tratadistas argumentan que el CS, producto de la Carta de NNUU, puede actuar *por encima* de las leyes internacionales, como una ley en sí mismo.

⁵ Entre 1990 y 2002 se han aplicado de una manera u otra, sanciones en los casos de Irak, Libia, la ex Yugoslavia, la actual Yugoslavia, Haití, Somalia, Angola, Rwanda, Liberia, Sudan, Etiopía, Camboya, Afganistán, y en años posteriores Sudan, Corea del Norte etc. Y desde el 2006 Irán. Las sanciones han puesto en peligro el derecho a la alimentación, la salud, la educación y, a menudo, el derecho a la vida de cientos de miles de personas, en muchos casos menores de edad. Consúltense al respecto: GALLO COBIAN, V, y otros. (2008). "Las Sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los Derechos Humanos". Relaciones peligrosas. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2008, 143-186. Recuperado el 20 de octubre de 2012. En <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/8/art/art4.pdf>.

participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1° de julio de 2002, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario”.

Muchos fueron los países en todos los continentes que defendieron la idea de una justicia penal internacional eficaz (FERNANDES, 2008: 85-88), desde Europa numerosas fueron las delegaciones que sobresalieron, *verbi gracia*, el delegado del Reino Unido hablando en nombre de la UE, impulsando el funcionamiento y creación de una CPI universal, basada en principios jurídicos sólidos, independiente de la Organización de Naciones Unidas, y con un fiscal fuerte, y altamente cualificado independiente de los gobiernos. En la misma línea representantes de América del Sur, Argentina por ejemplo, impulsó también la cooperación estatal obligatoria, y por su parte la representante de Colombia no apoyaba la participación del Consejo de Seguridad en la Corte. En el mismo sentido, en los Estados Africanos, Sudáfrica expresó una opinión bastante progresista al defender poderes *ex officio* para el Fiscal, al afirmar que:

La Corte Penal Internacional es un elemento necesario para la paz y la seguridad en el mundo, por lo tanto, debe tener competencias inherentes tanto respecto de los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad, y los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados o en agresiones internacionales, como respecto de los crímenes que no sean de índole internacional (2008: 89).

De esta manera, en general todos los defensores de la justicia penal internacional, como menciona Fernández. (2008: 93), le apuntaban a que la Corte tuviese las características de tener: “jurisdicción automática sobre los delitos previstos en su Estatuto, ser independiente del Consejo de Seguridad de la ONU, sin excluir alguna participación del órgano, contar con un fiscal que tendría poderes *ex officio* o *motu proprio*, o sea la capacidad para promover investigaciones de oficio, con amplia cooperación de los Estados.

Pero en lo que respecta a China y particularmente a los EE.UU lideraron el grupo de los defensores de los poderes del Consejo de Seguridad ante la Corte Penal, siendo partidarios de la primacía de la soberanía, en defensa del principio de complementariedad, resistiéndose a la idea de una jurisdicción internacional penal eficaz e independiente, contrarios a la delegación de poderes *ex officio* (2008: 94-95). Pero sí defendían la idea de un control político de la Corte, labor que debería ser atribuida al CdS con su responsabilidad de mantener la paz y la seguridad internacionales, razón por la cual tendría que desempeñar un rol importante. Pues de conformidad a lo manifestado por el representante ruso, una Corte que no actúe en estrecha relación con el Consejo de Seguridad estaría condenada al fracaso.

La oposición norteamericana se remonta a 1998, cuando se adoptó el Estatuto de Roma. Desde entonces, Estados Unidos fue uno de los siete países que votó en contra de la adopción del ER, y

actualmente puede decirse que es el único país del mundo que se opone activamente a la CPI⁶. Una de las razones de este rechazo procedió de la negativa de la comunidad internacional a conceder al Consejo de Seguridad de la ONU —del cual Estados Unidos es miembro permanente con derecho de veto— el control sobre los casos que la CPI debía considerar. La mayoría de la comunidad internacional se inclinó por establecer un fiscal independiente que —sometido a una serie de salvaguardas y garantías— sería el que tomaría esas decisiones. Aún así, el esfuerzo de los EE.UU fue claramente materializado, al insertarse ciertos poderes del Consejo de Seguridad en el Estatuto de la CPI, como ya ha sido mencionado.

Sin embargo, en lo que a EE.UU. se refiere, no es desconocido como ya se recalco en este escrito, que es una de las potencias que no ha querido ratificar el E.R. sus fundamentos se basan también en el artículo 98 del mismo Estatuto que consagra que:

1. La Corte podrá negarse a dar curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que obtenga la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.
2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que de su consentimiento a la entrega.

Desde un análisis amplio y sistemático, estas normas establecen una forma de evitar el cumplimiento de los dictámenes de la CPI cuando exista un tratado internacional que proteja al nacional de un Estado no signatario. En ese sentido, y bajo dicho argumento, EE.UU ha evadido lo que hoy es el resultado de varios intentos después de muchos años. Pues con tal poder, ha intentado para justificar la aplicación de dicho articulado, de crear convenios bilaterales de inmunidad con terceros Estados partes del E.R. para que sus ciudadanos y sobre todo militares y mandatarios, no llegasen a ser juzgados ante la CPI. Esto utilizando como herramienta de presión, el no cooperar en asuntos económicos y militares. Todo ello constituye una clara estrategia de evasión; y a quienes no han accedido a tal solicitud, les ha retirado la ayuda que prestaba en materia militar.

En general, EE.UU está presionando a gobiernos de todo el mundo para que firmen con Washington acuerdos de impunidad para los ciudadanos estadounidenses. Estos acuerdos establecen que los gobiernos firmantes no someterán o transferirán a la CPI a ciudadanos estadounidenses acusados de

⁶Amnistía Internacional. Estados Unidos amenaza a la Corte Penal Internacional. (2005). Este documento fue publicado originalmente en http://web.amnesty.org/pages/icc-US_threats-eng 10 de junio de 2005. Recuperado junio 2 de 2012, 1-2.

genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra, aunque así lo solicite la CPI.

Como lo documenta Amnistía Internacional (2005), el 1 de julio de 2003, Washington anunció la retirada de la ayuda militar a 35 países firmantes del Estatuto de Roma que se han negado a firmar acuerdos de impunidad con Estados Unidos⁷. El 8 de diciembre de 2004, la administración Bush fue todavía más allá y retiró la ayuda económica a quienes se niegan a firmar esos acuerdos de impunidad. Esta decisión amenaza con socavar la lucha contra el terrorismo, los programas de pacificación, las iniciativas contra el narcotráfico, los trabajos de comisiones de la verdad y la reconciliación y los programas de lucha contra el Sida en países como Jordania, Irlanda, Chipre, Perú, Ecuador, Venezuela y Sudáfrica.

Como ya se ha señalado, EE.UU está buscando también conseguir la impunidad para sus ciudadanos mediante resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU. Lo cual se materializó en la Resolución 1422. En ese mismo sentido, en junio de 2003, el Consejo de Seguridad prorrogó el tiempo de validez de esta resolución un año más, con 12 votos a favor y ninguno en contra (Resolución 1487). En un debate público anterior a esta votación, muchos Estados se pronunciaron en contra de la resolución y en defensa de la CPI. Tres miembros del Consejo de Seguridad se abstuvieron: Francia, Alemania y Siria. Así las cosas, mirada la situación actual de la CPI tenemos dos clases de Estados judicialmente hablando, lo cual desde la perspectiva del derecho interno genera dificultades:

Unos que son parte del Estatuto de Roma y, por lo tanto, se someten a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; y otros que no se someten a ella y que no sólo no ratifican el Tratado –y están en todo el derecho para no hacerlo!– sino que, a través de Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, están obteniendo de hecho la impunidad de sus ciudadanos frente a la Corte Penal Internacional. Desde una perspectiva más fundamental, la situación es más grave todavía: con la Resolución 1.422 (y 1487), el principio de la igualdad ante la ley, gran logro de la Revolución Francesa, ya no tiene validez, por lo menos en el derecho penal internacional. Ahora el principio reza: “todos los seres humanos son iguales ante la ley, a menos que sean ciudadanos de los Estados Unidos de América”. Que el principio haya sido dejado sin efecto simultáneamente también para otros Estados no parte de la Corte Penal Internacional (CPI), sobre todo China, Rusia e India, no mejora las cosas. Esos países son gustosos beneficiarios de la iniciativa norteamericana⁸.

⁷Para mayor información consúltese: [http://www.iccnw.org/documents/otherissues/impunityart98/BIAsByRegion_current.pdf] o [<http://www.iccnw.org/index.php>]

⁸AMBOS, K. (2004). “Derechos humanos y derecho penal internacional”. En *Diálogo Político*. Konrad-Adenauer-Stiftung A. C. Berlín, Año XXI - N° 3, Septiembre, 2004, 97. Al respecto el autor plantea varios interrogantes: ¿cómo compatibilizar con el sentido de la justicia que, por ejemplo, un soldado alemán –eventualmente involucrado en la misma misión de combate– deba responsabilizarse por un crimen de guerra ante la CPI, pero un soldado norteamericano no? ¿Qué consecuencias puede tener ello para la motivación y la solidaridad entre los soldados que

Como ya he mencionado, "hoy nos encontramos no solo frente a un ordenamiento jurídico-penal internacional nuevo y autónomo, sino también frente a uno amplio", y su eficacia depende de muchos factores, que deberían centrarse en cuestiones jurídicas y menos políticas, aunque no cabe duda que ambas son una relación necesaria pero no suficiente (AMBOS, 2005). Se debe colocar límites a las cuestiones políticas tratando de no obstaculizar el acceso a una verdadera aplicación de justicia en los casos que se requiera, independientemente de la relación que tengan algunos nacionales por pertenecer a ciertos Estados y no a otros.

Es claro que terminada la bipolaridad marcada con la Guerra fría, EE.UU se configura hoy en día como una hiperpotencia, lo cual es un hecho notorio que no admite duda alguna, y su máxima estrategia de lucha contra el terrorismo, después del ataque a las Torres Gemelas, es su política de Seguridad Nacional, idea motivada en falsos ideales de paz y democracia, y las razones que soportan tal afirmación, saltan a la vista, en la medida que desarrolla acciones de ataque preventivo, entre otras cosas, situaciones que están prohibidas desde el derecho internacional. Pues sí se trata de dar fiel respeto a la soberanía de los Estados, y de velar por la independencia, la cooperación y autodeterminación de los pueblos, los EE.UU. se lleva la mención de honor en cuanto al no cumplir tal acatamiento primordial en el ejercicio de los principios del derecho internacional consagrados en 1948 en la Carta de las Naciones Unidas.

Como se observa, en muchas ocasiones, es desde quienes tienen mayor poder de acción, de donde parten con mayor facilidad graves violaciones no sólo derechos humanos, sino también, incumplimiento a principios claves en el ejercicio de las relaciones internacionales y desde el mismo derecho internacional.

Esta situación entre muchas otras, resulta incomprensible desde cualquier análisis cuando quien tiene el mayor control del mundo no acepta la jurisdicción de la Corte Penal Internacional respecto de sus nacionales, pero sí dispone de la fuerza para hacer justicia, sin intervención de Tribunales Internacionales que sí fundamentan sus decisiones en derecho.

6. A modo de conclusión

Lo primero que se puede indicar, partiendo de las ideas expresadas, es que en general los tratados internacionales forman parte de la diplomacia mundial, y como tal, pueden ser adoptados o no, según los criterios de conveniencia de cada Estado, pues es bastante razonable que el mismo control provenga directamente de la buena voluntad o no, de cada Estado como sujeto primario de derecho internacional, pues no existe ningún órgano ni organismo, que tenga la fuerza de obligar a algún Estado u otro sujeto de derecho internacional con capacidad, a que se haga parte por intereses plenamente identificados con la

participan en las misiones de paz de la ONU? ¿Qué legitimidad tienen las misiones de paz de la ONU marcadas con el estigma de inmunidades selectivas ante el derecho penal internacional? Y no por último: ¿qué credibilidad tienen medidas de mantenimiento de la paz aplicadas por una institución (el Consejo de Seguridad) si ésta tiene que desmontar al mismo tiempo el hasta ahora mayor logro de la humanidad en la lucha contra la impunidad en el caso de graves violaciones a los derechos humanos?

generalidad de la humanidad en su conjunto.

Esa es la razón principal por lo que potencias como EE.UU, Rusia, y China, hasta hoy sean Estados renuentes en la ratificación del Estatuto de Roma, en la constitución del primer Tribunal Penal Internacional permanente en toda la historia de la humanidad, intento que venía frustrado desde la Primera Guerra Mundial. Es una respuesta sensata derivada del ejercicio de la soberanía de los Estados, como sujetos con independencia para actuar lejos de poderes o fuerzas extrañas, en los asuntos internos que se relacionen con el desarrollo y uso exclusivo de su soberanía.

Es evidente que la aprobación del Estatuto de Roma ha significado una evolución muy importante en el proceso de internacionalización del derecho. A través de este tratado, la comunidad internacional se ha puesto de acuerdo por primera vez sobre la creación de una jurisdicción penal permanente con vocación universal para juzgar los comportamientos que constituyen (o deberían constituir) la expresión más fuerte del núcleo duro del derecho penal (MALARINO, 2005: 489). Por lo tanto, un Tribunal Penal Internacional ha sido y es necesario, pues lastimosamente los Estados muchas veces no logran hacer una efectiva persecución penal respecto de personas que comenten crímenes tan graves, donde los afectados directos son la humanidad en su conjunto.

El éxito de la Corte Penal Internacional, dependerá sin lugar a dudas de la colaboración armónica que pueda surgir para la aplicación del Estatuto de Roma entre los Estados sean o no parte de dicho tratado, esto permitiría concertar el ejercicio de una jurisdicción penal internacional coordinada directamente con los sistemas jurídicos nacionales. Y un factor aún más importante, dependerá del buen uso que pueda hacer el Consejo de Seguridad de los poderes otorgados para activar o no la Corte en los casos que se requiera, pues la crítica de la comunidad internacional que abogaba por una Corte Independiente de cualquier influencia política, está alarmante a la espera de que realmente exista un buen trabajo conciliado entre el órgano de la ONU, y la CPI.

Aún así, no debe entenderse a la CPI como el único ente en la lucha contra la impunidad, pues actualmente – y es apenas lógico – es el centro de atención pensado para una justicia penal internacional, cuando realmente por el ejercicio de la soberanía y en virtud del principio de complementariedad, son los Estados los que directamente deben poner en curso todo su aparato judicial para iniciar causas que lleven no solo a una sanción, sino también a la prevención de crímenes internacionales. Sí esto pudiese lograrse realmente el papel de la Corte sería subsidiario, para los casos en que los Estados sean inoperantes, y no cuenten con los medio adecuados, oportunos y eficaces para adelantar y llevar una causa que pueda ser de competencia de la CPI.

Desafortunadamente se requiere de un ente regulador, para que se luche contra la impunidad cuando tal cosa suceda. Pero en lo que a la CPI respecta, quedan muchas dudas en relación a su funcionamiento en el futuro. Tres de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad no han ratificado el Estatuto de Roma, y tal situación condiciona claramente el papel de la justicia internacional.

Frente a ello surgen muchas zonas de penumbras, sobre todo para responder a la pregunta, *¿Qué sucedería en el caso que ciudadanos de Estados signatarios se vieran afectados por la comisión de crímenes internacionales por terceros Estados no partes en el ER?*

La respuesta a esta pregunta podría ser dada en el papel que desempeñe el CdS, por los poderes otorgados por la Carta de la ONU, para obligar a aquellos Estados que sin ser parte del ER, puedan ver comprometida la responsabilidad de sus nacionales por el hecho de ser Estados miembros de las Naciones Unidas, y esto bien aplicado sería un *plus* en beneficio de la justicia penal internacional, respecto de aquellos Estados que insisten en mantenerse reacios en el actuar de la Corte.

Apreciación que igualmente genera poca certeza, pues no sobra advertir, que las potencias que actualmente componen los 5 miembros permanentes del Consejo de Seguridad – EE.UU entre ellas – juegan un papel protagonista, para llegar a una resolución que tendrían que ser remitida en su efecto, para activar la Corte, situación que genera más que críticas, incertidumbre en la aplicación efectiva del derecho, independientemente del lugar de origen de los nacionales, implicados por presuntos crímenes internacionales.

Además, los logros generados hasta el momento, podrían verse debilitados si los Estados que han ratificado dicho estatuto, no ven que exista igualdad jurídica entre los Estados, frente aquellos que no aceptan la soberanía de la CPI, pues la causa primaria en este caso, es humanizar el derecho y humanizar la convivencia entre los Estados, con la fiel idea de emprender el desarrollo de un orden justo e igualitario, en la salvaguarda real de los derechos humanos, como método para poner límites a ese ejercicio arbitrario del poder.

Al mismo tiempo, de manera apresurada tampoco podría decirse que su funcionamiento sería un fracaso, ante la ausencia de quienes se niegan aceptar la jurisdicción de la CPI. Se acercan días decisivos que ayudaran a aclarar un poco estas zonas de penumbra, sobre todo por la crítica que constantemente se hace de que la justicia penal internacional, está concentrada en países africanos más que en otros.

Lo cierto es, que tal cosa puede ser circunstancial, pero el definir denuncias que están a la espera de respuesta, es clave en lo que podrá ser una labor seria y no menos compleja, de casos que están a la vista para valorar la eficacia real o no de dicha institución. Que en todo caso, debe propender por un debido proceso legal y justo, garantizando las mismas oportunidades de ataque y de defensa de las partes implicadas.

Referencias Bibliográficas

- AMBOS, K. (2009). “El marco jurídico de la justicia de transición”. En *Justicia de Transición*. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Berlín, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. 2009, 23-129.
- AMBOS, K. y PONS, M. (2006). *Temas de derecho penal internacional y europeo*. Madrid, Ediciones jurídicas y sociales S.A, 2006.
- AMBOS, K. (2004). “Derechos humanos y derecho penal internacional”. En *Diálogo Político*. Konrad-Adenauer-Stiftung A. C. Berlín, Año XXI - Nº 3, 85-115.
- AMBOS, K. (2005). “La construcción de una parte general del derecho penal internacional”. En *Temas actuales del derecho penal internacional*. Contribuciones de América Latina, Alemania y España. Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, 14-27.
- ARRIOLA, C. (2004). La naturaleza de la uniporalidad. En *el Nuevo Milenio Mexicano*. Pascual A, Guitiérrez L. y Torres G, (Comps). México, Tomo I. [Consultado en marzo 21 de 2012]. En <http://biblioteca.itam.mx/estudios/60-89/71/CarlosArriolaDelanaturaleza.pdf>, 2004.
- BETANCOURT, M. (2012). “La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma”. En *Perspectiva Iberoamericana Sobre la Justicia Penal Internacional*. OLÁSULO, H. CUENCA C, SALVADOR A, (Coords). Valencia, Volumen I, Tirant lo Blanch, 2012, 355-366.
- Convención de Viena de 1969. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969).
- DEL TORO HUERTA, M. (2002). La responsabilidad del Estado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. En *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 98, 663-688.
- DIEZ de VELASCO, M. (1973). *Instituciones de derecho internacional público*. Madrid, 17ª ed, Tecnos, 2009.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (2000). “Concurrencia de jurisdicciones y principio de complementariedad”. En GARCÍA A, LÓPEZ GARRIDO, D. (Coods). *Crimen internacional y jurisdicción Universal: El caso Pinochet*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, 257-264.
- ESCUDERO, J. (2002). *Aproximación histórica a la noción de intervención humanitaria en el derecho internacional*. León, Universidad de León. 2002.
- FERNANDES, J. (2008). *La Corte Penal Internacional: Soberanía versus justicia Universal*. Bogotá, TEMIS, 2008.
- FERRAJOLI, L. (1999). *Derechos y garantías, la ley del más débil*. (trad). Andrés Ibañez y Greppi, Madrid, Trotta, 1999.
- GALLO COBIAN, V, y otros. (2008). “Las Sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones

- Unidas y los Derechos Humanos". Relaciones peligrosas. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 143-186. Recuperado el 20 de octubre de 2012. En <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/8/art/art4.pdf>
- GUTIÉRREZ, C. (1999). "Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el Tribunal Penal Internacional: Hacia Una Justicia Internacional". En *XXI Jornadas de Estudio*. Madrid, Ministerio de Justicia. 2000, 557-602.
 - JESCHECK, H. (1981). *Tratado de Derecho penal*. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. 4ta. ed., Granada, Comares, 1993.
 - LINARES Q. (1981). *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Buenos Aires, Plus Ultra, 1981.
 - LOPEZ, A y otros. (2011). *Temas de derecho Internacional Público*. Adaptados al espacio europeo de educación superior. Madrid, 2011.
 - MALARINO, E. (2005). "Evaluación comparativa. Implementación y dificultades de implementación del Estatuto de Roma a la luz de la experiencia latinoamericana." En *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Jan Woischnik (editores), Berlin, Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Georg-August-Universität-Göttinge. 2005, 489-512.
 - OTERO, J. (2005). "¿Más Derecho Penal? Castigo y derecho penal internacional". *Jura Gentium*. Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global. Recuperado en mayo 11 de 2012. Disponible en <http://www.juragentium.org/topics/wlgo/es/otero.htm>
 - PALACIOS VALENCIA, Y. (2010). "Existencia del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional". En *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. Universidad Nacional de Costa Rica, Vol 21, No 2, 2010, 19-34.
 - PANTOJA, D. (1973). *La idea de soberanía en el constitucionalismo latinoamericano*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas. México, 1era ed, 1973.
 - PASTOR A. (1980). *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Madrid, Tecnos. 2006.
 - PRIETO, R. *Internacionalización de la Jurisdicción Penal*. Estudios de Derecho Internacional Num, 7. De Versalles a Bagdad. Medellín, Pontificia Universidad Bolivariana. 1era edición, Dike, 2005.
 - QUESADA, C. (2005). *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*. Valencia, Tirant monografías 383. Cruz Roja Española, 2005.
 - RODRÍGUEZ, M. (2005). *Tratados internacionales sobre derechos humanos*. Buenos Aires, 1era ed, 2005.
 - RUIZ y otros (2009). *Lecciones de derecho internacional público*. Valencia. 2ª ed, Tirant lo Blanch, 2011.
 - SAAD, H. "Guerra y sanciones a Iraq". Naciones Unidas y el 'nuevo orden mundial' Valoración legal de las sanciones de NNUU sobre Iraq. Recuperado el 16 de noviembre de 2013. En

http://www.nodo50.org/csca/iraq/trib_int-96/legal.html

- SANCHEZ A. (2004). *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*. Valencia, Tirant monografías 301, 2004.
- SOLER, S. (1988). *Derecho penal argentino*. Buenos Aires, Tea. 1988.
- TOLEDO, J. (2009). *La Batalla de Kadesh: La primera batalla documentada de la historia*. [Fecha de consulta, mayo de 2012]. Extraído de <http://www.articuloz.com/historia-articulos/la-batalla-de-kadesh-la-primera-batalla-documentada-de-la-historia-1020653.html>.
- VALENCIA, H. (2003). *Derecho internacional público*. Medellín, Diké, 2003.