





LECCIONES  
Y  
ENSAYOS



FACULTAD DE DERECHO

Decano  
Dr. Leandro Vergara

Vicedecana  
Dr. Silvia Nonna

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora  
Mary Beloff

Subdirector  
Luis R. J. Sáenz

Secretaria  
Stefania Vujovich



**CONSEJO DE REDACCIÓN  
SEGUNDO SEMESTRE 2023**

**Director**

Franco Ezequiel Almirón

**Subdirector**

Francisco Manuel Varacalli

**Secretaria de Redacción**

Juana Boggiano

**Tutora**

María Inés Ponce Balestri

**Colaboradoras/es**

María Florencia Acuña

Tomás D'Alessio

Martina Sueiro

Abril Grisotti

María Celina Ubellart

Valentina Campos Carmona

María del Rosario Cabrera

Lucía Mora Bruniard

Lucía Maurino

Lucía Martínez Larrea

Bárbara Blanc

Giuliana Maite Perez Sanguinetti

Mateo Cardoso

Quienes integran el Consejo de Redacción son estudiantes de grado de la Facultad de Derecho (UBA).

## **RÉPLICA**

*Lecciones y Ensayos* invita a escribir respuestas o reacciones a los artículos publicados en la Revista. Para su publicación deberán ser enviadas, junto con los datos completos de la autora o del autor, a [lye@derecho.uba.ar](mailto:lye@derecho.uba.ar).

2023	111
------	-----

FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

# LECCIONES Y ENSAYOS

## CONSEJO ASESOR

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

---

Algunos derechos reservados

Copyright by Departamento de Publicaciones  
Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires  
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P (C1425CKB) -  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina  
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

La responsabilidad por los hechos e ideas expuestos en los trabajos  
está a cargo exclusivamente de los autores.

ISSN (en papel): 0024-0079.

ISSN (en línea): 2362-4620.

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

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

Impreso en la República Argentina

Correspondencia: Dirigirse a

Departamento de Publicaciones  
Facultad de Derecho - UBA  
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P  
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina  
Tel./Fax: (54-11) 5287-6762

## ÍNDICE

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

### LECCIONES

Álzaga, María Victoria, <i>Política pública de vivienda en la Ciudad de Buenos Aires. Un análisis desde la perspectiva de derechos humanos en la política fiscal</i> .....	17
--	----

Roque, Nicolás Caputo, <i>Régimen jurídico de la generación hidroeléctrica nacional</i> .....	55
---	----

### CONCURSO DE ENSAYOS BREVES SOBRE DESAFÍOS ACTUALES EN MATERIA DE PROCESOS ELECTORALES

Juvé, Juan Ignacio, <i>Del sufragismo a la paridad: un recorrido a partir de la jurisprudencia</i> .....	129
--	-----

Combe, Federico Ángel, <i>Principios generales en el proceso electoral porteño</i> .....	147
--	-----

### TRABAJOS DE CURSOS DEL CPO ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN

Lueje, Sofía, <i>Alcances del término “relación de pareja”: posible laguna de reconocimiento en el cuerpo normativo penal</i> .....	173
---	-----

Nasanovsky, Martina y Samoilovich, Félix, <i>Seguimiento posadoptivo: El dilema de las garantías en los casos de malas inserciones de adopciones internacionales en la Argentina</i> .....	191
--	-----

#### ENTREVISTAS

Entrevista al Prof. Marcelo A. Sancinetti.....	215
--	-----

#### TRADUCCIONES

Hörnle, Tatjana, <i>La criminalización de comportamientos para proteger la dignidad humana</i> .....	239
--	-----

#### TERM REVIEW

Guidi, Sebastián, <i>La Corte Suprema en 2023: ¿un nuevo federalismo republicano?</i> .....	275
---	-----

#### PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

¿Cómo publicar en <i>Lecciones y Ensayos</i> ? .....	335
¿Cómo participar en <i>Lecciones y Ensayos</i> ? .....	341

## EDITORIAL

Nuestra Revista se encuentra exclusivamente integrada y dirigida por estudiantes de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Estudiantes que, semestre a semestre, reafirman su compromiso con un proyecto común. ¿Qué nos convoca? ¿Qué es la Revista para nosotras y nosotros? *Lecciones y Ensayos* es, por sobre todas las cosas, un espacio académico que nos impulsa a leer al interlocutor a su mejor luz y a debatir nuestras ideas. Donde la opinión de todos es tenida en cuenta desde el primer momento y se nos invita a participar en la toma de decisiones.

¿Por qué continuamos trabajando para que perdure esta Revista? Disfrutamos aprender de nuestros pares, sostener nuestras opiniones y reflexionar sobre nuevos enfoques, con el objetivo de que se transformen, hasta verlos plasmados en *números*. Con mucho orgullo, somos herederos de una tradición horizontal: compuesta enteramente por estudiantes, sin otro requisito que la ambición de contribuir a una academia robusta, colectiva y de calidad.

Este número corresponde al segundo período lectivo del año 2023. Fue pensado y debatido entre las y los estudiantes que componen *Lecciones y Ensayos*, teniendo presente el proceso electoral que se inició hacia la última parte del año en el país. En este contexto, la Revista invitó a estudiantes, graduadas y graduados recientes a participar del Concurso de Ensayos Breves, “Desafíos actuales en materia de procesos electorales”. El objetivo del concurso, en línea con uno de los propósitos de la Revista, fue generar, desde este espacio democrático y horizontal, un lugar que promoviera la inclusión de nuevas voces en los debates actuales y relevantes que hacen a la realidad.

A su vez, este número se encuentra acompañado de la segunda edición del *Term Review*, que hace un recorrido y análisis de los fallos más relevantes dictados por el máximo tribunal de la República. En esta ocasión, dicho artículo se presenta con el objetivo de sistematizar los cambios jurisprudenciales más relevantes en materia, también, de procesos electorales del año 2023.

Al igual que en muchos números de *Lecciones y Ensayos*, durante su armado, contamos con la valiosa colaboración de grandes profesoras y profesores de nuestra Facultad. Entre ellas y ellos, tuvimos el honor de entrevistar a uno de los más destacados juristas de derecho penal, no solo de esta institución, sino también a nivel nacional, el Prof. Dr. Marcelo A. Sancinetti. Esperamos que la disfruten.

Durante este ciclo, a nivel interno, *Lecciones y Ensayos* se enfocó en fortalecer la deliberación entre las consejeras y los consejeros a través de la incorporación de talleres de dictaminación en colaboración con *ex leccioneras y leccioneros*, otro pilar fundamental del funcionamiento de la Revista.

El espíritu de este volumen fue conmemorar y continuar pensando los últimos 40 años de democracia en nuestro país: qué pasó, qué nos dio y cómo llegamos hasta acá. No creemos exagerar cuando decimos que el ejercicio de llevar adelante una revista estudiantil solo puede existir por la democracia y gracias a ella. *Lecciones y Ensayos* es también legado de ese gran voto de fe argentino: el espacio donde confluyen la Universidad, la investigación y el entusiasmo por mantener viva la llama de la conversación. En este contexto, reconocemos la necesidad de mirar hacia el futuro, de observar, problematizar y debatir lo que se viene, aún más en tiempos tan cambiantes.

Esperamos que disfruten este número tanto como nosotras y nosotros disfrutamos hacerlo y, como siempre, las puertas están abiertas a las y los estudiantes de esta Facultad que deseen formar parte de este espacio.

## LECCIONES



## **POLÍTICA PÚBLICA DE VIVIENDA EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS EN LA POLÍTICA FISCAL\***

MARÍA VICTORIA ÁLZAGA\*\*

**Resumen:** El presente ensayo realiza una vinculación entre la gestión presupuestaria y la satisfacción del derecho a la vivienda en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A tal fin, se propone examinar la política pública de vivienda implementada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a la luz de los estándares nacionales e internacionales en la materia, como así también aplicando una perspectiva de derechos humanos en la política fiscal.

Sobre esta base se puede, *prima facie*, observar un incumplimiento por parte del Gobierno de la CABA de los estándares mínimos de acceso a una vivienda adecuada. Ante la crisis habitacional que actualmente atraviesa la Ciudad de Buenos Aires, las políticas públicas implementadas por el gobierno local (que se componen principalmente del otorgamiento de subsidios), no logran dar respuesta alguna para garantizar el derecho en cuestión. Como principales causas de este resultado podrían mencionarse el uso ineficiente e ineficaz de los recursos disponibles y la subejecución presupuestaria.

Asimismo, la Justicia como poder público no resulta ajena a la cuestión, sino que ha tenido un rol central en la disputa de los ciudadanos y las ciudadanas por su

\* Recepción del original: 24/08/2023. Aceptación: 16/11/2023.

\*\* María Victoria Alzaga es abogada recibida de la Universidad de Buenos Aires, con orientación en derecho administrativo, y empleada del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires en el fuero CAYTRC. Quiero agradecer al Dr. Horacio Corti, a Agustina Gelmetti y Verónica Belmonte, por su apoyo y guía para la elaboración de este trabajo. De igual modo, agradezco a los Dres. Guillermo Scheibler y Claudio Cavallo por introducirme en el mundo del derecho administrativo y permitirme pensar las funciones que tiene el Estado, y su rol con la protección y garantía de los derechos de los ciudadanos y las ciudadanas. Y finalmente al Dr. Heffes por motivarme a producir académicamente, y pensar realidades diferentes y superadoras.

reconocimiento de este derecho. En este sentido, la jurisprudencia local, en principio se ha mostrado deferente hacia la operatividad del derecho a la vivienda, pero con posterioridad al fallo “*Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo*” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puede observarse una tendencia más moderada y tendiente a priorizar la satisfacción de los derechos humanos, tal como puede verse en precedente “*Villanueva Girón Katherine Juntec Contra GCBA Sobre Amparos Habitacionales*” de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo CAYTRC, dictado en abril de 2023.

Toda vez que se mencionen los principios se hace referencia a los 15 Principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal.<sup>1</sup>

**Palabras clave:** política fiscal — vivienda — derechos humanos — derechos sociales — ciudad autónoma de buenos aires — control judicial.

**Abstract:** This essay establishes a connection between budget management and the fulfillment of the right to housing in the City of Buenos Aires. To this end, it seeks to examine the public housing policy implemented by the Government of the City of Buenos Aires considering national and international standards on the matter, as well as by applying a human rights perspective in fiscal policy.

On this basis, it can be observed, *prima facie*, that the Government of the City of Buenos Aires fails to meet the minimum standards for access to adequate housing. Given the current housing crisis in Buenos Aires, the public policies implemented by the local government, which mainly consist of granting subsidies, do not effectively ensure the right in question. The primary causes of this outcome may include the inefficient and ineffective use of available resources and budgetary under-execution. Furthermore, the judiciary, as a public power, is not detached from the issue but has played a significant role in the citizens’ struggle for the recognition of this right. Initially, local jurisprudence has shown deference to the operability of the right to housing. However, following the ruling in “*Q. C., S. Y. v. Government of the City of Buenos Aires on Amparo*”, issued by the Supreme Court of Justice of the Nation, a more moderate trend can be observed, with a tendency to prioritize the fulfillment of human rights. This shift is evident in the precedent set by “*Villanueva Girón Katherine Juntec v. GCBA on Amparo-Housing*”, decided by the Third Chamber of the Court of Appeals in April 2023.

Whenever reference is made to the principles, it pertains to the 15 Human Rights Principles in Fiscal Policy.

1. DERECHOS Y POLÍTICA FISCAL, *Principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal*.

**Keywords:** fiscal policy — housing — human rights — social rights — ciudad autónoma de buenos aires — judicial review.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo propone realizar un breve análisis respecto de la vinculación entre la gestión de la política fiscal en su faz erogatoria y la satisfacción del derecho a la vivienda en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Como es sabido, la crisis habitacional representa uno de los grandes problemas de la Ciudad. Frente a esto, se ha establecido un marco jurídico y de política pública que intenta brindar una suerte de solución a la problemática. En este escenario es que se abren múltiples preguntas respecto a la eficacia o ineficacia de las políticas implementadas, como también del uso de los recursos públicos. Asimismo, vale preguntarse si los programas implementados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires cumplen con los estándares establecidos tanto a nivel internacional como local, y si la protección judicial del derecho a la vivienda es realmente efectiva.

Con un breve recorrido por el marco internacional, el marco jurídico local y un análisis crítico de la jurisprudencia, el ensayo busca tratar los interrogantes planteados en el párrafo anterior desde una perspectiva de gestión de la política pública y la política fiscal desde los derechos humanos. Como premisa fundamental para pensar desde esta perspectiva, se debe entender que todo derecho implica tanto un gasto como así también una obligación de cumplimiento inmediato por parte del Estado de garantizar el contenido mínimo de los derechos, más allá de las vicisitudes que puedan darse en el caso de los llamados DESC, cuestión que será abordada más adelante.

## II. BREVE RESEÑA DEL MARCO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO A LA VIVIENDA

### II.A. Marco jurídico

El derecho a la vivienda goza de una fuerte protección jurídica explícita en los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por

la Argentina. Podría decirse que la base de la protección del derecho a la vivienda se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) en su artículo 11.1, donde reconoce el derecho de toda persona a una vivienda adecuada, concepto que posteriormente será desarrollado por el Comité DESC. Si bien, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho a la vivienda en su artículo 25, es en el PIDESC donde los Estados se comprometen a tomar medidas para garantizar la satisfacción de este derecho.

Luego de estos reconocimientos "genéricos", el derecho internacional de los derechos humanos se ha encargado de enfatizar en la necesidad de proteger el derecho a la vivienda para personas en situación de vulnerabilidad. A título meramente enunciativo se pueden mencionar: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art 5.e.III),<sup>2</sup> la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art 14.2.h ),<sup>3</sup> la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 27.3),<sup>4</sup> la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 21),<sup>5</sup> la Convención Internacional sobre la Protección de

2. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 21/12/1965, Art. 5 e. iii: "En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el art. 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: [...] e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular. [...] iii) El derecho a la vivienda; [...]"

3. CEDAW, 18/12/1979, Art. 14.2.h: "[...] 2. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: [...] h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones".

4. CDN, 20/11/1989, Art. 27.3: "Los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda".

5. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 28/07/1951, Art. 21: "En materia de vivienda y en la medida en que esté regida por leyes y reglamentos o sujeta a la fiscalización de las autoridades oficiales, los Estados contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en sus territorios el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente en las mismas circunstancias a los extranjeros".

los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (art 43.1.d),<sup>6</sup> y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (art. 24).<sup>7</sup> Sobre esto, la Sala III de la Cámara de Apelaciones CAYTRC tiene dicho que:

[...] quienes padezcan una situación de vulnerabilidad social tienen derecho a una misma solución habitacional. Ello, sin perjuicio de las formas más intensas de protección legal para grupos que padezcan condiciones de exclusión social más severas que ameriten un remedio legal reforzado o más amplio en función de padecer una vulnerabilidad social interseccional. El Estado local no tiene pro-

6. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 18/12/1990, Art. 43.1.d: “1. Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con: [...] d) El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres; [...]”.

7. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, 15/06/2015, Art. 24 “Derecho a la vivienda. La persona mayor tiene derecho a una vivienda digna y adecuada, y a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades. Los Estados parte deberán adoptar las medidas pertinentes para promover el pleno goce de este derecho y facilitar que la persona mayor tenga acceso a servicios socio sanitarios integrados y servicios de cuidados domiciliarios que le permitan residir en su propio domicilio conforme a su voluntad. Los Estados parte deberán garantizar el derecho de la persona mayor a una vivienda digna y adecuada y adoptarán políticas de promoción del derecho a la vivienda y el acceso a la tierra reconociendo las necesidades de la persona mayor y la prioridad en la asignación a aquella que se encuentre en situación de vulnerabilidad. Asimismo, los Estados parte fomentarán progresivamente el acceso al crédito de vivienda u otras formas de financiamiento sin discriminación, promoviendo, entre otros, la colaboración con el sector privado, la sociedad civil y otros actores sociales. Las políticas deberán tener especialmente en cuenta: a) La necesidad de construir o adaptar progresivamente soluciones habitacionales con el fin de que estas sean arquitectónicamente adecuadas y accesibles a los adultos mayores con discapacidad y con impedimentos relacionados con su movilidad. b) Las necesidades específicas de la persona mayor, particularmente aquellas que viven solas, a través de subsidios para el alquiler, apoyo a las renovaciones de la vivienda y otras medidas pertinentes, según la capacidad de los Estados parte. Los Estados parte promoverán el establecimiento de procedimientos expeditos de reclamación y justicia en caso de desalojos de personas mayores y adoptarán las medidas necesarias para protegerlas contra los desalojos forzosos ilegales. Los Estados parte deberán promover programas para la prevención de accidentes en el entorno y el hogar de la persona mayor”.

hibido proteger de una manera más exigente los derechos sociales de determinados grupos atravesados por circunstancias de pobreza agravada por otros factores de desigualdad (género, edad, capacidad, entre otros).<sup>8</sup>

La gestión de una política fiscal con perspectiva de derechos humanos juega un rol central para garantizar un efectivo uso de los recursos disponibles que le permita al Estado cumplir con las obligaciones asumidas a nivel internacional. En este sentido, los 15 Principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal, a pesar de no ser vinculantes, cumplen un rol fundamental al momento de establecer directrices que permitan gestionar una política fiscal eficaz. Particularmente, vinculado al cumplimiento del deber reforzado de garantizar el derecho a la vivienda a personas en situación de vulnerabilidad,<sup>9</sup> el principio 5 establece que:

Los Estados deben eliminar las discriminaciones estructurales y promover la igualdad sustantiva a través de su política fiscal, incorporando de forma transversal las perspectivas de las poblaciones discriminadas en su diseño e implementación, y adoptando acciones afirmativas cuando sea necesario.<sup>10</sup>

Según surge del documento, la gestión de la política fiscal de manera íntegra debe regirse por los principios de igualdad (es decir una mirada

8. CAYTRC, “Villanueva Giron, Katherine Junetc contra GCBA...”, considerando 22.

9. El documento de los principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal entiende como “grupos en situación de vulnerabilidad o desventaja”, a aquellos con integrantes que enfrentan una situación de subordinación prolongada o discriminación sistémica. Esto se refleja en el desconocimiento de las características particulares del grupo al que pertenecen, injusticias en el acceso a bienes y servicios y/o una insuficiente representación política. Su reconocimiento requiere un abordaje estatal diferenciado mediante acciones o medidas afirmativas para eliminar la discriminación y evitar mayores afectaciones a sus derechos. Entre ellos se encuentran niñas, niños y adolescentes; mujeres; personas con discapacidad; personas adultas mayores; personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI); pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, personas migrantes y aquellas marginadas por su clase social o su condición socioeconómica, entre otros”.

10. DERECHOS Y POLÍTICA FISCAL, *Principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal*, p. 29.

interseccional tendiente a lograr una igualdad sustantiva), no discriminación (es decir, no establecer políticas fiscales diferenciadas que resulten irrazonables o perjudiciales para los grupos vulnerables) e inexcusabilidad (es decir, no alegar la falta de recursos para justificar su incapacidad de cumplir con las obligaciones asumidas). Para cumplir con este propósito, el documento indica que se deben:

Abordar los desequilibrios en las asignaciones presupuestarias para grupos en situación de vulnerabilidad, sectores populares y grupos que tradicionalmente han sido desatendidos y excluidos, y priorizar y asignar recursos adicionales a dichos grupos para eliminar disparidades de distinta clase. Reflejar en las cuentas públicas los gastos vinculados a políticas transversales como la igualdad de género, las políticas de equidad étnicoracial, o las dirigidas a las personas con discapacidad o a la niñez. Proteger las asignaciones presupuestarias para personas, grupos y poblaciones en situación de vulnerabilidad, que se mantengan incluso en situaciones de crisis económica, desastres naturales u otras emergencias. Los Estados partes asumen la responsabilidad de velar por la vida e integridad física de las personas privadas de la libertad y no pueden invocar la falta de recursos financieros u otros problemas logísticos como atenuante de esa responsabilidad.<sup>11</sup>

Asimismo, el principio 11 (que desarrolla el eje de la política fiscal en situaciones de crisis), en sus directrices establece que en situaciones de crisis se debe dar prioridad especialmente a la satisfacción de los DESC de las personas que pertenecen a grupos más desaventajados.

En síntesis, se podría concluir que en el marco jurídico internacional de los derechos humanos se reconoce expresamente el derecho de toda persona a una vivienda adecuada. Por otro lado, se enfatiza en el deber de garantizar la satisfacción de este derecho para las personas en situación de vulnerabilidad. Finalmente, se encuentran dentro del *soft law* los principios de derechos humanos en la política fiscal que funcionan a modo de guía para cumplir con las obligaciones asumidas por los Estados.

11. DERECHOS Y POLÍTICA FISCAL, *Principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal*, p. 30.

## II.B. Observaciones generales del Comité DESC y del Comité de la CDN

Al desarrollo normativo en materia de cumplimiento de los DESC, se pueden adicionar las interpretaciones que han hecho los comités de control de los pactos internacionales de derechos humanos. En este sentido, tanto el Comité DESC como el Comité CDN han establecido directrices para interpretar las obligaciones estatales al momento de gestionar sus recursos en pos de garantizar la satisfacción de los DESC y particularmente el modo de interpretar el derecho a la vivienda.

### II.B.1 *Sobre la máxima utilización de los recursos disponibles*

En la Observación General N.º 3 el Comité DESC analiza la interpretación del art 2.1 del PIDESC en cuanto dice que:

Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.<sup>12</sup>

De esto se puede deducir que el Comité remarca el deber de progresividad en materia de derechos sociales, y el deber de prestar cooperación internacional a fin de satisfacer estos derechos.

El Comité entiende que, para empezar, del Pacto se desprenden obligaciones tanto de medios como de resultado. En este sentido, indica que el establecimiento de políticas legislativas no es suficiente para cumplir con las obligaciones de los Estados, sino que la frase “todos los medios apropiados” debe entenderse en un sentido pleno en pos de cumplir con el resultado de garantizar efectivamente todos los derechos reconocidos en el pacto. También, menciona que el Pacto:

12. ECOSOC, Observación General N.º 3, p. 4.

Incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata.<sup>13</sup>

Respecto de la utilización de los recursos disponibles, el Comité entendió que:

Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción.<sup>14</sup>

Esta consideración puede vincularse directamente con la obligación de garantizar el contenido mínimo de los derechos contemplados. En este sentido el Comité marca que:

Cada Estado parte [contrae] una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. [...] Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no

13. ECOSOC, Observación General N.º 3, p. 3.

14. ECOSOC, Observación General N.º 3, p. 4.

establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser.<sup>15</sup>

De igual modo, se podría sumar a lo desarrollado por el Comité de los Derechos del Niño que, en una correcta interpretación del pacto, la insatisfacción del contenido mínimo de los derechos no puede estar justificada en la falta de recursos disponibles.

Por su parte el Comité CDN, como indica el Dr. Corti, "ha sostenido de forma nítida que el contenido mínimo no está sujeto a los recursos disponibles".<sup>16</sup> Asimismo, quien alega la insuficiencia de recursos debe probarlo.<sup>17</sup> Dentro de esa prueba, debe tenerse en cuenta que es "la política presupuestaria la que debe acomodarse al sistema de los derechos humanos, conforme síntesis de la doctrina desarrollada en el sistema universal del derecho internacional de los derechos humanos".<sup>18</sup> Para hacer una interpretación integral de todo el sistema, a su vez, debe entenderse que al momento de evaluar los recursos disponibles deben tenerse en cuenta los recursos socialmente disponibles, y no solo los presupuestariamente disponibles.

Podríamos decir que estas interpretaciones de los comités han sido recogidas por el documento de los 15 Principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal, principalmente en el principio 10 el cual menciona el deber de los Estados de "movilizar al máximo los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales".<sup>19</sup>

## II.B.2 *Sobre el derecho a la vivienda en particular*

Respecto del derecho a la vivienda específicamente, se pueden destacar dos Observaciones Generales en particular. Por un lado, la Observación General N.º 4 del Comité DESC, la cual interpreta la expresión "vivienda

15. ECOSOC, Observación General N.º 3, pp. 34.

16. CORTI, "La implementación de la Convención. Efectos...", p. 94.

17. CSJN, "Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", Voto Dr. Petracchi.

18. CAYTRC, "Villanueva Giron, Katherine Junetc Contra GCBA...", considerando 31.

19. DERECHOS Y POLÍTICA FISCAL, *Principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal*, p. 44.

adecuada”. En este punto establece que para que el derecho a la vivienda se encuentre satisfecho, esta debe cumplir con los requisitos de: a) seguridad jurídica de la tenencia, b) disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura, c) representar un gasto soportable que no impida la satisfacción de otras necesidades básicas, d) habitabilidad, e) asequibilidad, f) encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales y g) adecuación cultural.<sup>20</sup>

Por otro lado, el Comité CDN en su Observación General N.º 17 menciona el derecho de los niños en situación de calle a un nivel de vida adecuado. En este sentido, reconoce el deber del Estado de tomar medidas de acción positiva que garantice un actuar no discriminatorio que permita una integración social de los niños en situación de calle. Asimismo, reconoce la obligación de los Estados de garantizar la posibilidad de los menores de acudir para reclamar el cumplimiento efectivo de sus derechos. Respecto de las características del derecho a la vivienda, remite a la Observación General N.º 4 del Comité DESC.<sup>21</sup>

### III. LA CONSTITUCIÓN FINANCIERA EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Tal como desarrolla el Dr. Horacio Corti, son los propios textos constitucionales los que regulan la actividad financiera del Estado, tanto en su faz recaudatoria como erogatoria. En este sentido, es la norma fundamental la que establece la finalidad del ejercicio de la actividad financiera estatal, siendo este el cumplimiento de las instituciones constitucionales.<sup>22</sup> Como se menciona en el trabajo “Principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal”:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido que los principios de derechos humanos son plenamente aplicables a las políticas fiscales, y que ellos deben implementarse en todo el ciclo de las políticas, desde la elaboración de los

20. Comité DESC, Observación General N.º 4, pp. 2-4.

21. CDN, Observación General N.º 17.

22. CORTI, “Capítulo I, La actividad financiera pública. Definiciones básicas”.

presupuestos y los códigos tributarios o la asignación de gastos hasta la supervisión y evaluación de las consecuencias.<sup>23</sup>

Como también señala el Dr. Corti, en el concepto de constitución financiera, resulta imposible que no surja una tensión entre la actividad financiera del Estado y el cumplimiento de los derechos humanos. Es fundamental entender que todo derecho implica un costo que debe ser financiado (dependencia causal), más allá de la errónea concepción de que los únicos derechos que implican un gasto estatal son los denominados Derechos Económicos Sociales y Culturales.<sup>24</sup>

En el caso particular de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se reconocen obligaciones tanto genéricas como específicas que direccionan el ejercicio de la actividad financiera en su faz erogatorio en pos de la satisfacción de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (Arts. 17, 20, 21, 23, 24, 25, 31 y 32 de la CCABA, entre otros). Por otro lado, en el apartado específico de "Economía, Finanzas y Presupuesto" (arts. 48 a 55 de la CCABA) se establece como principio rector de la política estatal la justicia social. En este sentido, entiende que se debe promover la actividad pública y privada tendiente al beneficio social y sostenible, además de establecer el carácter participativo del presupuesto. Estos tintes distintivos de la Constitución financiera de la Ciudad reflejan, al menos en lo normativo, una estrecha relación con los principios, 3º respecto de asegurar una política fiscal socialmente justa, 4º respecto a la aplicación de una política fiscal ambientalmente sostenible, 7º respecto del carácter participativo de la política fiscal y 8º respecto del marco fiscal sostenible.

Específicamente en relación con el derecho a la vivienda, la Constitución de la Ciudad en su art. 31 establece que:

La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos. Auspicia la incorporación de los

23. DERECHOS Y POLÍTICA FISCAL, *Principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal*, p. 4.

24. CORTI, "La implementación de la Convención. Efectos...".

inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.<sup>25</sup>

Si bien el Tribunal Superior de Justicia ha interpretado en su jurisprudencia que la satisfacción del derecho a la vivienda digna constituye una obligación de medios y no de resultado,<sup>26</sup> y la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo ha clasificado como un derecho de “operatividad derivada”, entendiendo que “se requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación”,<sup>27</sup> esto no puede implicar un desamparo del contenido mínimo del derecho fundamental invocado. Tal como también señala la Corte:

Los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Que ello significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.<sup>28</sup>

Siguiendo el razonamiento esbozado por el máximo tribunal, resulta irrazonable considerar que la satisfacción del derecho a la vivienda es una mera obligación de medios que se satisface con la existencia de políticas públicas vigentes a pesar de su falta de idoneidad o ineficacia. Esto se desprende asimismo de la Observación General N.º 3 del Comité DESC, el cual entendió que del Pacto se desprenden obligaciones inmediatas (como la de garantizar el contenido mínimo de los derechos), así como obligaciones

25. CABA, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 31.

26. TSJ de CABA, “K.M.P. c/GCBA y otros s/amparo”, voto de los magistrados Conde y Lozano.

27. CSJN, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, considerando 11.

28. CSJN, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, considerando 17.

progresivas sujetas a los recursos disponibles, sin perjuicio del deber de no regresividad. Asimismo, el Comité, en la misma Observación General, enfatiza que, para justificar el incumplimiento en la satisfacción de los derechos reconocidos por el pacto el Estado:

[...] debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.<sup>29</sup>

Este supuesto no se configura si el motivo de incumplimiento es consecuencia de una gestión ineficaz de los recursos, y de políticas públicas y fiscales ineficientes. En síntesis, si bien el pacto habla de realizar los máximos esfuerzos, lo que puede entenderse como una obligación de medios, esto debe ser leído de manera armónica con el objetivo general del Pacto y de la Constitución financiera de la Ciudad, entendiéndose que hay una obligación de resultado: satisfacer el contenido mínimo de los derechos. De lo contrario se traduciría en una inobservancia de los derechos fundamentales que deben funcionar como directrices para el diseño, ejecución y evaluación de la política pública y fiscal. Del mismo modo, oportunamente el Principio 9 establece el deber de los Estados de “garantizar de manera prioritaria los niveles esenciales de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en su política fiscal”.<sup>30</sup>

Es crucial de igual manera resaltar que garantizar la satisfacción del derecho a la vivienda resulta indispensable para permitir el ejercicio de otros derechos igualmente reconocidos en la Constitución de la Ciudad, los cuales también son principios rectores que deben dirigir la gestión de la política fiscal en la Ciudad. Como una mera enunciación se puede mencionar el derecho a la salud, al trabajo, a la educación, a la vida digna, a desarrollarse en un ambiente sano, a la seguridad, a la igualdad y a la no discriminación. Esta afirmación ha sido reconocida por el Comité DESEC, quien sostuvo que:

El derecho humano a una vivienda adecuada es un derecho fundamental que constituye la base para el disfrute de todos los derechos

29. ECOSOC, Observación General N.º 3, p. 4.

30. DERECHOS Y POLÍTICA FISCAL, *Principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal*, p. 42.

económicos, sociales y culturales y está vinculado en su integridad a otros derechos humanos, incluyendo los del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>31</sup>

Como puede advertirse, dado el carácter interdependiente de todos los derechos, a pesar de que el derecho a la vivienda puede categorizarse como un Derecho Económico Social y Cultural, resulta necesaria su satisfacción para garantizar un pleno ejercicio de los derechos Civiles y Políticos.

Asimismo, vale resaltar que los tratados internacionales de derechos humanos mencionados en el apartado anterior y las respectivas interpretaciones de sus comités de control también forman parte de la Constitución financiera de la Ciudad. Respecto a la interpretación de que el obligado por los tratados internacionales es el Estado Nacional y estas obligaciones no pueden ser trasladadas a las jurisdicciones locales, si bien asiste razón en el argumento respecto de que es el Estado Nacional quien ha suscrito los tratados, es la propia Constitución de la CABA la que establece en su artículo 10 que en la Ciudad de Buenos Aires:

Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los *tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen*. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos.<sup>32</sup>

De igual manera, la CSJN ha entendido que la CABA se encuentra obligada por el PIDESC toda vez que manifestó que:

Para determinar las obligaciones del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en materia de vivienda resulta imprescindible interpretar —además de la Constitución local— la Constitución Nacional y, en particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).<sup>33</sup>

31. ECOSOC, Dictamen adoptado por el Comité en..., p. 10.

32. CABA, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 10.

33. CSJN, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, considerando 3.

En resumen, en una correcta interpretación del texto constitucional de la Ciudad de Buenos Aires, podemos entender que existen obligaciones de resultado respecto de la satisfacción de al menos el contenido mínimo de los DESC en general, y del derecho a la vivienda en particular. Asimismo, el contenido mínimo en el derecho a la vivienda debe satisfacer el estándar de vivienda adecuada desarrollado por el Comité DESC ya que la propia Ciudad se ha obligado a cumplir con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el Estado argentino. Finalmente, también podemos entender que como menciona el artículo 31 se establece un orden prioritario para los grupos vulnerables, especialmente aquellos en situación de pobreza crítica y con necesidades especiales con escasos recursos.

#### IV. POLÍTICA PÚBLICA DE VIVIENDA

##### IV.A. Régimen jurídico local

Continuando con lo manifestado por la CSJN en el fallo *Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo*” respecto de la operatividad derivada del derecho a la vivienda, vale resaltar que la Ciudad de Buenos Aires cuenta con una amplia normativa que intenta cumplir con la satisfacción del derecho a la vivienda al menos en su contenido mínimo.

En 1998, se dictó la primera norma relacionada con el derecho a la vivienda (Ley N.º 148), en la cual, siguiendo las pautas que surgen de la CCA-BA, se establece como prioritaria la problemática habitacional de las villas y asentamientos transitorios. De esta ley surge la creación del primer organismo encargado de controlar y gestionar las políticas públicas en materia de vivienda, la Comisión Coordinadora Participativa. Cabe resaltar que de la norma surgen obligaciones en las que el Estado local se compromete a satisfacer el derecho tutelado.<sup>34</sup> Siguiendo con estos lineamientos se sanciona la Ley 341, en la cual se establece un sistema de créditos para posibilitar el acceso a la vivienda para personas de escasos recursos.

34. Ejemplo art. 3.4 “Garantizar a través de la representación vecinal el adecuado ajuste entre las necesidades de los pobladores y las respuestas conducentes para la satisfacción de las mismas y un adecuado mecanismo de gestión y promoción social”.

El segundo organismo creado en pos de elaborar política pública en la materia es el Instituto de la Vivienda de la Ciudad de Buenos Aires (Ley 1251). En su norma de creación se establecen principios y directrices para su actuar, como así también la manera en la que será financiado (tanto con presupuesto que será asignado por el Estado Nacional, como local y los provenientes de convenios y gestiones propias). Una vez creado se le asigna la tarea de gestionar la política que se desprende de la Ley 341. Según surge de la página oficial del GCBA actualmente:

El programa instrumenta políticas de acceso a la vivienda para uso exclusivo y permanente de hogares incorporados en procesos de organización colectiva a través de cooperativas, mutuales o asociaciones civiles sin fines de lucro mediante subsidios o créditos colectivos para la cooperativa. Los socios beneficiarios de las organizaciones que integran el programa son los adjudicatarios de las unidades funcionales y son quienes definen las características de las viviendas en el desarrollo del proyecto y participan en la construcción de las viviendas. Además, cada cooperativa incorpora a un profesional para que ofrezca el asesoramiento en la definición, las características de su vivienda. El IVC es el ente evaluador de las propuestas, agente financiero y fiscalizador en el desarrollo del proyecto y la construcción del proyecto.<sup>35</sup>

En 2004 con la sanción de la Ley 1.408 se declaró la emergencia habitacional en la Ciudad de Buenos Aires por un plazo de 3 años el cual fue prorrogado por la Ley 2.472 por tres años más. A partir de esta normativa se crea un fondo de emergencia habitacional con el fin de impulsar o financiar programas existentes de política de vivienda que brinde soluciones habitacionales transitorias o definitivas. Asimismo, suspendió los desalojos para familias que ocupan inmuebles que son propiedad de la Ciudad de Buenos Aires.

En el año 2005 se sancionó la Ley 1.770 de Urbanización de Villas, modificada por última vez en el año 2018. Y en 2010 se sancionó la Ley 3.706 de Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo a la Situación de Calle, la cual al inicio fue parcialmente vetada y recién fue reglamentada en 2013. En

35. Portal Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Programas especiales.

esta norma se establece el derecho de toda persona en situación de calle a acceder a la red socio-asistencial de alojamiento nocturno, como así también, establece una serie de compromisos del Estado para proteger los derechos de las personas en situación de calle.<sup>36</sup> Sobre esta norma, la Sala III de la Cámara de Apelaciones en los CAYTRC, mencionó que la ley:

a) dispone que la protección debe ser integral (cf. artículo 1); b) su objetivo consiste en “operativizar” los derechos de las personas en

36. Art 4. Ley 3.706 “Es deber del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires garantizar: a. La promoción de acciones positivas tendientes a erradicar los prejuicios, la discriminación y las acciones violentas hacia las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle; b. La remoción de obstáculos que impiden a las personas en situación de calle o en riesgo a la situación de calle la plena garantía y protección de sus derechos, así como el acceso igualitario a las oportunidades de desarrollo personal y comunitario. c. La formulación e implementación de políticas públicas en materia de salud, educación, vivienda, trabajo, esparcimiento y cultura elaboradas y coordinadas intersectorial y transversalmente entre los distintos organismos del Estado; d. Propender a la realización de acuerdos interjurisdiccionales para el diseño y ejecución de acciones conjuntas; e. La promoción de una cultura y educación basadas en el respeto y solidaridad entre todos los grupos sociales; f. La capacitación y formación interdisciplinaria de los trabajadores dedicados a llevar a cabo la política pública sobre las personas en situación de calle o en riesgo a la situación de calle; g. El acceso prioritario a los programas de desintoxicación y tratamientos para condiciones asociadas al abuso de sustancias, la salud mental y las discapacidades de acuerdo con las particularidades del sujeto que solicita el servicio, en el caso de personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle con discapacidad y adicciones; h. La orientación de la política pública hacia la promoción de la formación y el fortalecimiento de las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle; i. La participación plural, activa y democrática de las organizaciones de la sociedad civil integradas o no por personas en situación de calle o en riesgo a la situación de calle y organizaciones no gubernamentales, en la elaboración, diseño y evaluación continua de la política pública. j. La integración al presupuesto anual de partidas destinadas a la política pública y programas dirigidos a las personas situación de calle y en riesgo a la situación de calle; k. La realización de un relevamiento anual de las personas en situación de calle o en riesgo a la situación de calle con información desagregada que posibilite un diagnóstico y fijar políticas puntuales para los distintos subgrupos. Se promoverá la elaboración del diagnóstico con la participación de expertos en la materia, organizaciones no gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil integradas o no por personas en situación de calle o en riesgo a la situación de calle. l. La promoción, publicidad y difusión de toda información útil y oportuna relativa a los derechos, programas de gobierno y garantías existentes para las personas en situación de calle o en riesgo a la situación de calle”.

situación de calle y en riesgo de estar en dicha situación (cf. artículo 1), c) deja en claro que la situación de calle perdura aun cuando se usen la red de alojamiento nocturno (paradores) (cf. artículo 2); d) se explicitan una serie de deberes, constituyendo así las bases legales de una política pública integral (cf. artículo 3).<sup>37</sup>

Asimismo, en el año 2012 se ratificó mediante la Ley 4.036 la protección de los derechos sociales para los ciudadanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, específicamente para aquellas personas en situación de vulnerabilidad social. Es interesante ver como la definición de personas en situación vulnerable que surge del art. 6 de la ley citada,<sup>38</sup> si bien en la literalidad de la norma parece similar al concepto que surge del documento de los 15 Principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal, en los hechos, la tendencia se focaliza en la vulnerabilidad principalmente económica. Esta interpretación resulta conducente con la jurisprudencia tanto de la CSJN en el fallo “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” y el TSJ en los fallos “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P. c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)”, entre otros, en los cuales se deja asentado que no toda persona tiene derecho a solicitarle al Estado la satisfacción del derecho a la vivienda adecuada, sino solo aquellas personas que no puedan costearlo por sus propios medios. En esta misma línea, la Sala III de la Cámara de Apelaciones CAYTRC ha aclarado que la:

[...] situación de vulnerabilidad social o pobreza es la condición suficiente que exige la normativa local para obtener la garantía a los derechos sociales básicos como el derecho a la vivienda.<sup>39</sup>

37. CAYTRC, “Villanueva Giron, Katherine Junetc Contra GCBA...”, considerando 10.

38. CABA, Ley 4.036 art. 6. “Vulnerabilidad Social. Entiéndase por vulnerabilidad social, a la condición social de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos. Se considera ‘personas en situación de vulnerabilidad social’ a aquellas que, por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, encuentran dificultades para ejercer sus derechos”.

39. CAYTRC, “Villanueva Giron, Katherine Junetc Contra GCBA...”, considerando 12.

Frente al carácter finito de los recursos, esta interpretación no resulta, *a priori*, irrazonable ya que aquellas personas que pueden acceder a una vivienda adecuada sin necesidad de acudir al financiamiento estatal no verían vulnerado su derecho, y por lo tanto obligar al Estado a que garantice una vivienda a toda persona, derivaría en una utilización irrazonable del erario público en perjuicio de los más vulnerables, que son, en última instancia, como también señala la Sala III de la Cámara de Apelaciones CAY-TRC en el precedente citado, los sujetos a los que se les debe dar prioridad en la tutela de sus derechos.

Finalmente, dentro de las normas principales de gestión de política pública en materia de vivienda se encuentra el régimen de subsidios del Decreto 690/06 modificado por última vez por el Decreto 155/2023, denominado Programa de Atención Integral para Familias en Situación de calle. Esta política pública consiste en el otorgamiento de un subsidio temporario a los fines de cubrir al menos parcialmente los costos de alojamiento y los emergentes de este. Es interesante ver cómo, a pesar de todas las deficiencias del régimen, en su artículo 7<sup>40</sup> en cierto punto cumple con el principio 5, respecto a la mirada interseccional al momento de contemplar la situación de vulnerabilidad de aquellas personas que solicitan el subsidio. Sin perjuicio de esto, respecto de la idoneidad de la ejecución de la política que surge de este decreto la CSJN entendió que:

Los decretos 690/06 y 960/08 resultan cuestionables e ilegítimos, pues no contemplan previsiones claras que resguarden el sistema de prioridades referido, ni la igualdad entre iguales en el reparto de fondos; otorgan una considerable discrecionalidad a la autoridad administrativa encargada de aplicarlos para elegir a quiénes y cuánto dar; y en consecuencia no se garantiza que el subsidio se otorgue a los más necesitados frente a los que lo

40. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Decreto 690/06, art. 7. Para la determinación del monto a otorgar, la autoridad de aplicación debe tener en cuenta las siguientes condiciones: a) composición de la familia, considerando en especial los casos de familias monoparentales a cargo de la mujer, b) situación de empleo de los miembros del grupo familiar, c) que el grupo familiar se encuentre compuesto por personas con capacidades especiales, menores en edad escolar, o personas con enfermedades prolongadas y/o graves, mujeres en período de gestación, d) ingresos per cápita, e) cantidad de miembros que componen el grupo familiar, f) si se trata de un grupo familiar en situación de riesgo.

están en menor medida, conforme los parámetros constitucionales en juego.<sup>41</sup>

#### **IV.B. Obligaciones concurrentes con el Estado Nacional**

Además de los tratados internacionales suscriptos por el Estado argentino mencionados y el art 75 inc. 19 de la Constitución Nacional, en 1996 se sancionó la Ley 24.464 que creó el Sistema Federal de la Vivienda. En esta se crea un fondo federal que distribuye recursos económicos en las diferentes jurisdicciones de acuerdo con un índice desarrollado en el texto de la norma. Esta forma de distribución de la recaudación nacional en pos de colaborar con el financiamiento del derecho a la vivienda en todo el territorio argentino es esencial ya que la diferencia en materia de recursos presupuestarios de las provincias es ampliamente desigual.

La última norma emitida en materia de vivienda a nivel nacional es la Ley 27.654 de 2021, la cual tiene como objeto:

Garantizar integralmente y hacer operativos los derechos humanos de las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle que se encuentren en el territorio de la República Argentina. [Reconoce, en su artículo 10, el derecho a la vivienda digna y permanente, y en este sentido se obliga a] elaborar e implementar políticas públicas de vivienda, de carácter federal, inclusivas e integrales, y los planes para la construcción de viviendas deben contemplar una cuota o proporción destinada a dar solución a las situaciones comprendidas en la presente ley.<sup>42</sup>

Debido a esta norma podría decirse que efectivamente hay una obligación concurrente con el Estado Nacional, quien también se obliga a garantizar el derecho a la vivienda digna, tal como lo ha hecho la Ciudad de Buenos Aires en la normativa desarrollada anteriormente. Esto no significa

41. CSJN, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, considerando 3.

42. República Argentina, Ley 27.654, art. 1.

que no sea posible solicitar al Gobierno de la Ciudad la satisfacción del derecho vulnerado.

Respecto de las obligaciones concurrentes con el Estado Nacional en materia de vivienda el Tribunal Superior de Justicia, con anterioridad al dictado de la norma mencionada en el párrafo anterior, ha dicho que:

No hay que soslayar que las obligaciones que aquí se imputan al CGBA han sido asumidas por el Estado Nacional en el marco de tratados internacionales [...]. El Estado federal puede asumir compromisos, pero, trasladarlos a los estados federados requiere que la constitución que lo organiza le dé atribuciones que posibiliten hacerlo. Ciertamente, el Estado federal no puede disponer de los presupuestos locales. A su turno, el art. 10 de la CCBA asume los compromisos internacionales, pero, ni sustituye al estado federal en su cumplimiento ni podría hacerlo. [...] En ese marco, si bien no ha sido citado el Estado Nacional, ello no impide que el Estado local arbitre las medidas y acciones que considere pertinentes para hacer efectiva la referida corresponsabilidad.<sup>43</sup>

En síntesis, con la sanción de la nueva normativa nacional, surge una obligación concurrente entre ambas jurisdicciones. Sin perjuicio de esto, una interpretación armónica de la normativa lleva a entender que siempre que se demande el cumplimiento de una obligación asumida en normativa específica de la Ciudad (por ejemplo el Decreto 690/06 y sus modificatorios), es esta la obligada a garantizar el derecho a la vivienda sin perjuicio de su posibilidad de probar la eventual pretensión de regreso que podría tener contra el Estado Nacional y justificar la necesidad de citarlo como tercero en los juicios habitacionales como requisito indispensable para garantizar la satisfacción del derecho vulnerado. Este último supuesto podría darse, por ejemplo, en caso de que el Estado incumpla con su deber de colaborar con el financiamiento que se ha obligado a brindar a la Ciudad de Buenos Aires, en general y en particular para política habitacional.

43. TSJ de CABA, “K.M.P. c/GCBA y otros s/amparo”, considerando 15.

## V. LA CRISIS HABITACIONAL. RELACIÓN CON LA ASIGNACIÓN Y LA SUBEJECUCIÓN PRESUPUESTARIA

### V.A. Situación de hecho

Pese a que no se ha vuelto a reconocer explícitamente en la legislación, la situación de crisis habitacional continúa vigente en la Ciudad de Buenos Aires. De todos modos, el IVC incumple con su deber de poner en conocimiento estadísticas oficiales actualizadas a la fecha, siendo los últimos informes sobre el déficit los publicados en 2013.<sup>44</sup> Según surge del informe titulado “La situación habitacional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, realizado por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad en 2015, se dejó constancia de la grave situación de hacinamiento especialmente en el sur de la ciudad, y la contraposición de viviendas desocupadas que se encontraban en condiciones de ser habitadas si se realizara una gestión de los recursos más eficiente.<sup>45</sup> Asimismo, desde la pandemia la situación no

44. Portal Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Informes de Coyuntura Habitacional.

45. Defensoría del Pueblo, *La situación habitacional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, pp. 19-20. “Conclusiones del informe. El 5 % del total de las viviendas de la Ciudad presentan condiciones habitacionales deficitarias. • Alrededor del 40 % de los porteños son inquilinos u ocupantes. • El 6 % de la población total de la Ciudad vive en villas, asentamientos informales y núcleos habitacionales transitorios. Actualmente, aproximadamente 200.000 personas habitan en los más de 30 barrios carenciados de la Ciudad, en su mayoría ubicados en la zona sur. En estos barrios, más del 70 % de los hogares habitan en viviendas deficitarias en sus componentes constructivos. A su vez, el 20 % carece de conexión cloacal. Asimismo, el 56 % de las viviendas ubicadas en estos barrios presentan hacinamiento. • El 11 % (126.000) de los hogares presentan hacinamiento. En la zona sur de la Ciudad se exhiben índices alarmantes que superan el 20 % de los hogares. • Los servicios públicos, si bien extendidos, en muchos barrios de la Ciudad resultan insuficientes. Particularmente, un 5 % (53.000) de las viviendas utilizan garrafas como combustible principal para cocinar y un amplio porcentaje de las viviendas ubicadas en villas, asentamientos y NHT no cuentan con los servicios elementales o los tienen de manera deficitaria. • Entre 1.845 personas y grupos familiares relevadas por el Gobierno de la Ciudad y 10.000 estimadas por distintas organizaciones sociales se encuentran en situación de calle. • Alrededor de 80.000 personas residen en Complejos Habitacionales y Barrios Municipales construidos por el Estado local en sus distintas administraciones, algunos de los cuales están expuestos a situaciones de riesgo edilicio y/o ambiental. • En la zona sur de la Ciudad es donde se observa la mayor cantidad de hábitat informales y condiciones habitacionales deficitarias. Asimismo, se

ha mejorado, según manifestó Iliana Llanos, presidenta de la Cooperativa de Vivienda Papa Francisco el 12 de octubre de 2022 en el diario *Tiempo Argentino*:

Según los últimos datos del Censo 2010 (a la espera del detalle del Censo 2022), se contabilizaron 340.975 viviendas deshabitadas, que representa el 24 % del total de viviendas relevadas en la Capital Federal. En la zona norte, principalmente en las Comunas 1, 14 y 2, se concentran el 38,5 % del total de espacios ociosos. Por el contrario, en la zona sur es donde se encuentran los mayores números de ocupación, pero en los últimos años los índices ahí también empiezan a mostrarse a la baja.<sup>46</sup>

Para Llanos, esto es consecuencia:

Del avance de la gentrificación de los barrios del sur, por un lado, y los negocios inmobiliarios por el otro. No es casual, ya que la política implementada al momento de los desalojos es el subsidio 690.

Cifras oficiales de la cartera de Desarrollo Humano afirman que, durante 2022, adjudicaron el subsidio a 794 personas con un monto promedio de \$13.500. Los datos incluyen a quienes están en situación de calle y a quienes transitoriamente se encuentran sin vivienda o refugio, por motivo de desalojo u otras causas. El total de "personas beneficiadas con este complemento habitacional es de 14.126 personas".<sup>47</sup>

De lo expuesto anteriormente se puede llegar al menos a algunas conclusiones. En principio se podría decir que, la política habitacional llevada adelante por el GCBA no estaría teniendo como consecuencia una efectiva protección del derecho a la vivienda adecuada para las personas en situación de vulnerabilidad.

---

detectaron allí los menores promedios de ingresos individuales y familiares, las tasas más elevadas de desocupación, subocupación e inactividad, como así también, los niveles de instrucción más bajos. • En contraposición con el derecho a la vivienda y la magnitud del déficit habitacional en la Ciudad, más de 65.000 viviendas en condiciones de ser habitadas se encuentran vacías o deshabitadas".

46. *Tiempo Argentino*, "En los próximos días, más de...", 12/10/2022.

47. *Tiempo Argentino*, "En los próximos días, más de...", 12/10/2022.

Luego de años de implementar una política que no brinda el resultado deseado debería revisar las falencias de sus programas al momento de realizar la evaluación del resultado del ejercicio fiscal. En este punto, se advierte una ausencia de perspectiva de derechos humanos en la etapa de control del presupuesto. Asimismo, sobre la base de los datos sobre las viviendas desocupadas en condiciones de habitabilidad, se puede advertir una mala gestión de los recursos socialmente disponibles. En este sentido, tal como establece el principio 12:

Los Estados están facultados, y en ocasiones obligados, a incentivar o desincentivar conducta y corregir externalidades mediante instrumentos específicos de política fiscal.<sup>48</sup>

Es decir que debe tenerse en cuenta la faz recaudatoria del Estado y no solo la erogatoria. Sobre esta base, sería interesante que la Legislatura porteña, considere establecer una política fiscal disuasiva para la tenencia de viviendas desocupadas que se encuentran en condiciones de habitabilidad, como así también generar incentivos para fijar precios de alquileres que no resulten imposibles de costear para el ingreso promedio de los habitantes de la Ciudad. Finalmente, también cabe concluir que el GCBA, al no permitir un fácil acceso a los datos oficiales respecto de la situación habitacional incumple el deber de información (Ley 104 y Principio 7).

## **V.B. Gestión presupuestaria**

Si el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires ha dicho que

[...] No debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales instituido por Ley 23.548 y sus modificaciones –1,40 % sobre el total distribuible desde el 1° de enero

48. DERECHOS Y POLÍTICA FISCAL, *Principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal*, p. 50.

de 2003 a tenor del Decreto 705/03, [...] 22,66 % para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina–, se convierten en una concreta limitante para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.<sup>49</sup>

Conviene realizar varias aclaraciones respecto de este punto. En primer lugar, la CSJN ha establecido en el precedente “Badín, Ruben y otros c/ Buenos Aires Provincia s/ daños y perjuicios” y ratificado en el fallo “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/*habeas corpus*”, en línea con la Observación General N.º 3 del Comité DESC, que si bien las restricciones presupuestarias deben ser tenidas en cuenta, estas no pueden funcionar a modo de justificativo para transgredir derechos constitucional e internacionalmente reconocidos.

Asimismo, pese a lo manifestado por el magistrado del máximo tribunal de la Ciudad, y muchas veces alegado por el gobierno de la Ciudad para justificar la ineficacia de su política pública, la Ciudad no solo es el distrito más rico del país, sino que también cuenta con un presupuesto en dólares equiparable al de ciudades como Madrid o Barcelona, las cuales no se caracterizan justamente por su escasez de recursos.<sup>50</sup>

De los datos oficiales anexos a la Ley 6.507 de presupuesto de 2022, al Ministerio de Desarrollo y Hábitat, quien se encarga de gestionar la política pública en materia habitacional, se le destinaron \$60.755.036.735,<sup>51</sup> en un presupuesto total de \$964.614.572.005. En el proyecto de ley de presupuesto para el año siguiente se proyecta invertir \$134.080.421.380, en un presupuesto de \$2.154.963.906.679, manteniendo un porcentaje aproximado del 6,2 % del presupuesto total. Por otro lado, el Plan General de Acción 2023-2025 que se acompaña al presupuesto 2023, la gestión de política pública habitacional ni siquiera se encuentra contemplada dentro de los objetivos generales, ya que centra la gestión urbana principalmente

49. TSJ de CABA, “K.M.P. c/GCBA y otros s/amparo”, considerando 4.

50. Página 12, “CABA: un informe señala que tiene...”, 01/03/2022.

51. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley 6.507 de presupuesto, 2022.

en la ampliación y el mejoramiento de los espacios públicos.<sup>52</sup>

Por otro lado, la subejecución presupuestaria en materia de cumplimiento de los DESC, puede ser una de las problemáticas que desencadenan una gestión ineficiente de los recursos presupuestarios por parte del Gobierno de la Ciudad. En el caso particular del derecho a la vivienda, si realizamos un análisis comparativo de la ejecución presupuestaria correspondiente al tercer trimestre de 2021 (cifra definitiva) y el tercer trimestre de 2022 (cifra provisoria), a modo de ejemplo podemos ver cómo, de los fondos destinados a la Asistencia Socio Habitacional, en el 2021 solo se ejecutó un 69,4 % y en el 2022 un 56,3 %, respecto a la Asistencia a Familias en Alta Vulnerabilidad Social (también dependiente del Ministerio de Hábitat). En 2021 se ejecutó un 82,9 % y en 2022 un 65,2 %, finalmente del presupuesto destinado a la Asistencia Integral a los Sin Techo en 2021 se ejecutó un 68,8 % y en 2022 un 43,1 %.<sup>53</sup>

Como primeras conclusiones que pueden surgir de los datos expuestos podría decirse que el GCBA, avalado por el TSJ, se ampara en la justificación inconstitucional de insuficiencia de recursos que permitan garantizar el contenido mínimo del derecho a la vivienda. Además, se podría decir que surge de los hechos que esta afirmación tampoco resulta cierta, ya que el distrito cuenta con un presupuesto similar al de grandes ciudades europeas, y como se indicó en el párrafo anterior, tiende a subejecutar las partidas presupuestarias destinadas a la política pública en materia habitacional. A su vez, esta subejecución que implica un incumplimiento por parte del GCBA de la obligación asumida de garantizar el derecho a la vivienda, lo que deriva en una judicialización de los casos que, al fin y al cabo, requiere un gasto estatal (incluso mayor considerando que, si se cumplen los requisitos, eventualmente será condenado judicialmente a otorgar una solución habitacional).

Finalmente, y reiterando las conclusiones del apartado anterior, es sustancial dejar en claro que no necesariamente garantizar los DESC requiere una mayor asignación presupuestaria, si no una gestión eficaz con resultados que deben ser evaluados periódicamente. Desde esta óptica, el Dr. Corti destaca que:

52. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley 6.594 de presupuesto, 2023.

53. Portal Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ejecuciones Presupuestarias.

Si hay una obligación de asignar los máximos recursos disponibles y si los máximos recursos disponibles no son los que figuran en los presupuestos, sino los que son socialmente susceptibles de ser movilizados en la sociedad de la que se trata, hay que ver cuáles son los mecanismos que tienen los Estados para captar esos recursos socialmente disponibles.<sup>54</sup>

De lo expuesto, y de lo desarrollado en los apartados anteriores, cabe concluir al menos en forma preliminar que, para que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires pueda afirmar que cumple con las obligaciones y estándares internacionales de garantizar la asignación del máximo de los recursos disponibles, debe acreditar la elaboración de una política tributaria eficaz (que incluya tributos disuasivos de conductas que reduzcan el aprovechamiento de recursos socialmente disponibles —como un impuesto a la vivienda ociosa—) y una gestión eficaz de los recursos públicos con perspectiva de derechos humanos que tenga como directriz la satisfacción de los DESC. Desde esta óptica, pueden destacarse las nuevas políticas de incentivo fiscal vinculadas a vivienda aprobadas durante mayo de 2023. Por ejemplo, la exención del impuesto de alumbrado barrido y limpieza y el impuesto inmobiliario para viviendas cuyos contratos de locación se encuentren declarados ante el IVC, durante la vigencia del contrato si este no supera los 220 mil pesos y el valor fiscal del inmueble no supera los 10 millones de pesos; o la exención del impuesto a los ingresos brutos para los propietarios que alquilen viviendas, hasta un máximo de tres unidades y por un monto no superior a los 220 mil pesos mensuales cada una. Además, dentro de las principales medidas de política fiscal tomadas en relación con el derecho a la vivienda se aprobó la exención del pago del ochenta por ciento (80 %) del derecho para el desarrollo urbano y el hábitat sustentable a los desarrollos inmobiliarios destinados a vivienda individual o colectiva y usos complementarios a la vivienda localizados en las Comunas 3, 4, 5, 7, 8, 9 y 10.

54. CORTI, “Restricciones financieras y derechos humanos: una visión global”, p. 98.

## VI. EL CONTROL JUDICIAL DEL DERECHO A LA VIVIENDA

La garantía del control judicial es una herramienta que tiende a garantizar la tutela de todo tipo de derechos en caso de ser vulnerados por acciones u omisiones tanto del Estado como así también de los particulares.

En el caso específico del derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires, este suele ser protegido por la vía judicial del amparo en los denominados “amparos habitacionales” generalmente iniciados por el Ministerio Público de la Defensa o el Ministerio Público Tutelar del fuero CAYT de la CABA. Tal como establece la CSJN:

[...] los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.<sup>55</sup>

Siendo esta una manera de controlar la razonabilidad de los programas habitacionales en la Ciudad de Buenos Aires, en pos de garantizar el derecho a la vivienda adecuada.

### **VI.A. Modelo de control judicial de las restricciones financieras en la Ciudad de Buenos Aires. ¿Un antes y un después del fallo “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”?**

Como se expuso en el apartado anterior, las restricciones financieras suelen ser un justificativo recurrente por parte de los gobiernos frente al incumplimiento de la satisfacción de los DESC. En este sentido, el Dr. Corti categoriza el control judicial de las restricciones financieras en relación con la primacía de la satisfacción del derecho constitucional (control fuerte), o la primacía de la restricción presupuestaria (control deferente). Asimismo, puede encontrarse un control moderado que evalúe el caso en concreto con tendencias a un control fuerte o un control deferente.<sup>56</sup>

Dentro de la categorización mencionada, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, a mi criterio, se ha caracterizado por emitir jurisprudencia moderada con una fuerte tendencia hacia la deferencia. En el

55. CSJN, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, considerando 17.

56. CORTI, “Modelos de control judicial de las...”.

fallo “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, que resulta ser el precedente principal en la materia emitido por el máximo tribunal local, ha entendido que, debido al carácter finito de los recursos, la obligación de la Ciudad de Buenos Aires de satisfacer el derecho a la vivienda:

[...] se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las capacidades que sus posibilidades le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles.

En este caso, el cual es la consecuencia de múltiples precedentes dictados con anterioridad,<sup>57</sup> el máximo tribunal local entiende que son los recursos los que limitan la posibilidad de fijar o no programas que permitan el acceso a la vivienda, indicando al respecto que hay “ausencia de una regulación precisa por el legislador del derecho a la vivienda” (afirmación que, como surge del régimen jurídico desarrollado no es cierta), dejando así en la discrecionalidad del Ejecutivo la gestión de la política pública que surge del Decreto 690/06 y sus modificatorios, sin poner foco en la satisfacción de al menos el contenido mínimo del derecho a la vivienda.

Frente a un escenario tendencialmente restrictivo en la jurisprudencia local en materia de vivienda, en 2012 la CSJN dictó su único fallo en materia habitacional “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”. Si bien, el precedente, que revoca la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, se reconoce como un gran avance y un cambio en la forma de interpretar el derecho a la vivienda, el tipo de control ejercido por la Corte continúa siendo un control moderado, con una leve tendencia hacia la deferencia en el voto de la mayoría, y una tendencia hacia un control fuerte en la disidencia del Dr. Petracchi.<sup>58</sup> Podría decirse que el avance se encuentra en el reconocimiento de la obligación del Estado local de garantizar el contenido mínimo del derecho a la vivienda a aquellas personas, que como la actora y su hijo, se encuentren en situación de vulnerabilidad tal que no permita la satisfacción del derecho por sus

57. TSJ de CABA “Panza, Ángel R.” y, “Toloza, Estela Carmen”.

58. CSJN, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, Voto Dr. Petracchi.

propios medios. También podría entenderse que puso un límite a la discrecionalidad de los poderes estatales que se sostenían en los precedentes dictados por el Tribunal Superior de Justicia. Sin perjuicio de esto, califica al derecho como de operatividad derivada, sujetándolo a la legislación por parte del congreso, o la legislatura, pero alineándose con la Observación General N.º 3 del Comité DESC respecto al concepto de máximo aprovechamiento de los recursos.

Es interesante ver cómo esta postura moderada de la Corte ha generado parcialmente una modificación en la jurisprudencia del TSJ. En 2014, el Tribunal resuelve en los autos caratulados “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P. c/GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)”. En este caso, se puede ver la influencia del precedente de la Corte en cuanto se advierte una mayor consideración de la situación de vulnerabilidad del actor quien padecía síndrome de inmunodeficiencia y debido a su incapacidad laboral debió abandonar su hogar para alquilar una habitación de 4 m<sup>2</sup>, con baño compartido entre ocho personas, ubicada en una casa de la Villa 31 de Retiro. En este caso el Tribunal Superior de Justicia, elabora un análisis del acceso prioritario a las políticas de vivienda según tres supuestos de vulnerabilidad que se adicionan a la económica: los discapacitados, los adultos mayores y las familias con niños. Finalmente, lo interesante del precedente es que condena al GCBA a presentar

Una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas en los términos de esta sentencia, a la situación de discapacidad del actor.<sup>59</sup>

Estableciendo lineamientos a lo largo de la sentencia, que incorporan al concepto de vivienda adecuada y una adaptación a las necesidades específicas derivadas del estado de salud del actor. Podríamos preguntarnos si esto es una suerte de ampliación del concepto de vivienda adecuada que debe adaptarse al caso en concreto. Sin perjuicio de esto, en la letra del fallo, el Tribunal continúa citando el precedente “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” y manteniendo su postura respecto a la sujeción de los

59. TSJ, “K.M.P. c/GCBA y otros s/amparo”, parte resolutive 3.

derechos a la existencia de recursos disponibles. Esto quiere decir, que, si bien la jurisprudencia de la Corte ha implicado una apertura en la concepción del TSJ respecto del derecho a la vivienda de personas en situación de vulnerabilidad, incorporando en un punto el concepto de vivienda adecuada establecido por el Comité DESC, entendiendo que:

[...] el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social.<sup>60</sup>

Esto no implica que el máximo tribunal local haya abandonado la tendencia a ejercer un control judicial de las restricciones financieras de manera deferente al cumplimiento de los derechos. A modo de ejemplo, los doctores Conde y Lozano sostienen en el fallo “K.M.P” que:

[...] [El] Tribunal tiene dicho que los recursos disponibles limitan aún la progresividad en el cumplimiento pleno de los compromisos emergentes del PIDESC. De todos modos, no es menos cierto que el párrafo 1 del artículo 2 del tratado obliga a cada Estado parte a tomar las medidas necesarias ‘hasta el máximo de los recursos de que disponga’, por tanto, para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar el máximo de los recursos que están a su disposición para satisfacer sus obligaciones.<sup>61</sup>

## **VI.B. Requisitos de las sentencias en amparos habitacionales y su relación con la división de poderes.**

Un último punto interesante a destacar en cuanto al análisis de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia se relaciona con la especificidad que se exigía a las sentencias dictadas en el marco de los procesos

60. TSJ, “K.M.P. c/GCBA y otros s/amparo”, voto Dr. Casas considerando 5.

61. TSJ, “K.M.P. c/GCBA y otros s/amparo”, considerando 13.3.

habitacionales, tanto en los fallos “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Panza, Ángel R. c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)’ y ‘Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, (ambos de 2006) el Tribunal entendía que las sentencias emitidas por los tribunales inferiores que condenaban al GCBA a brindar una solución habitacional que considere oportuna resultaba:

Imprecisa e indeterminada no se condice con la finalidad de un proceso judicial destinado a dotar de certeza a una determinada relación o situación jurídica, y menos aún con la del proceso de amparo en el cual la integridad del derecho lesionado debe ser inmediatamente reparada.<sup>62</sup>

Por otro lado, en el fallo “Alba Quintana” uno de los principales argumentos, se fundaba en que, por el principio de división de poderes, de ninguna manera el poder judicial podría decidir cuál sería la política pública a implementar para satisfacer los derechos vulnerados ya que esto resultaba ser competencia de los otros dos poderes.<sup>63</sup> Finalmente, con el criterio tomado en el fallo “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: “K.M.P. c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)” el Tribunal establece un criterio intermedio en el cual le otorga al GCBA la posibilidad de optar por la política pública que entienda oportuna para satisfacer el derecho lesionado, marcando en la sentencia las condiciones que deben cumplirse para entender que el derecho ha sido garantizado. En este sentido el Dr. Casás en su voto menciona que

Esa circunstancia debe ser tenida en cuenta por los jueces al tiempo de resolver los pleitos que son puestos a su consideración para no invadir competencia que el Legislador ha puesto en cabeza de otra rama de gobierno, el PE. Ese riesgo se presenta, principalmente, en todos aquellos casos en que la Administración no ha tomado una decisión acerca de cuál es la solución que entiende corresponde

62. TSJ, “Panza, Ángel R. c/GCBA s/amparo”, voto jueza Ana María Conde.

63. TSJ de CABA, “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros...”.

adoptar frente al derecho vulnerado. En esos casos, luego de reconocido el derecho, corresponde darle primeramente a la Administración ocasión para que se pronuncie al respecto en particular.<sup>64</sup>

De esta manera, a través de la aplicación de la normativa internacional, constitucional, infra constitucional, los principios del derecho, y el control de judicial de razonabilidad adecuado, se llega a un control judicial del derecho a la vivienda que no pierda el foco de la satisfacción del derecho fundamental, pero que respete de igual forma la división de poderes. Esta no resulta una cuestión menor, ya que la aprobación presupuestaria corresponde al Poder Legislativo y su ejecución corresponde a la administración, es por lo que el Poder Judicial simplemente puede controlar que el ejercicio de la política fiscal de los otros dos poderes cumpla con los principios y finalidades que surgen de la Constitución Financiera.

## VII. CONCLUSIONES

Como breves conclusiones preliminares del ensayo, podríamos decir que en marco jurídico internacional y local se establecen múltiples obligaciones de hacer en cabeza de la Ciudad de Buenos Aires en pos de satisfacer el derecho a una vivienda adecuada. Por otro lado, se puede advertir que la Constitución Financiera de la Ciudad tiende a una amplia protección de los DESC y plantea un diseño fiscal que debe tener en miras la plena satisfacción de los derechos humanos y la justicia social. Estas dos cuestiones pueden llevar a entender que la aplicación de los Principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal resulta favorable en pos de establecer pautas que permitan cumplir con los objetivos que el texto constitucional propone.

En un segundo orden se puede advertir una ineficacia en la gestión de política pública en materia de vivienda ya que, no solo los programas implementados no se traducen en una garantía del derecho a una vivienda adecuada, sino que también hay una tendencia a la subejecución presupuestaria para dichos programas. Sin perjuicio de ello, puede verse como en el último tiempo se ha avanzado en política pública y fiscal vinculada a

64. TSJ de CABA, “K.M.P. c/GCBA y otros s/amparo”, considerando 16.

la crisis habitacional en las llamadas clases medias para paliar el aumento del valor de los alquileres en la ciudad.

Finalmente, respecto al control judicial del derecho a la vivienda, si bien luego del fallo “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” el Tribunal Superior de Justicia ha reconocido el deber de cumplir con el contenido mínimo de los derechos para personas en situación de vulnerabilidad y ha incorporado el concepto de vivienda adecuada desarrollado por el Comité DESC, aún tiende a condicionar la satisfacción del derecho a los recursos disponibles, utilizando esto como una justificación posible ante el incumplimiento por parte del Estado de satisfacerlos.

En síntesis, el derecho a la vivienda es un derecho que debe ser garantizado al menos en su contenido mínimo, generando obligaciones de hacer en todos los poderes del Estado. Dentro de estos mandatos, en el ejercicio de la política fiscal, la Ciudad no puede obviar la perspectiva de derechos humanos a los fines de gestionar su política recaudatoria y erogatoria en pos de garantizar la plena satisfacción de los DESC en general, y en este caso, de la vivienda. Desde esta óptica, se podría decir que, si bien en mayo de 2023 se pueden resaltar políticas fiscales que impactan directamente en el derecho a la vivienda, aún es muy pronto para evaluar el impacto positivo o negativo de estas. Lo que sí puede advertirse de la situación de hecho es que los programas existentes al momento no garantizan ni siquiera los estándares mínimos establecidos en el derecho internacional y local. Asimismo, del análisis presupuestario realizado, podría inferirse de manera preliminar que la Ciudad tampoco acredita el cumplimiento de la obligación de utilizar el máximo de los recursos disponibles a fin de garantizar el derecho a la vivienda adecuada.

## BIBLIOGRAFÍA

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo, Sala III, “Villanueva Giron, Katherine Junetc contra GCBA sobre Amparo-Habitacionales”, 28/04/2023.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 01/10/1996.

DERECHOS Y POLÍTICA FISCAL, *Principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal*, 2021, URL [https://derechosypoliticafiscal.org/images/ASSETS/Principios\\_de\\_Derechos\\_Humanos\\_en\\_la\\_Politica\\_Fiscal-ES-VF-1.pdf](https://derechosypoliticafiscal.org/images/ASSETS/Principios_de_Derechos_Humanos_en_la_Politica_Fiscal-ES-VF-1.pdf), consultado el 19/08/2024.

- Consejo Económico y Social, E/1991/23, Observación General N.º 3, 14/12/1990.
- , E/1992/23, Observación General N.º 4, 13/12/1991.
- , E/C.12/69/D/54/2018, Dictamen adoptado por el Comité en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto de la comunicación N.º 54/2018, 23/03/2021.
- Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, 15/06/2015, Washington DC, Estados Unidos, e.v. 11/01/2017.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 21/12/1965, Nueva York, Estados Unidos, e.v. 04/01/1969.
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 18/12/1990, Nueva York, Estados Unidos, e.v. 01/07/2003.
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 28/07/1951, Ginebra, Suiza, e.v. 22/04/1954.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 18/12/1979, Nueva York, Estados Unidos, e.v. 03/09/1981.
- Convención sobre los Derechos del Niño, 20/11/1989, Nueva York, Estados Unidos, e.v. 02/09/1990.
- , CRC/C/GC/17, Observación General N.º 17, 17/04/2013.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, 24/04/2012, *Fallos* 335:452, *Id SAIJ: FA12000045*.
- CORTI, Horacio, “La implementación de la Convención. Efectos sobre la Política Fiscal sobre los Estados”, en BENDEL, Yael S. (coord. gen), *Convención sobre los Derechos del Niño Comentada*, 2019, Ciudad de Buenos Aires.
- , “Modelos de control judicial de las restricciones financieras en el derecho comparado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina sobre el derecho a la vivienda”, en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Año 8, N.º16, 10/2018, pp. 53-95.
- , “Capítulo I. La Actividad Financiera Pública. Definiciones Básicas” en CORTI, Horacio, *Derecho Constitucional Presupuestario*, Abeledo, 2007.

- , “Restricciones financieras y derechos humanos: una visión global”, en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, 2019, N.º 17, 02/2019, pp. 93-103.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, *La situación habitacional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, 2015, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Decreto 690/06, 2006.
- Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley 4.036 de Protección Integral de los Derechos Sociales para los Ciudadanos, 24/11/2011.
- , Ley 6.507 de presupuesto, 2022.
- , Ley 6.594 de presupuesto, 2023.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 16/12/1966, Nueva York, Estados Unidos, e.v. 03/01/1976.
- Página 12, “CABA: un informe señala que tiene más presupuesto por habitante que Madrid o Barcelona”, BRUNETTO, Santiago 01/03/2022, URL <https://www.pagina12.com.ar/404698-caba-un-informe-senala-que-tiene-mas-presupuesto-por-habitan>, consultado el 19/08/2024.
- Portal Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Ejecuciones Presupuestarias, URL <https://www.buenosaires.gob.ar/haciendayfinanzas/contaduria/informacion-contable/ejecuciones-presupuestarias>, consultado el 19/08/2024.
- , Informes de Coyuntura Habitacional, URL <https://data.buenosaires.gob.ar/dataset/informes-coyuntura-habitacional>, consultado 19/08/2024.
- , Programas especiales, URL <https://www.buenosaires.gob.ar/institutodevivienda/comprar/programas-especiales#:~:text=Cr%C3%A9ditos%20individuales%20Ley%20N%C2%B0%20341&text=El%20vecino%20con%20al%20menos,la%20Ciudad%20de%20Buenos%20Aires>, consultado el 19/08/2024.
- República Argentina, Ley 27.654 de Situación de Calle y Familias sin Techo, 24/12/2021.
- Tiempo Argentino, “En los próximos días, más de 100 familiar podrían ser desalojadas de un edificio de Parque Patricios”, SUÁREZ, Martín, 12/10/2022, URL [https://www-tiempoar-com-ar.cdn.ampproject.org/v/s/www.tiempoar.com.ar/informacion-general/en-los-proximos-dias-mas-de-100-familias-podrian-ser-desalojadas-de-un-edificio-de-parque-patricios/amp/?amp\\_gsa=1&amp\\_js\\_v=a9&usqp=mq331AQKKAFQArABIIACAw%3D%3D#amp\\_tf=De%20%251%24s&aoh=16693396293893&referrer=https%3A%2F%2F](https://www-tiempoar-com-ar.cdn.ampproject.org/v/s/www.tiempoar.com.ar/informacion-general/en-los-proximos-dias-mas-de-100-familias-podrian-ser-desalojadas-de-un-edificio-de-parque-patricios/amp/?amp_gsa=1&amp_js_v=a9&usqp=mq331AQKKAFQArABIIACAw%3D%3D#amp_tf=De%20%251%24s&aoh=16693396293893&referrer=https%3A%2F%2F)

[www.google.com&ampshare=https%3A%2F%2Fwww.tiempoar.com.ar%2Finformacion-general%2Fen-los-proximos-dias-mas-de-100-familias-podrian-ser-desalojadas-de-un-edificio-de-parque-patricios%2F](https://www.google.com&ampshare=https%3A%2F%2Fwww.tiempoar.com.ar%2Finformacion-general%2Fen-los-proximos-dias-mas-de-100-familias-podrian-ser-desalojadas-de-un-edificio-de-parque-patricios%2F), consultado el 19/08/2024.

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, 12/05/2010, *Id SAIJ: FA10380265*.

——, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Panza, Ángel R. c/GCBA s/amparo’”, 23/05/2006.

——, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P. c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)”, 21 /03/2014, *Id SAIJ: FA14380000*.

——, “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, 09/08/2006.

## RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GENERACIÓN HIDROELÉCTRICA NACIONAL\*

ROQUE NICOLÁS CAPUTO\*\*

**Resumen:** El escrito busca describir, condensar y analizar el marco normativo aplicable a los complejos hidroeléctricos nacionales, a propósito del vencimiento del plazo de los contratos de concesión.

**Palabras clave:** derecho administrativo — privatizaciones — complejos hidroeléctricos — contratos de concesión.

**Abstract:** The document aims to describe, condense, and analyze the applicable regulatory framework for national hydroelectric complexes, in light of the expiration of concession contracts.

**Keywords:** administrative law — privatizations — hydroelectric complexes — concession contracts.

### I. INTRODUCCIÓN

En la década de 1990 se llevó a cabo la transformación del sector energético argentino. Se pasó de un sistema formado por empresas públicas y guiado por la planificación estatal a otro donde las empresas privadas fueron las protagonistas y el mercado se convirtió en el ordenador, siguiendo un conjunto de ideas económicas conocidas como Consenso de Washington.

En ese contexto se desarticularon y privatizaron las principales empresas energéticas nacionales, entre ellas Hidroeléctrica Norpatagónica SA (Hidronor) y Agua y Energía Eléctrica SE (AyEE) que fueron las

\* Recepción del original: 29/09/2023. Aceptación: 24/11/2023.

\*\* Abogado (UNLP).

responsables de construir y operar los principales complejos hidroeléctricos del país.

A diferencia del parque generador térmico, los aprovechamientos hidroeléctricos<sup>1</sup> no fueron vendidos durante la reforma del sector eléctrico de la década de 1990, sino que se entregaron en concesión por un plazo de 30 años en la mayoría de los casos, o se transfirieron a las provincias.

Durante 2023 comenzaron a vencer los plazos de los contratos de concesión y con este hecho se abrió un debate público sobre el destino de dichos aprovechamientos. Esto ocurre en el marco de una transición energética global deliberada que busca reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y mitigar el cambio climático.<sup>2</sup> Además, dado que las centrales hidroeléctricas de estos aprovechamientos tienen un promedio de vida que requiere grandes inversiones para su renovación, la discusión se vuelve aún más importante.

A pesar de haber perdido participación relativa en la matriz energética frente al aumento de la participación del parque térmico desde las reformas de la década de 1990, la energía hidráulica sigue siendo una de las principales fuentes de generación eléctrica en la Argentina. Cumple un rol fundamental en el despacho técnico y económico de la energía eléctrica, y su desarrollo resulta vital para un sistema energético limpio, económico y confiable.

Teniendo en vista el vencimiento del plazo de las concesiones, la Resolución 130/2022 de la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía de la Nación estableció la creación del Equipo de Trabajo de Aprovechamientos Hidroeléctricos Concesionados (Etahc).<sup>3</sup> Este equipo, compuesto por representantes de diversos órganos y organismos públicos nacionales, tiene como objetivo principal realizar un relevamiento integral del estado de las concesiones hidroeléctricas de jurisdicción nacional. Dicha

1. En este trabajo se utilizará indistintamente la denominación complejo hidroeléctrico o aprovechamiento hidroeléctrico. También, como se verá, si bien este trabajo se referirá principalmente al aspecto energético de los aprovechamientos, o sea lo que se denomina "central hidroeléctrica", los aprovechamientos son multipropósito y también pueden estar integrados por más de una central generadora de energía.

2. Sumado a ello, en febrero del año 2022 Rusia inició una invasión militar a Ucrania precipitando una serie de cambios geopolíticos de relevancia que impactan en los precios de todos los bienes energéticos a nivel global y modifican las estructuras de los mercados y las cadenas de suministro. Belkaid, "La revolución de los hidrocarburos".

3. Secretaría de Energía, Resolución 130/2022, art. 1.

resolución enumera las centrales hidroeléctricas alcanzadas, que incluyen a Alicurá, El Chocón-Arroyito, Planicie Banderita, Piedra del Águila, Águila del Toro, Los Reyunos, El Tigre, Río Hondo, Los Quiroga, Futaleufú, Cabra Corral, El Tunal, Ullum, El Cadillal, Escaba, Pueblo Viejo, Pichi Picún Leufú y Florentino Ameghino.

Dentro de este contexto histórico, el presente trabajo tiene como objetivo describir y analizar el marco jurídico e institucional de los complejos hidroeléctricos nacionales y abordar algunas de las problemáticas que los afectan. Esto se hace considerando la fragmentación y dispersión normativa existente.

En la actualidad, no existe un conjunto homogéneo y coherente de normas que aborden las diversas dimensiones de esta tecnología, y las normas aplicables provienen de diferentes momentos históricos. Por ejemplo, los preceptos de la Ley 15.336<sup>4</sup> se construyeron en la época de esplendor de la generación hidráulica y de un fuerte protagonismo de las empresas estatales, sin embargo, la transformación del sector eléctrico se llevó a cabo siguiendo una lógica antagónica, que, a su vez, fue previa a la reforma constitucional de 1994. No obstante, a nivel legislativo, las normas no se adaptaron para conciliar las distintas reformas.

Problemas similares surgen debido a la falta de una legislación nacional unificada sobre la seguridad de las presas o la administración de las cuencas interjurisdiccionales. La falta de resolución de estos problemas contribuye a generar tensiones en las relaciones dentro del Estado federal.

En este sentido, se destacan varias problemáticas que se abordan en el presente trabajo, incluyendo las relaciones entre el Estado nacional y las provincias, los contratos de concesión, los órganos y organismos con potestad regulatoria y el régimen de regalías.

El análisis se centrará en las concesiones de los aprovechamientos Alicurá, El Chocón-Arroyito, Cerros Colorados y Piedra del Águila. Estas son las centrales más grandes en términos de potencia instalada y los primeros contratos en vencer.

En estas palabras preliminares resulta necesario aclarar que se excluyen del presente escrito los complejos hidroeléctricos binacionales Yacretá<sup>5</sup> y

4. República Argentina, Ley de Energía y Combustible.

5. La Ley 20.646 de 1974 aprobó el Tratado de Yacretá con la República del Paraguay que tuvo por objeto constituir una entidad binacional denominada Yacretá con capacidad jurídica, financiera y administrativa, y también responsabilidad técnica para estudiar, pro-

Salto Grande<sup>6</sup> por tener un régimen jurídico propio.<sup>7</sup> Tampoco se abordará el tratamiento de los pequeños aprovechamientos hidroeléctricos,<sup>8</sup> ya que se insertan en el régimen de fomento de las energías renovables. De igual manera, no se considerará el tratamiento otorgado a los proyectos exclusivamente provinciales.

El propósito del trabajo es contribuir al conocimiento de parte de un segmento esencial de la cadena de valor de la electricidad, cómo es el de la generación hidráulica y, por ende, de un elemento fundamental de los servicios públicos de electricidad.

## II. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA TECNOLOGÍA Y DE SU SITUACIÓN ACTUAL

La energía hidroeléctrica se basa en un mecanismo que aprovecha la energía cinética que libera el agua que cae o corre. En las centrales hidroeléctricas el agua impulsa una turbina que convierte el movimiento en energía mecánica y eléctrica.

Entonces, puede apreciarse que la cantidad de electricidad que se puede generar depende de la diferencia de altura existente entre los reservorios de agua superiores e inferiores, denominada caída o “salto aprovechable” y de la cantidad de agua que circule por el sistema. Estos elementos son la “cota” del embalse y el caudal del río.

---

yectar, dirigir y ejecutar las obras del aprovechamiento del mismo nombre, ponerlas en funcionamiento y explotarlas como una unidad desde el punto de vista técnico y económico. La central se inauguró en 1994 y alcanzó su cota máxima en 2011.

6. El 30 de diciembre de 1946 se firmó un tratado entre nuestro país y la República de Uruguay cuyo artículo 2 expresa: “Las Altas Partes Contratantes acuerdan designar y mantener una Comisión Técnica Mixta compuesta de igual número de delegados por cada país, la que tendrá a su cargo todos los asuntos referentes a la utilización, represamiento y derivación de las aguas del río Uruguay”. Dicho instrumento fue aprobado por nuestro país en 1948 mediante la Ley 13.213. La central quedó inaugurada, con la puesta en marcha de la última turbina, en mayo de 1983.

7. ARIAS RODRÍGUEZ, “Lineamientos para el marco jurídico de...”.

8. La categoría de pequeño aprovechamiento corresponde a centrales hidroeléctricas de hasta 50 MW de potencia (art. 4 de la Ley 26.190), y esa categoría incluye también las plantas mini y micro que usualmente abastecen sistemas aislados y pequeños consumos dispersos.

Las centrales hidroeléctricas se clasifican, según su capacidad de almacenamiento de agua, en tres grandes categorías: centrales de agua fluyente o de pasada, centrales de embalse y centrales de bombeo o reversibles.

Las centrales de pasada carecen de gran capacidad de almacenamiento, por lo que son altamente dependientes de las variaciones del caudal del río. Son consideradas, en términos del despacho de energía, de "base"; un ejemplo de este tipo es Yacyretá.

En cambio, las centrales con embalse (almacenamiento artificial del agua) pueden ser "despachadas" cuando es necesario, ajustándose rápidamente a las variaciones de la demanda, que es una característica muy valiosa para el sistema eléctrico (control de frecuencia, potencia reactiva e inercia). Por esta razón las centrales hidroeléctricas son el complemento ideal para morigerar la intermitencia de las otras energías renovables como la eólica y la solar y, por lo tanto, resultan una pieza clave para fomentar su desarrollo.

Las centrales de bombeo o reversibles impulsan agua desde un reservorio a otro más elevado, permitiendo acumular agua para ser turbinada en las horas de mayor demanda y consumiendo energía en los momentos de menor. En nuestro país, los complejos hidroeléctricos Río Grande en Córdoba y Los Reyunos en Mendoza son ejemplos de esta tecnología, y la primera es la central más grande de este tipo en Latinoamérica.

Ahora bien, en este punto resulta conveniente realizar una delimitación conceptual de los elementos que componen un aprovechamiento o complejo hidroeléctrico.<sup>9</sup> Debe tenerse presente que solo una pequeña minoría de los aprovechamientos hidroeléctricos del mundo se construyen exclusivamente para generar energía, la mayoría tienen varios usos.

Algunos de estos usos pueden ser el riego de cultivos, el suministro de agua para consumo humano o industrial, el control de inundaciones y otros fines secundarios como servicios de recreación y transporte. Estos distintos usos que tiene el agua hacen que la regulación de la generación hidráulica sea diferente al de otros tipos de generación de electricidad, lo que implica una coordinación entre distintos actores institucionales, como se verá más adelante.

9. Para ello se utilizarán las definiciones provistas por los contratos de concesión de los aprovechamientos estudiados.

El aprovechamiento o complejo hidroeléctrico es el conjunto funcional integrado por la presa, la central hidroeléctrica, las construcciones, las instalaciones y el equipamiento destinados al desarrollo del emprendimiento.

Cuando hablamos de central hidroeléctrica nos referimos al conjunto funcional de los equipos y las maquinarias generadoras de electricidad e instalaciones complementarias. Por su parte, la presa es la barrera artificial emplazada a través del río para la retención o derivación de las aguas, comprende el muro, el vertedero, el descargador de fondo, las compuertas y sus respectivos mecanismos de accionamiento. Y, por último, se puede definir el embalse como el lago artificial que se forma como consecuencia de la retención del río por parte de la presa.

El principal componente de una central hidroeléctrica es la turbina hidráulica. Por lo general, se equipan con turbinas del tipo "Pelton"<sup>10</sup> (altas caídas), del tipo "Francis"<sup>11</sup> (caídas medias a altas), o de hélice o "Kaplan"<sup>12</sup> (bajas caídas), que en conjunto son las más comunes.<sup>13</sup>

Entre las ventajas de las centrales hidroeléctricas se puede destacar que, una vez hundida la gran inversión inicial, tienen bajos costos de operación y mantenimiento. También pueden ayudar a mitigar el calentamiento global, ya que su ciclo de vida produce pocas o nulas cantidades de gases de efecto invernadero en la mayoría de los casos. Asimismo, como se mencionó, las centrales hidroeléctricas con embalse ofrecen una flexibilidad operacional incomparable, ya que pueden responder inmediatamente ante las fluctuaciones de la demanda eléctrica.

10. En la década de 1870, a partir de los usos en las actividades mineras, Lester Allan Pelton fue quien desarrolló esta tecnología. Esta turbina se emplea en grandes saltos con poco caudal. Está formada por un rodete móvil con álabes de doble cuenco. El chorro de agua entra en la turbina dirigido y regulado por uno o varios inyectores, incidiendo en los álabes y provocando el movimiento de giro de la turbina.

11. La turbina Francis fue desarrollada por James B. Francis en 1848. Se trata de una turbina de reacción de flujo interno que combina conceptos tanto de flujo radial como de flujo axial. Las turbinas Francis son turbinas hidráulicas que se pueden aplicar en un amplio rango de saltos y caudales.

12. Las Kaplan son turbinas de agua de reacción de flujo axial, se emplean en saltos de pequeña altura. Las amplias palas o álabes de la turbina son impulsadas por agua a alta presión que se conduce a través de una compuerta. Fue inventada en 1913 por el profesor austriaco Viktor Kaplan.

13. Secretaría de Energía, *Pequeños Aprovechamientos Hidroeléctrico. Energías Renovables*.

Como desventaja se puede decir que los proyectos de grandes presas pueden alterar los ecosistemas fluviales y a las comunidades circundantes, cambiando los patrones de migración de las poblaciones de peces y aves, y obligando a los residentes a relocalizarse. Otra característica negativa es que la relación entre el espacio ocupado y la energía generada es muy superior al de las centrales térmicas, por ejemplo. También debe decirse que en algunos embalses la materia orgánica en descomposición libera metano, un potente gas de efecto invernadero.

En la Argentina, la Secretaría de Energía, mediante una nota<sup>14</sup> del 23 de agosto de 2023 dirigida a la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima dispuso que

toda publicación, documentación y/o información relacionada con tales fuentes de energía, deberá mostrar a las Centrales Hidroeléctricas —cualquiera sea la potencia de su generación, como centrales de Fuente Renovable de Energía [...]

En lo que respecta al desarrollo de esta tecnología de generación, en su informe especial sobre el mercado de energía hidroeléctrica de 2021, la Agencia Internacional de Energía (AIE) informó que la energía hidroeléctrica representa casi un tercio ( $\frac{1}{3}$ ) de la capacidad mundial del suministro de electricidad y tiene el potencial de proporcionar mucho más.<sup>15</sup>

Según dicho informe, en los últimos 20 años la capacidad total de la energía hidroeléctrica aumentó un 70 % a nivel mundial, pero su participación en la generación total se mantuvo estable debido al crecimiento de la energía eólica, la solar fotovoltaica y la utilización del carbón y del gas natural. Se prevé que la capacidad hidroeléctrica mundial aumente en un 17 %, o 230 GW, entre 2021 y 2030.

Sin perjuicio del crecimiento, afirma la AIE, alrededor de la mitad del potencial económicamente viable de la energía hidroeléctrica sigue sin explotarse y ello es particularmente alto en las economías emergentes y en desarrollo, alcanzando casi el 60 %.

Un problema actual es que el parque hidroeléctrico existente a nivel mundial se encuentra envejecido. Para 2030, se espera que más del 20 % de

14. Ministerio de Economía, Resolución 567/2024.

15. Agencia Internacional de la Energía, *Hydropower Special Market Report. Analysis and...*

las unidades generadoras del mundo tengan más de 55 años, la edad promedio en la que se necesita reemplazar los principales equipos electromecánicos. Se estima que la modernización de todas las plantas envejecidas requeriría una inversión de 300.000 millones de dólares americanos de aquí a 2030, más del doble de la cantidad que actualmente se espera gastar en ello. Por otro lado, el informe indica que a nivel global el sector público poseía y operaba el 70 % de toda la capacidad hidroeléctrica instalada entre 2000 y 2020.

En nuestra región la participación de la energía hidráulica es muy importante, alcanzando el 46 % de la matriz total, siendo la principal fuente energética de Brasil, Paraguay y Colombia. En Brasil, por ejemplo, representa aproximadamente el 67 % de su capacidad instalada, es el segundo país después de China con más capacidad. La realidad de América Latina no escapa al envejecimiento de las centrales a nivel mundial, ya que la mitad de ellas tiene más de treinta años.<sup>16</sup>

En lo que respecta a la situación actual en la Argentina cabe decir, en primer término, que nuestro país fue pionero en América Latina en el desarrollo de la tecnología, ya que a fines del siglo XIX y principios del XX ya se habían construido varios pequeños aprovechamientos, por ejemplo, la Usina Casa Bamba (1897) o la “Usina Molet” (1905), ambas en la provincia de Córdoba, pero en la década de 1960 fue cuando se iniciaron las grandes obras que transformaron el sistema energético argentino.

Como hito de este proceso se destaca que en 1967 el Estado nacional constituyó la empresa Hidronor con el objeto de construir y explotar grandes obras hidroeléctricas en la región del Comahue (cuencas de los ríos Limay y Neuquén), incluyendo las líneas de transmisión e instalaciones complementarias destinadas a llevar la energía hacia los centros de consumo.

Como consecuencia de ello, la participación de la potencia instalada de energía hidráulica en la matriz energética argentina alcanzó a representar cerca del 50 % en las décadas de 1980 y 1990 para pasar, luego de las privatizaciones, a poco más del veinticinco por ciento (25 % actualmente, y del 16 % si se excluyen las centrales binacionales. En tanto la potencia instalada alcanzó en 2021 los 10.834 MW, 7.144 MW si se excluye del cómputo la potencia de Yacyretá y de Salto Grande, y promedió en los últimos 10 años 39.567 GWh anuales de energía.<sup>17</sup>

16. Energía para el Futuro, “La generación hidroeléctrica y la transición...”.

17. Cammesa, “Informe anual 2021”.

La pérdida de participación se debe al crecimiento del parque térmico, principalmente a la incorporación de ciclos combinados alimentados a gas natural (hidrocarburo cuyo precio fue muy competitivo en la década de 1990) y a la muy baja incorporación de nueva generación hidráulica.<sup>18</sup> En los últimos años también se destaca la incorporación de energía renovable, especialmente eólica y fotovoltaica.

En este trabajo se utiliza un criterio jurídico para clasificar a los complejos, según quién sea su titular dominial. Entonces, podemos observar complejos binacionales cuyo titular son los Estados nacionales conjuntamente a través de entes públicos binacionales, provinciales cuyo titular es el Estado provincial, nacionales donde el propietario es el Estado nacional y aprovechamientos privados, cuyo titular es un sujeto de derecho privado (estos últimos son pequeños aprovechamientos).

En lo concerniente a las centrales bajo análisis podemos decir sobre sus características que el complejo hidroeléctrico Cerros Colorados se encuentra ubicado en el valle inferior del río Neuquén y está constituido por las presas Portezuelo Grande, Loma de la Lata, Mari Menuco, Planicie Banderita y El Chañar y los embalses Mari Menuco, Los Barreales y El Chañar. La central hidroeléctrica se denomina Planicie Banderita.

El Chocón se encuentra sobre el río Limay, cuenta con una presa principal del tipo de tierra, una presa compensadora, una central hidroeléctrica del mismo nombre y la central hidroeléctrica Arroyito. El embalse que forma la presa es el más grande del país con 816 km<sup>2</sup> y se llama Exequiel Ramos Mexía. Alicurá también se encuentra sobre el río Limay, cuenta con una presa constituida por materiales sueltos granulares con núcleo impermeable, obras de descompresión y la central hidroeléctrica del mismo nombre.

Por su parte, el complejo Piedra del Águila también se encuentra sobre el río Limay y conforma una presa de hormigón de gravedad y una central hidroeléctrica del mismo nombre ubicada al pie de la presa.

En cuanto a las características técnicas de las centrales hidroeléctricas propiamente dichas, El Chocón tiene una potencia instalada de

18. En ese sentido se ha dicho que "[...] en la medida que menguaba la construcción de presas la conformación de la matriz energética y eléctrica se desbalancearía a favor del uso de combustibles fósiles, y la relación entre oferta y demanda energética mantendría durante los años finales de la convertibilidad un delicado equilibrio explicable únicamente por los deprimidos indicadores de la actividad económica". RADOVICH, BALAZOTE & PICCINI "Desarrollo de represas hidroeléctricas en la...".

1.200 MW y produce anualmente, en promedio, 3.350 GWh de energía, Planicie Banderita tiene una potencia de 450 MW y tiene una media anual de 1.510 GWh de energía, Arroyito tiene una potencia de 120 MW y produce 720 GWh de energía anual de media, Alicurá tiene una potencia de 1.000.000 MW y produce anualmente de media 2.360 GWh de energía, mientras que Piedra del Águila tiene una potencia instalada de 1.441 MW y aporta unos 5.500 GWh de energía en promedio.<sup>19</sup>

En lo que respecta a la composición accionaria de las concesionarias, El Chocón es controlada por Hidroinvest SA y la provincia de Neuquén posee el 30 % de participación, Cerros Colorados es controlada por AV Holding S.A. con un 90 % de participación, Alicurá es controlada por AES Alicurá Holding y Piedra del Águila que tiene una composición accionaria más fragmentada es controlada por Central Puerto SA y el Estado nacional posee un 8 % de las acciones.

Por último, debe tenerse en cuenta que existe un gran potencial de desarrollo de esta tecnología tanto a nivel nacional como a nivel regional.<sup>20</sup> En este último caso, pueden mencionarse la ampliación Aña Cuá en Yacretá que se encuentra en ejecución y los proyectos Corpus Christi con Paraguay y Garabí-Panambí con Brasil (ambos en estudio).

También debe ponerse de resalto que se están llevando a cabo, no sin inconvenientes, obras hidroeléctricas de importancia, como son los aprovechamientos del Río Santa Cruz, represas Presidente Néstor Kirchner y Gobernador Jorge Cepernik.<sup>21</sup> Dichas obras tienen como comitente a la empresa pública Energía Argentina Sociedad Anónima.<sup>22</sup>

19. ORSEP, *Inventario de presas fiscalizadas*.

20. MALINOW, *Potencial y Desarrollo Hidroeléctrico argentino*.

21. WALSH, "El caso de las represas hidroeléctricas...".

22. Sociedad Anónima controlada por el Estado nacional creada por la Ley 25.943, la cual tiene entre sus atribuciones la de generar, transportar, distribuir y comercializar energía eléctrica. Esto le permite ser la titular de la concesión que otorgará el Estado nacional sobre dichos aprovechamientos (Resolución 13/2022 de la Secretaría de Energía de la Nación).

### III. LAS PRIVATIZACIONES DE HIDRONOR Y DE AGUA Y ENERGÍA ELÉCTRICA

La Ley 23.696 de 1989, que dispuso la reforma del Estado y la emergencia en la prestación de los servicios públicos, estableció el reordenamiento institucional empresario del sector eléctrico.<sup>23</sup> A tal fin, se previó la conformación de una empresa federal de energía eléctrica que involucraría a AyEE, Hidronor y los activos de generación de energía de otras empresas nacionales, en consonancia con lo que fue establecido en el Pacto Federal Eléctrico del 29 de noviembre de 1989.<sup>24</sup>

Sin embargo, al poco tiempo, por medio de los Decretos 634/91<sup>25</sup> y 856/91<sup>26</sup> se inició lo que se denominó “reconversión del sector eléctrico”, proceso con características de corte neoliberal destinado a recrear un libre funcionamiento de los mercados y de sus mecanismos de asignación de recursos técnicos y económicos, desarrollando la competencia e instrumentando las medidas que garanticen el logro de una mayor eficiencia.

En ese sentido, el artículo 8 del Decreto 634/91 estableció que AyEE debía llevar adelante un programa de descentralización de sus actividades de generación térmica, y eventualmente hidroeléctrica, a fin de transferir, mediante mecanismos de venta o concesión de sus centrales a inversores privados de riesgo, tratando de que ingresen múltiples oferentes independientes a fin de evitar prácticas monopólicas.<sup>27</sup>

Posteriormente, la Ley 24.065 de 1991 denominada “Régimen de la Energía Eléctrica”, en su artículo 93, declaró:

[...] sujeta a privatización total la actividad de generación y transporte a cargo de las empresas Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires Sociedad Anónima (SEGBA), Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado e Hidroeléctrica Norpatagónica Sociedad Anónima [...].<sup>28</sup>

23. República Argentina, Ley de Reforma del Estado.

24. Dicho pacto buscó rediseñar el sector eléctrico ampliando las capacidades provinciales y ordenando la distribución de competencias sobre los distintos segmentos del negocio, pero sin abandonar el rol central del Estado.

25. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Reconversión del Sector Eléctrico.

26. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Modificación del Decreto 634/91.

27. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Reconversión del Sector Eléctrico, art. 8.

28. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, art. 93.

De esta manera comenzó la desintegración y privatización de Hidronor y de AyEE.

El mecanismo para llevar adelante las privatizaciones de los complejos hidroeléctricos fue similar en todos los casos. En primer lugar, se dividieron los activos en unidades de negocios independientes, en segundo lugar, se constituyó una sociedad anónima titular de la concesión para aprovechamiento de la fuente de energía hidroeléctrica y de los activos del complejo y, por último, se sometió a licitación pública la compra del paquete mayoritario de las acciones de dicha sociedad.

### III.A. Hidronor

Mediante la Ley 17.318 de 1967<sup>29</sup> se constituyó Hidronor como sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, cuyo objetivo consistió, originariamente, en la construcción del complejo hidroeléctrico El Chocón-Cerros Colorados ("la obra del siglo") a efectos de moderar las crecidas y regular los caudales de los ríos Limay, Negro y Neuquén, así como generar energía eléctrica para atender la demanda regional y, en especial, la región metropolitana de Buenos Aires y del Litoral, posibilitándose esto último mediante la construcción del sistema de transmisión de 500 Kv.<sup>30</sup>

Luego, la Ley 23.411 declaró de interés nacional los estudios, proyectos, trabajos y obras correspondientes al complejo Limay Medio<sup>31</sup>, integrado por los aprovechamientos hidroeléctricos de Pichi Picún Leufú, Michihuao y Pantanitos sobre el río Limay y se autorizó a Hidronor a completar esos estudios y proyectos, y proceder a la ejecución y explotación de los aprovechamientos e instalaciones otorgándole la concesión en los términos del artículo 14, inciso a), de la Ley 15.336.<sup>32</sup>

Asimismo, el artículo 5 de la Ley 23.411 declaró sujetas a la jurisdicción nacional las obras hidráulicas y eléctricas que Hidronor construya y explote, y aclaró que tal jurisdicción es exclusiva en todo lo atinente a

29. República Argentina, Ley de Régimen de Sociedades Anónimas...

30. Su objeto social establecía: "construir y explotar obras hidráulicas y eléctricas en la Región del Comahue (provincias del norte de la Patagonia), incluyendo las líneas de transmisión e instalaciones complementarias destinadas a llevar energía desde las centrales hidroeléctricas hasta los sistemas y centros de consumo que se autoricen".

31. República Argentina, Ley de Declaración de Interés Nacional..., art. 1.

32. República Argentina, Ley de Energía y Combustible, art. 14, inc. a).

los objetivos de interés nacional del complejo, manteniendo las provincias de Río Negro y Neuquén todas las potestades jurisdiccionales propias en cuanto no interfirieran, directa o indirectamente con tales objetivos.<sup>33</sup>

Por otra parte, el artículo 13 de la misma norma dispuso que el Estado nacional y las provincias de Río Negro y Neuquén convendrán la utilización de los cupos de agua necesarios para bebida, usos domésticos, industriales y regadío de las áreas susceptibles de aprovechamiento agropecuario-forestal en cada una de las obras del complejo hidroeléctrico Limay Medio.<sup>34</sup>

La empresa se constituyó al margen de AyEE con el objetivo de captar créditos internacionales y tuvo una visión integrada sobre los recursos de la región del Comahue.<sup>35</sup> La gestión inicial de la misma fue buena en términos de construcción y operación, pero luego no estuvo exenta del desprestigio que precedió a las privatizaciones.<sup>36</sup>

En lo que respecta a su privatización, por el artículo 97 de la Ley 24.065 se derogaron la Ley 17.574 y sus modificatorias (Ley 17.803 y las Leyes 19.955, 20.050, 23.411, 17.866, 19.199, 19.287 y su modificatoria 20.954, 21.937 y 22.938),<sup>37</sup> en todos sus aspectos, incluso los vinculados a las concesiones aprobadas mediante estas, en cuanto sean un impedimento a los objetivos de la privatización, la desmonopolización o desregulación de la actividad. En relación con ello, se delegó en el Poder Ejecutivo nacional la determinación de los alcances y de la entrada en vigor de lo dispuesto en el artículo aludido.

En tal inteligencia, se entendió procedente escindir la actividad de transporte de energía eléctrica a cargo de la empresa y establecer la división de los complejos en unidades de negocio independientes, con el objeto de posibilitar una desconcentración de la oferta hidroeléctrica dentro de la oferta total del MEM.

Mediante el Decreto 287/93<sup>38</sup> se dispuso la subdivisión de los activos de generación en cinco unidades de negocio independientes, disponiendo la constitución y aprobación de los estatutos sociales de cinco sociedades

33. República Argentina, Ley de Declaración de Interés Nacional..., art. 5.

34. República Argentina, Ley de Declaración de Interés Nacional..., art. 13.

35. BASTOS & ABDALA, *La transformación del sector eléctrico argentino*.

36. ROSELLI, "La privatización de Hidronor".

37. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, art. 97.

38. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Sociedades Hidroeléctricas.

anónimas cada una de ellas titular de la concesión del complejo hidroeléctrico del mismo nombre: Hidroeléctrica Alicurá SA, Hidroeléctrica El Chocón SA, Hidroeléctrica Cerros Colorados SA, Hidroeléctrica Piedra del Aguila SA e Hidroeléctrica Pichi Picún Leufú SA.

La desintegración horizontal de la empresa tuvo como propósito la desmonopolización y el fomento de la competencia, ello se aprecia con claridad en las limitaciones de los pliegos de las convocatorias de la privatización que impedían la adjudicación a aquellas empresas que poseían más del 10 % de la energía suministrada en el mercado (Capítulo III).<sup>39</sup>

Sobre las sociedades constituidas, a los efectos antes mencionados, se determinó que iban a estar regidas por el decreto de creación, por sus estatutos y por lo previsto en el Capítulo II, Sección V, artículos 163 a 307 (sociedades anónimas) y concordantes de la Ley 19.550 (en la actualidad modificada por las Leyes 26.994 y 27.077).<sup>40</sup>

Para la venta del paquete mayoritario de las centrales se utilizó el mecanismo de precio base fijo al contado y oferta competitiva de títulos de deuda externa e interna, en proporciones iguales admitiendo, eventualmente, los bonos de consolidación previsional. Esto quiere decir que parte del precio de las centrales fue abonado con la cancelación de deuda pública nacional.

El paquete accionario de las sociedades concesionarias está compuesto por acciones clase A, B y C. El adjudicatario de la licitación adquirió las acciones clase A (tenían limitaciones temporales para su disponibilidad) y un porcentaje de las acciones de clase B (libre disponibilidad) que le otorgaron el control societario, las acciones clase C eran parte de un programa de propiedad participada. Las acciones clase B restantes, según los pliegos, debían ser vendidas en los mercados de capitales nacionales e internacionales. Las provincias de Neuquén y Río Negro podían suscribir las acciones clase B según acuerdos a realizar con el Estado nacional (punto 12.5. de los pliegos de la licitación).

Por el Decreto 408/93, se dispusieron los llamados a licitación de las hidroeléctricas Alicurá SA, el Chocón SA y Cerros Colorados. Ese mismo decreto determinó que el cronograma de privatización para las

39. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Sociedades Hidroeléctricas, Capítulo III.

40. República Argentina, Ley de Sociedades Comerciales, arts. 163 a 307.

hidroeléctricas Piedra del Águila y Pichi Picún Leufú debería estar elaborado antes del 30 de abril de 1993.<sup>41</sup>

Consecuentemente, por las resoluciones 203/93, 204/93, 209/93 y 357/93 de la Secretaría de Energía, se asignaron los activos, pasivos y personal a Hidroeléctrica Alicurá SA, Hidroeléctrica El Chocón SA, Hidroeléctrica Cerros Colorados SA y Piedra del Águila SA, respectivamente. Por el Decreto 1661/93, se adjudicó el 59 % del paquete accionario de cada una de las tres primeras sociedades a los operadores privados que resultaron adjudicatarios del proceso licitatorio<sup>42</sup> y por el Decreto 2.665/93 se procedió a la adjudicación del paquete mayoritario de Piedra del Águila.<sup>43</sup>

### III.B. AyEE

Con la fusión, mediante el Decreto 3.967/47,<sup>44</sup> de la Dirección General de Centrales Eléctricas del Estado (creada por el Decreto 22.380/45) con la Dirección General de Irrigación se creó la Dirección General de Agua y Energía Eléctrica, que luego fue una Empresa del Estado, la que posteriormente, con el Decreto 3.907/77, se transformó en Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado.<sup>45</sup>

Esta empresa pública poseía activos de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica en todo el territorio nacional. De hecho, la Ley 17.004 de 1966 declaró bajo jurisdicción nacional todos los servicios de electricidad que prestaba el Estado nacional por intermedio de AyEE.<sup>46</sup>

Posteriormente, se inició un proceso de "provincialización" de los activos de AyEE, destacándose, en primer término, la Ley 18.586 que facultó en su artículo primero al Poder Ejecutivo Nacional a transferir a las provincias, en las condiciones prescriptas por dicha ley, los organismos y funciones nacionales existentes en los territorios provinciales.<sup>47</sup> Por el Decreto 258/80 se decidió la transferencia de los servicios de distribución de

41. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 408/93.

42. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1.661/93.

43. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 2.665/93.

44. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 3.967/47.

45. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Transformación de Agua y...

46. República Argentina, Ley 17.004.

47. República Argentina, Ley 18.586.

energía eléctrica y de riego de AyEE a las provincias, con la excepción de La Rioja, Santiago del Estero, Tucumán, Río Negro y Mendoza.<sup>48</sup>

Una vez sujeta a privatización, AyEE transfirió diversos activos de generación, transporte y distribución a las provincias a través de convenios particulares. Véase, en ese sentido, que el artículo 94 de la Ley 24.065 dispuso que el Estado nacional deberá acordar previamente con las provincias involucradas los procedimientos para el destino final de los activos de generación hidráulica de AyEE.<sup>49</sup>

A los fines de la privatización AyEE fue dividida en 23 unidades de negocio: una de transporte, nueve de generación térmica, ocho de generación hidráulica, una de generación hidrotérmica y cuatro de transporte de energía eléctrica por distribución troncal.

Para la privatización de las unidades de negocio de generación hidráulica fueron dictados los Decretos 2.259/93<sup>50</sup> para Hidroeléctrica Diamante SA, 369/94 para Hidroeléctrica Ameghino SA,<sup>51</sup> 888/94 para Hidroeléctrica Río Hondo SA<sup>52</sup>, 1.807/94 para Hidroeléctrica Futaleufú SA,<sup>53</sup> 1.903/94 para Hidroeléctrica Río Juramento SA,<sup>54</sup> 1.394/94 para Hidrotérmica San Juan SA<sup>55</sup> y 463/95 para Hidroeléctrica Tucumán SA.<sup>56</sup>

En lo que respecta a Hidroeléctrica Diamante, está integrada por los complejos hidroeléctricos Agua del Toro, Los Reyunos y El Tigre, todos ubicados sobre el Río Diamante, en la Provincia de Mendoza. El Decreto 1.694/94 procedió a la adjudicación del paquete mayoritario de acciones de la sociedad.<sup>57</sup> La Provincia de Mendoza tuvo opción de compra de hasta el 39 % del capital social en acciones clase B.

La central hidroeléctrica Ameghino forma parte del complejo del mismo nombre ubicado en la Provincia de Chubut, que es propietaria del 39 % del capital social de la sociedad, representativo de la totalidad de las acciones clase B.

48. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 258/80.

49. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, art. 94.

50. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Ratificación de un acta...

51. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Hidroeléctrica Ameghino...

52. Secretaría de Energía, Resolución 888/94.

53. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Futaleufú Sociedad...

54. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1.903/94.

55. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1.394/94.

56. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 463/95.

57. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Transmisión de Acciones de...

Por su parte, por el Decreto 2.219/94 se adjudicaron las acciones de Hidroeléctrica Río Hondo que está integrada por el Complejo Hidroeléctrico Río Hondo y la Central Hidroeléctrica Los Quiroga en la Provincia de Santiago del Estero.<sup>58</sup>

En cuanto a Hidroeléctrica Tucumán, está integrada por los Complejos Hidroeléctricos Escaba, El Cadillal y Pueblo Viejo ubicados en la Provincia de Tucumán, el Decreto 657/96 realizó la adjudicación del paquete mayoritario de sus acciones.<sup>59</sup> En virtud del Convenio del 10 de agosto de 1994 celebrado entre el Estado nacional y la Provincia de Tucumán, a esta última le correspondió una participación del 39 % del capital social en acciones clase B.

Merece una mención especial el Complejo Hidroeléctrico Futaleufú, situada en el oeste de la Provincia del Chubut, que originalmente formó parte de un entramado industrial destinado a la producción de aluminio primario. Mediante el Decreto 7.777/69, el Estado nacional declaró de interés nacional la fabricación de aluminio primario como materia prima estratégica y crítica. En línea con esa definición, la Ley 19.199 de 1971 dispuso que AyEE construiría y explotaría la Central Futaleufú y el sistema de transmisión a Puerto Madryn, aclarando expresamente en su artículo 1° que las obras se ejecutarían de tal manera que su habilitación coincidiera con la de la planta de aluminio a la que se destinara la energía, y estableció que el suministro de energía eléctrica destinado a la fabricación de aluminio en Puerto Madryn, será reglado por un contrato singular aprobado por el Ministerio de Obras y Servicios Públicos, al tiempo que eximió de diversos gravámenes a la tarifa de energía eléctrica destinada a la fabricación de aluminio.

Posteriormente, la Ley 24.065 derogó la Ley 19.199,<sup>60</sup> delegando en el Poder Ejecutivo Nacional la facultad de reglamentar los alcances y la entrada en vigor de esa derogación. En ejercicio de esa habilitación legal expresa se dictó el Decreto 1.807/94, en cuyo artículo 22 dispuso excepciones a la derogación de la Ley 19.199 al mantener, entre otras disposiciones, la previsión según la cual el suministro de energía destinado a la fabricación de aluminio en Puerto Madryn estará regido por un contrato

58. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Transmisión de Acciones de...

59. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 657/96.

60. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, art. 97.

particular.<sup>61</sup> El artículo 23 del mismo decreto aprobó el texto del contrato de suministro de energía eléctrica a ser suscripto entre Aluar Aluminio Argentino SAIC y Futaleufú,<sup>62</sup> y en su artículo 14 dispuso la incorporación de ese contrato en el Pliego de Bases y Condiciones para su aceptación por los participantes de la licitación.<sup>63</sup>

Por último, corresponde decir que Emprendimientos Energéticos Binacionales Sociedad Anónima (EBISA) fue la sucesora jurídica de AyEE, una vez llevado a cabo el proceso privatizador, según lo estableció el Decreto 616/97.<sup>64</sup> Según dicha norma EBISA tenía a su cargo la comercialización de la energía eléctrica proveniente de los aprovechamientos binacionales e interconexiones internacionales en los que el Estado nacional le hubiese asignado esa función a AyEE. Veinte años después, mediante el Decreto 882/17, se estableció la fusión por absorción de EBISA por parte de ENARSA, siendo esta última su sucesora jurídica.<sup>65</sup>

#### IV. BREVE DESCRIPCIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA ELÉCTRICO ARGENTINO

Antes de avanzar resulta oportuno realizar una escueta síntesis descriptiva sobre el sistema eléctrico argentino, con el objetivo de ubicar la problemática dentro del complejo entramado institucional que permite que la energía eléctrica llegue desde las centrales de generación a hogares e industrias.

El proceso de privatización descripto anteriormente se llevó a cabo mediante una desintegración vertical de las empresas públicas, segmentando a la industria de la electricidad en las etapas de generación, transporte y distribución. Pasando así de un complejo sistema de empresas públicas y planeamiento centralizado a un sistema de empresas privadas que se vinculan dentro de un –no menos complejo– mercado regulado.<sup>66</sup>

61. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Futaleufú Sociedad..., art. 22.

62. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Futaleufú Sociedad..., art. 23.

63. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Futaleufú Sociedad..., art. 14.

64. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Comercialización de Energía Eléctrica.

65. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 882/17.

66. Al respecto, puede resultar útil la apreciación que realizó el juez Rosenkratz en el considerando 6 de su voto en la causa “Central Puerto S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/

El diseño del sistema eléctrico puede describirse del siguiente modo: las empresas productoras de electricidad colocan su producción a través de empresas transportistas que transforman y transmiten la electricidad hasta las ciudades donde la entregan a los distribuidores quienes se encargan de abastecer a los usuarios finales a tensiones menores.

En algunos casos los generadores venden directamente la energía obtenida de sus fuentes de producción a los distribuidores o grandes usuarios celebrando contratos de suministro (mercado a término). Cuando la energía es vendida directamente a los grandes usuarios, estos últimos, en algunos casos, deben utilizar las redes de su distribuidor para poder recibir esa energía, entonces quien adquiere la electricidad es el gran usuario mientras que el distribuidor se limita únicamente a facilitar sus redes para que el producto llegue hasta él, en función del principio de “libre acceso”. Aquí el distribuidor no cobra el suministro de energía, pero sí corresponde que cobre la utilización de sus redes.

Conceptualmente puede decirse que: a) la generación es la actividad que se desenvuelve en centrales eléctricas que convierten la energía primaria (por ejemplo energía química, hidráulica o nuclear) en energía eléctrica, b) la actividad de transporte consiste en la transformación, maniobra y conducción de energía a distancia, por líneas aéreas o cables subterráneos llevada a cabo a elevadas tensiones para disminuir las pérdidas técnicas, y c) la distribución ha sido entendida como el punto final del proceso que hace llegar la energía eléctrica a los usuarios en tensiones medias o bajas, previa transformación respecto de la energía transportada a tensiones altas.

En la Ley 24.065 se presentan claramente distinguidas estas fases de la actividad, tal es así que la actividad de generación ha sido declarada de interés público, mientras que las de transporte y distribución han sido declaradas servicios públicos.

Los artículos 35 a 39 de la Ley 24.065<sup>67</sup> y su reglamentación (Decreto 1.398/92)<sup>68</sup> crean el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) y por las

---

acción declarativa de inconstitucionalidad” cuando afirma que “[...] los mercados creados por dicho régimen [Régimen de Energía Eléctrica] no son el producto de la actividad espontánea de los agentes económicos, sino de una minuciosa ingeniería institucional que hace posible la interacción entre productores, distribuidores y consumidores de energía eléctrica del modo en que el regulador ha considerado se satisfarán con más probabilidad los objetivos por él buscados”.

67. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, arts. 35 a 39.

68. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto Reglamentario de la Ley 24.065...

Resoluciones 61/92<sup>69</sup> y 137/92,<sup>70</sup> y sus modificatorias, de la Secretaría de Energía se establecieron los procedimientos técnicos y comerciales para la operación, el despacho, el cálculo de precios y administración del mercado (“Los procedimientos”).

Los actores del MEM son los enunciados en el artículo 4 de la Ley 24.065. Estos son los generadores o productores, los transportistas, los distribuidores y los grandes usuarios, luego se ha permitido la participación de otros agentes en el MEM, por ejemplo, los “comercializadores”.<sup>71</sup>

Como la energía no puede almacenarse a gran escala y toda la energía producida debe ser consumida, existe un mercado y un despacho en tiempo real del flujo eléctrico que debe ser administrado.

En este sentido, el artículo 35 de la Ley 24.065 establece que el despacho técnico del Sistema Argentino de Interconexión (SADI),<sup>72</sup> estará a cargo del Despacho Nacional de Cargas (DNDC), estableciendo asimismo, que la Secretaría de Energía determinará las normas a las que se ajustará el DNDC para el cumplimiento de sus funciones, las que deberán garantizar transparencia y equidad de las decisiones que dicho despacho deberá guardar para permitir la ejecución de los contratos libremente pactados entre los agentes del MEM y despachar la demanda requerida.

De acuerdo con “Los Procedimientos”, la coordinación de la operación técnica y administrativa del MEM se realizará a través de un Organismo Encargado del Despacho (OED), que, según el artículo 35 de la Ley 24.065, deberá adoptar forma de sociedad anónima, su capital deberá estar representado por acciones no endosables de las cuales participaran el Estado –conservando poder de veto– y los agentes del MEM.<sup>73</sup> El rol de OED en nuestro país lo ocupa la Compañía Administradora del Mercado Eléctrico Mayorista Sociedad Anónima, “CAMMESA”, creada por el Decreto 1.192/92.<sup>74</sup>

El funcionamiento operativo y económico del MEM se basa en un esquema de programaciones de la operación desde el mediano y largo plazo (estacional) hasta el corto plazo (semanal y diaria) donde se establecen las

69. Secretaría de Energía Eléctrica, Resolución de Organización del Sistema Físico...

70. Secretaría de Energía Eléctrica, Resolución de Reglamentación del Sistema...

71. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, art. 4.

72. Es el sistema físico (redes) que vincula la oferta y la demanda.

73. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, art. 35.

74. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de la Sociedad...

planificaciones de la gestión óptima, cuyo responsable es CAMMESA. El sistema de despacho económico utilizado por CAMMESA es hidrotérmico y se apoya en los modelos OSCAR que busca optimizar el manejo de los grandes embalses calculando, para cada semana, la valorización del agua embalsada y MARGO que, con la valorización del agua, proyecta el despacho hidrotérmico semanal.

Originalmente, el mercado se dividía en "spot" y "a término", junto con un sistema de estabilización de precios para los distribuidores. El precio del mercado *spot* es conceptualmente diferente del que surge del pactado libremente en forma independiente, esta forma de confluencia de la oferta y la demanda de energía eléctrica es conocido como "pool".

Los distribuidores compran la energía al precio estacional (por trimestre) sancionado por la Secretaría de Energía, el que surge de la Programación Estacional trimestral que prepara CAMMESA. La diferencia entre estos precios se compensa mediante un fondo de estabilización, cuyo exceso o defecto determinaba menores o mayores precios estacionales para el periodo trimestral subsiguiente. El déficit del Fondo de Estabilización es financiado por aportes del Fondo Unificado o de Excedentes,<sup>75</sup> el que a su vez es asistido por aportes (subsidios) del Estado nacional de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 11.672.<sup>76</sup>

Entonces, los generadores recibían el precio horario de la energía resultante del despacho diario determinado por el costo económico de producción, representado por el costo marginal de corto plazo de los agentes generadores que competían libremente, y el precio local de la energía resultaba de multiplicar el precio del mercado por el factor de nodo correspondiente.

Posteriormente, el criterio de contratos libres entre oferta y demanda ha sido sustituido por la centralización de la oferta por parte de CAMMESA (Resoluciones 95/2013<sup>77</sup> y 529/2014,<sup>78</sup> entre otras). A partir de 2013, la remuneración de la generación no contratada se determina administrativamente, en función de su tecnología, capacidad y rendimiento,

75. El fondo unificado tiene su origen en la imposibilidad de que los generadores públicos acumulen los excedentes de sus resultados económicos (art. 37 de la "Ley del Régimen de la Energía Eléctrica").

76. República Argentina, Ley Complementaria Permanente de Presupuesto (t.o. 2014), art. 25.

77. Secretaría de Energía, Resolución 95/2013.

78. Secretaría de Energía, Resolución 529/2014.

con provisión del combustible para los generadores térmicos por parte de CAMMESA, en el cual se los remunera sobre la base de costos variables no combustibles, costos fijos y un margen adicional.

Con arreglo al artículo 8º de la Resolución 95/2013, CAMMESA pasó a ser la única compradora legal respecto de la mayor parte de las fuentes de combustible (gas natural, fueloil o gasoil).<sup>79</sup> Asimismo, se les prohibió a los generadores celebrar contratos a término a menos que así se les permitiera por regímenes especiales (art. 9º).<sup>80</sup>

Por último, debemos decir que la Ley 24.065, adelantándose al mandato constitucional que incorporaría el constituyente de 1994 en el artículo 42 sobre los “organismos de control”, creó el Ente Regulador de la Electricidad (ENRE).<sup>81</sup> Este ente autárquico que tiene amplias potestades de regulación y control sobre los servicios públicos federales (transporte de energía eléctrica y servicio de distribución en el Ámbito Metropolitano de Buenos Aires) y es una parte clave del diseño institucional del sistema eléctrico argentino.

Como conclusión del breve repaso realizado, podemos decir que durante las décadas posteriores a la crisis de salida de la convertibilidad el sector eléctrico sufrió numerosos cambios regulatorios que lo llevaron a no coincidir con el modelo pensado en la década de 1990.

## V. LOS TÍTULOS HABILITANTES Y LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES

En este apartado se tratará lo concerniente a la concesión nacional que se requiere para explotar un complejo hidroeléctrico y se intentará delimitar las relaciones jurídicas entre las provincias y el Estado nacional al respecto.

Como cuestión preliminar, debemos decir que nuestra Constitución Nacional (CN) no establece una distribución expresa de competencias

79. Secretaría de Energía, Resolución 95/2013, art. 8.

80. Secretaría de Energía, Resolución 95/2013, art. 9. Posteriormente, se crearon nuevos mercados a término, por ejemplo, la Resolución 281/2017 del entonces Ministerio de Energía y Minería creó el Mercado a Término de Energía Renovable (MATER) para contratos a término de energía renovable, con el propósito de que los Grandes Usuarios alcancen el cupo obligatorio que les fija la Ley 27.191 (8 % de su demanda en 2018 y 20 % en 2025).

81. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, art. 42.

sobre los complejos hidroeléctricos o represas, aunque el inciso 23 del artículo 75 dispone que corresponde al Congreso Nacional establecer los reglamentos para las “presas”, dicha norma se refiere a las capturas que se realicen en el marco de un conflicto bélico.<sup>82</sup>

También se destaca que, más allá de lo relativo a la libre navegación de los ríos interiores, cuya reglamentación corresponde al Congreso (art. 26 y 75 inc. 10 de la CN), nuestra CN no contiene norma expresa sobre la propiedad de las aguas o sobre su régimen jurídico, por lo que se encuentran abarcadas por la norma genérica establecida en el artículo 124 sobre los recursos naturales.<sup>83</sup>

Ya en el plano legal, la Ley 25.688 denominada Régimen Ambiental de las Aguas, establece los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional y define al agua —a los efectos de dicha ley— como aquella que forma parte del conjunto de los cursos y cuerpos de aguas naturales o artificiales, superficiales y subterráneas, así como a las contenidas en los acuíferos, ríos subterráneos y las atmosféricas.<sup>84</sup>

Sobre el régimen de propiedad, corresponde decir que nuestro ordenamiento jurídico presume que todos los bienes que no son declarados del dominio público o privado del Estado corresponden a los particulares, conforme lo establecen los artículos 15 y 238 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN).<sup>85</sup>

El CCyCN establece en los incisos a, b y c del artículo 235 que son bienes de dominio público del Estado el mar territorial,<sup>86</sup> las aguas interiores y los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares<sup>87</sup> y el ambiente

82. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*.

83. República Argentina, Constitución Nacional, arts. 26, 75 inc. 10 y 124.

84. República Argentina, Ley de Régimen de Gestión Ambiental...

85. República Argentina, Código Civil y Comercial, arts. 15 y 238.

86. En lo que respecta al mar, debe tenerse presente la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar ratificada por la Ley 24.543 y la Ley de Espacios Marítimos (Ley 23.968).

87. En lo que respecta a los glaciares y el ambiente periglacial, la Ley 26.639 establece los presupuestos mínimos para su protección con el objeto de preservarlos como reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano; para la agricultura y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas; para la protección de la biodiversidad; como fuente de información científica y como atractivo turístico y declara que los glaciares constituyen bienes de carácter público.

periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general. El artículo agrega que se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias.<sup>88</sup> Por su parte, el inciso c del artículo 236 establece que son del dominio privado del Estado los lagos no navegables que carecen de dueño.<sup>89</sup>

El artículo 239 del CCyCN regula brevemente las aguas de los particulares, que son aquellas que se encuentran en su dominio pero que no forman un cauce natural y se establece expresamente que el uso de esas aguas se encuentra condicionado por el interés público y que las aguas que corren por cauces naturales no deben ser alteradas por los particulares. Asimismo, se establece que el uso por cualquier título de aguas públicas, u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles.<sup>90</sup>

De lo expuesto, puede inferirse que el uso del agua para una explotación hidroeléctrica requiere una habilitación estatal y, por ende, corresponde a la órbita del Derecho Administrativo. De hecho, así lo establecía expresamente en su artículo 2.645 el Código Civil derogado (Ley 340, luego de la reforma de 1968), "la construcción de represas de agua de ríos o arroyos se registrá por las normas del Derecho Administrativo".<sup>91</sup>

También, como es sabido, el Derecho Administrativo es eminentemente local, por lo que el régimen jurídico del agua encuentra recepción en las normas que emiten las provincias argentinas. En los distintos Códigos de Aguas o Leyes de Aguas las provincias regulan lo concerniente a los permisos que deben otorgar para el aprovechamiento por parte de los particulares de las aguas públicas.

Lo dicho anteriormente podría hacernos pensar que la habilitación para explotar una central hidroeléctrica requeriría únicamente un permiso del Estado provincial, sin embargo, la habilitación para el desarrollo de emprendimientos hidroeléctricos de más de 500 kW<sup>92</sup> de potencia, por parte de los

88. República Argentina, Código Civil y Comercial, art. 235, incisos b y c.

89. República Argentina, Código Civil y Comercial, art. 236.

90. BUTELER, "Régimen de aguas en la República Argentina".

91. República Argentina, Código Civil, art. 2.645.

92. Este nivel de potencia incluye a los pequeños aprovechamientos hidroeléctricos de la Ley 26.190 (reformada por la Ley 27.191) que son aquellos con una potencia de hasta 50 MW. Estos emprendimientos se encuentran incluidos en el régimen de promoción de las energías renovables.

particulares, ubicados en cursos de agua pública requieren una concesión del Estado nacional, conforme lo establece el artículo 14 de la Ley 15.336.<sup>93</sup> La misma ley, en su artículo 21,<sup>94</sup> deja fuera de la concesión nacional a aquellos aprovechamientos de potencia menor a 500 kW, pero dejando a salvo la jurisdicción nacional sobre estos en los casos previstos en el artículo 6º.<sup>95</sup> También establece que los particulares podrán utilizar la respectiva energía hidroeléctrica, originada en las aguas de su propiedad, para su propio uso y aún podrán cederla a terceros, siempre que ello no revista el carácter de un servicio público. En pocas palabras, el uso de la fuente de energía de las aguas de los particulares de pequeña escala que no se vincule a un servicio público (generación aislada) no se encuentra alcanzada por la legislación nacional.

Llegados a este punto resulta conveniente resaltar la distinción conceptual que existe entre el recurso hídrico y la fuente de energía. Dicha distinción es recogida en el artículo 5º de la Ley 15.336, que establece que la energía de las caídas de agua y de otras fuentes hidráulicas, comprendidos los mares y los lagos, constituye una cosa jurídicamente distinta del agua y de las tierras que integran dichas fuentes. Dicha norma prevé también que el derecho de utilizar la energía hidráulica no implica el de modificar el uso y fines a que estén destinadas las aguas y tierras, salvo en la medida estrictamente indispensable que lo requieran la instalación y operación de los correspondientes sistemas.<sup>96</sup>

Asimismo, en lo que respecta al uso del agua, la Ley 25.688 establece que se requerirá permiso de la autoridad competente para el estancamiento,

93. República Argentina, Ley de Energía y Combustible, art. 14.

94. El artículo 21 establece: "Los aprovechamientos de la energía hidroeléctrica y cualquier otra actividad de la industria eléctrica excluidos del régimen de concesiones y autorizaciones del artículo 14, pero comprendidos en el ámbito de la jurisdicción nacional, se ejercerán con sujeción a las reglamentaciones vigentes o a dictarse. En especial, podrán los particulares, individual o colectivamente, o agrupados en cooperativas, consorcios de usuarios y otras formas de asociación legítima, utilizar para las necesidades de sus propiedades o industrias la energía hidroeléctrica de cursos de agua pública, con la sola sujeción a dichas reglamentaciones y siempre que la potencia total instalada no exceda de quinientos kilovatios y no afecte a otros aprovechamientos, o los planes nacionales y locales de electrificación. Igualmente, los propietarios de cursos de agua privada a que se refieren los artículos 2.350 y 2.637 del Código Civil, podrán utilizar la respectiva energía hidroeléctrica para su propio uso y aun cederla a terceros, con tal que ello no revista el carácter de un servicio público".

95. República Argentina, Ley de Energía y Combustible, art. 6.

96. República Argentina, Ley de Energía y Combustible, art. 5.

modificación en el flujo o la profundización de las aguas superficiales y que en el caso de que los impactos ambientales del uso del agua en una jurisdicción afecten de manera significativa a otra, se requerirá la aprobación vinculante del Comité de Cuenca correspondiente (art. 5º y 6º de la Ley 25.688).<sup>97</sup>

Se puede apreciar que concurren dos aspectos jurídicos distintos sobre el mismo fenómeno físico, por un lado, tenemos el aspecto hídrico y por otro, el energético. En consecuencia, estamos en presencia de una concurrencia de facultades que lleva consigo una necesaria coordinación de las provincias con el Estado nacional.

Siguiendo esa idea, Líber sostuvo que

[...] una explotación hidroeléctrica requerirá del titular demanial del agua una concesión de uso especial de agua para uso hidroeléctrico, que otorga la provincia, y del titular de la actividad, una concesión o licencia para la generación de energía hidroeléctrica, se la considere una actividad de interés general —como lo hacen las Leyes 15.336 y 24.065— o un servicio público —como lo hace la Ley 7.543 de Mendoza—, que otorgará el Estado Nacional o la provincia según el caso.<sup>98</sup>

Sin embargo, los contratos de concesión no contaron como parte a las provincias ribereñas, cuestión que estas remarcaron durante el proceso de privatización de Hidronor.<sup>99</sup>

Sobre este asunto algunos autores sostienen que, a partir de la reforma constitucional de 1994, que consagró el dominio originario de los recursos naturales a las provincias, la Ley 15.336 no se conforma al nuevo diseño constitucional y que las provincias deberían detentar la jurisdicción sobre las centrales hidroeléctricas ubicadas en su territorio.

97. República Argentina, Ley de Régimen de Gestión Ambiental..., arts. 5 y 6.

98. LIBER, “Títulos, competencias y regalías por generación...”.

99. “En octubre de 1992, tanto Río Negro como Neuquén comenzaron a exigir algunos reclamos específicos, como por ejemplo el desdoblamiento de la adjudicación de Hidronor de manera de reservar a las provincias la adjudicación de la concesión del recurso hídrico, mientras que la Nación adjudicaría las obras civiles”. BASTOS & ABDALA, *La transformación del sector eléctrico argentino*, p. 163.

Por ejemplo, Sebastiano ha dicho que

[...] el hecho de que una ley del Congreso determine la jurisdicción nacional sobre las actividades del proceso electro-energético, derivando de ello la potestad concedente en cabeza del propio Estado nacional, no significa que tal jurisdicción sea incuestionable a la luz de las disposiciones constitucionales. Al contrario, se presenta como una norma estéril ante los cambios operados en el plano constitucional a partir del año 1994.<sup>100</sup>

En el mismo sentido, la Secretaría de Estado de Planificación y Acción para el Desarrollo de la Provincia de Neuquén afirmó que

[...] la Ley 15.336 es anterior a la reforma constitucional de 1994 y si bien el asunto del dominio originario fue discutido y defendido por gran parte de la doctrina constitucionalista previo a dicha reforma, su consolidación en el texto constitucional vino a otorgar a los Estados federados un argumento de jerarquía para reclamar un mayor protagonismo en aquellos asuntos que, aun siendo estratégicos para la nación, involucran los recursos naturales pertenecientes a las provincias.<sup>101</sup>

Dicho esto, debemos dejar en claro que no coincidimos con la visión sobre que la reforma constitucional implicó un cambio sobre la regulación federal de las centrales hidroeléctricas o su propiedad.

Al respecto creemos que, si bien las provincias son las propietarias de los recursos naturales, en este caso el río y la fuente de energía, por esa sola razón no debe sustraerse la jurisdicción federal sobre este tipo de generación de energía cuando se dan las condiciones exigidas en la Constitución y en la ley, y que, por sí sola, la norma constitucional no implica una transferencia de propiedad a las provincias de un establecimiento de utilidad nacional propiedad del Estado nacional.

Nuestro parecer radica en que: 1º) la reforma del artículo 124 de la CN no eliminó la distinción conceptual entre dominio y jurisdicción en materia

100. SEBASTIANO RAMBEAUD, "La necesidad de una 'ley corta' ...".

101. COPADE, *Concesiones Hidroeléctricas. Aportes al debate político*.

de recursos naturales; 2º) las centrales de generación hidroeléctrica parte de un sistema integrado que afecten más de una jurisdicción y las que se conectan al SADI se encuentran alcanzadas por la jurisdicción federal, 3º) los complejos hidroeléctricos son establecimientos de utilidad nacional (y los aquí analizados son propiedad del Estado nacional).

Siguiendo nuestro primer argumento, podemos decir —en apretada síntesis— que la doctrina especializada en su mayoría identifica al dominio originario con el dominio eminente del Estado sobre su territorio,<sup>102</sup> pero que ello no implica necesariamente que no puedan existir facultades concurrentes o federales sobre dicho dominio.

Nuestro país adopta como forma de organización política la de Estado federal, así lo dispone el artículo 1º de nuestra CN, esto significa que coexisten dentro del seno de la República Argentina un conjunto de Estados (provincias) integrantes de un Estado superior denominado federal (art. 31 y 128 de la CN). A partir de la reforma constitucional de 1994 se incorporó la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) a la organización federal (art. 129) como “ciudad constitucional federada”.<sup>103</sup>

Los poderes provinciales y de la CABA son no enumerados y amplios, fundamentalmente en su diseño institucional, pero aquellos poderes delegados a la Nación no pueden ser ejercidos por aquellas, esto es claro en la enumeración que realiza el artículo 126 de la CN. Ejemplos de las materias delegadas por las provincias son la de dictar el derecho “común” a todo el país (art. 75 inc. 12) y la de reglar el comercio interjurisdiccional (art. 75 inc. 13). A las potestades exclusivas de la nación y de las provincias se suman las concurrentes.<sup>104</sup>

102. *Cfr.* SACRISTÁN, “Algunas reflexiones sobre los recursos naturales...”: “Se desprende, de la apretada reseña efectuada, una opinión doctrinaria mayoritaria, encabezada por Cassagne, a favor de la equiparación entre las dos expresiones que analizamos [Dominio eminente y originario]”.

103. CSJN, “Bazán, Fernando s/ amenazas”.

104. Sobre las competencias concurrentes la CSJN sentenció en el fallo “Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional Ministerio de Desarrollo Social Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) s/ impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza” que “[...] la Constitución Nacional prevé, mediante estándares de asignación de competencia de las jurisdicciones federal y provincial, las siguientes modalidades de colaboración: a) la “pluralidad no jerárquica de carácter sustantivo”, conforme a la cual cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros), tiene competencia para regular y controlar el tema o actividad concernido en paridad jerárquica, estableciéndose mecanismos de homo-

Sobre la distinción entre dominio y jurisdicción, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en 1929 expresó que

[...] no son conceptos equivalentes ni correlativos y que pueden existir uno sin la otra; así la jurisdicción sobre las playas y riberas que no importa el dominio nacional sobre ellas, así la que se ejerce sobre establecimientos nacionales ubicados en inmuebles no adquiridos y así el dominio privado del estado general en bienes situados en las provincias y sobre los cuales no ha fundado obras o establecimientos de utilidad nacional: en estos hay dominio y no jurisdicción.<sup>105</sup>

Asimismo, la CSJN en 1979 consideró que al

[...] conferir al Poder Legislativo de la Nación la facultad de dictar el Código de Minería, la Constitución Nacional le otorgó la atribución de establecer en su integridad el régimen legal de las minas, entre las cuales se encuentran los hidrocarburos,<sup>106</sup>

Reconoce, de este modo, la jurisdicción sobre la materia hidrocarburífera. Más recientemente, en 2011, la CSJN dejó claramente establecido, al

---

geneización y/o compatibilización para evitar duplicaciones y/o contradicciones. Este tipo de colaboración es el previsto en el art. 75, inc. 18 de la Constitución Nacional (llamada "cláusula del progreso"); b) la "pluralidad jerárquica con complementación sustantiva-adjetiva, conforme a la cual cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros), tiene competencias exclusivas para regular y controlar íntegramente un aspecto del tema o actividad concernido, estableciéndose una complementación forzosa entre ambas. Este tipo de colaboración es el previsto en el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional con la previsión del dictado de códigos de fondo y procesales, respectivamente; y c) la "pluralidad jerárquica con complementación sustantiva", en la que cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros) tiene competencia para regular y controlar un sector o tramo específico del tema o actividad concernido, estableciéndose una jerarquía de intensidad entre los sectores o tramos aludidos ("nivel básico"- "nivel complementario"). Este tipo de complementación es el previsto en el art. 41 de la Constitución Nacional para la materia ambiental [...]."

105. CSJN, "Marconetti, Bognione y Cía. c/ Municipalidad...".

106. CSJN, "YPF c/ provincia de Mendoza y...".

declarar inconstitucional una norma que desvirtuaba el régimen federal de regalías hidrocarburíferas, que

[...] el artículo 124, in fine, de la Constitución Nacional solo reconoce a las provincias el dominio originario de los recursos naturales ubicados en su territorio mas no la jurisdicción sobre ellos. Dicha conclusión no se ve alterada por la sanción de la Ley 26.197, desde que su artículo 2º, *in fine*, mantiene la responsabilidad sobre el diseño de la política energética en cabeza del Poder Ejecutivo Nacional.<sup>107</sup>

En esta última sentencia nuestra Corte fue categórica sobre que la reforma no modificó la distinción entre dominio y jurisdicción.

Nuestro segundo argumento se basa en que la jurisdicción de la actividad hidroeléctrica recae en el Estado nacional en virtud de las cláusulas del comercio y del progreso de la CN (art. 75 inc. 13 y 18)<sup>108</sup> y en las estipulaciones de las Leyes 15.336<sup>109</sup> y 24.065<sup>110</sup>.

La jurisdicción federal sobre la generación hidroeléctrica fue un punto importante en el debate parlamentario de la Ley 15.336. Por ejemplo, el senador Weidmann<sup>111</sup> sostuvo que la jurisdicción federal era justificada por la cláusula

107. CSJN, “Chevron San Jorge SRL c/Neuquén...”.

108. República Argentina, Constitución Nacional, art. 75, incisos 13 y 18.

109. República Argentina, Ley de Energía y Combustible.

110. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica.

111. El Senador Weidmann en su discurso dijo: “Muy brevemente me voy a referir a la regulación de la energía hidroeléctrica en los Estados Unidos, país de sistema federal muy similar al nuestro, gran democracia, de cuyo espíritu republicano nadie podrá dudar. No sin dificultades ha sido superado el criterio clásicamente localista, y es así como por obra de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, se abrió paso el criterio dinámico de la concepción racionalista del federalismo. Es que el desarrollo de las interconexiones en vastos sistemas de producción y distribución de energía ignora las barreras artificiales de los Estados y parece indicar la necesidad de un racional contralor federal. A través de la regulación de los ríos interprovinciales y de las grandes cuencas hidrográficas se logrará el aprovechamiento integral. Si nos circunscribimos, la producción de energía eléctrica resultaría sumamente costosa y antieconómica, a la par que retardaría u obstruiría nuestro progreso. En cambio, aprovechando el agua para consumo de las poblaciones, para las industrias, para la irrigación de los campos –dado que tenemos enormes superficies áridas por falta de agua–, para la navegación, para el desarrollo y el fomento del turismo y cuantos otros fines son conocidos dentro de la técnica moderna de lo que se ha dado

del progreso y en las profundas interconexiones que generan las grandes obras hidroeléctricas, en el mismo sentido se pronunció el diputado Liceaga<sup>112</sup> al

---

en llamar aprovechamiento integral de las cuencas hidrográficas, nosotros merced a este arbitrio de la federalización de esos recursos económicos, lograremos la meta que perseguimos en forma económica. Esto servirá en primer término, a las propias provincias marcadas por esos cursos de agua, que serán las directas e inmediatas beneficiarias de esta obra de progreso general. Íntimamente vinculado al desarrollo industrial se halla lo relativo a la energía eléctrica, tan relacionada al interés colectivo del campo como al de la ciudad, a la radicación de capitales, al arraigo del hombre al lugar (condiciones de vida comfortable), al desarrollo del comercio y la navegación, al mejoramiento de las condiciones sociales, etcétera. Resulta evidente que el interés general de la Nación debe anteponerse –por su carácter fundamental– a los intereses locales o regionales. Solo así se propenderá a una auténtica unidad nacional, real progreso económico y efectivo bienestar social, tal como lo desearon nuestros constituyentes y lo garantizaron a través del Preámbulo y del artículo 67, incisos 12, 16, 27 y 28, y de los artículos 25, 27, 31, 33 y concordantes de la Constitución Nacional. En nuestro derecho positivo, señor presidente, como lo he dicho con motivo del debate a que varias veces me he referido en esta exposición, tenemos el artículo 67 de la Constitución Nacional, en sus incisos 4, 9, 12 y 16, y en el Código Civil (artículos 2.642, 2.645 y 2.646) interesantísimos antecedentes. Ya me referí a ellos, señor presidente, cuando dije que era sumamente interesante cómo el Congreso Federal, que tiene la potestad de dictar el Código Civil sin que ese código altere las jurisdicciones locales, se consideró con poder en materia de legislación para prohibir a los ribereños sin concesión especial de la autoridad competente mudar el curso natural de las aguas, cavar el lecho de ellas o sacarlas de cualquier modo y en cualquier volumen para sus terrenos. Ese es el artículo 2.642. El artículo 2.645 es más riguroso todavía en el avance del ejercicio de esta potestad. Ni con licencia del Estado, provincia o municipalidad podrá ningún ribereño, sin consentimiento de los otros propietarios ribereños, represar las aguas de los ríos o arroyos, de manera que las alcen fuera de los límites de su propiedad, haciendo más profundo el río o arroyo en la parte superior, o que inunden las inferiores; ni detener las aguas de manera que los vecinos queden privados de ellas. Y el artículo 2.646 concluye: ni con la licencia del Estado, provincia o municipalidad podrá ningún ribereño extender sus diques de represa más allá del medio del río o arroyo. Lo que se ha dado en llamar un verdadero avance sobre la legislación local en materia de jurisdicción federal. Nunca, señor presidente, ningún tribunal de la República ha declarado la inconstitucionalidad de esta disposición del Código Civil, que es tan vieja como el mismo código”. HCDN, “Debate parlamentario de la Ley 15.336”.

112. El diputado Liceaga expuso que: “La Ley se ajusta a un objetivo preciso, la energía hidroeléctrica. El artículo 59 del despacho señala que la energía de las caídas de agua y de otras fuentes de energía constituyen una cosa jurídicamente considerada como distinta del agua y de las tierras que integran esa fuente. Esto explica que otros aprovechamientos de agua y de la fuerza eléctrica se reconocen dentro de la esfera de los poderes provinciales, siempre que la técnica y los hechos no determinen que su uso sea indivisible. La única excepción está indicada por la medida estrictamente indispensable para la instalación y operaciones de los correspondientes sistemas de obra de captación, conducción, generación, de acuerdo con las disposiciones particulares aplicables en cada caso. Esta

sostener que la jurisdicción federal sobre la generación hidroeléctrica no afectaría a las provincias.

Sobre el reparto constitucional de competencias en el sector eléctrico, resulta oportuno recordar el criterio establecido por el profesor Bidart Campos que en un señero trabajo escribió

[...] le cabe jurisdicción indudable al Estado federal en los siguientes casos: a) Para crear, organizar y prestar el servicio público eléctrico en lugares de jurisdicción federal exclusiva; b) Para organizar las etapas técnicas del proceso eléctrico que total o parcialmente se interprovincializan antes de la distribución, la cual, por acto provincial de adquisición de energía, va a abastecer a usuarios de una provincia mediante servicio público provincial; c) Para los fines de la red nacional de interconexión en cuanto a la interconexión misma.<sup>113</sup>

En mismo sentido, De la Colina afirmó que “[...] no cabe duda de que la planificación integral de la energía eléctrica encuadra en la competencia legislativa del Congreso Nacional [...]” y que

[...] si en principio la atención de los mercados eléctricos locales y la generación aislada (no conectada a la red nacional de interconexión) incumben a las Provincias, los aspectos del comercio

---

circunstancia trae tres consecuencias. Primero, la propiedad de la energía eléctrica no comporta para el titular ni la propiedad del agua, ni el dominio del suelo, ni tampoco el derecho y uso de uno u otro. Segundo, la jurisdicción sobre el aprovechamiento de la energía hidroeléctrica, no significa el desplazamiento de la jurisdicción local en lo que se refiere al régimen de las aguas o de las tierras. Tercero, se establece concordancia con el inciso 29 del artículo 15, cuando al hablar del requerimiento de las concesiones se refiere a ‘normas reglamentarias del uso del agua y en particular establecidas en su caso de acuerdo con la autoridad local’. También en el inciso citado se señalan las prioridades con referencia al uso doméstico del agua y al regadío. El artículo 10 dispone que el Poder Ejecutivo proveerá las grandes captaciones de energía. Para cumplir esta disposición median dos procedimientos: primero, la ejecución de las obras y su explotación por cuenta propia de los grandes aprovechamientos hidroeléctricos; segundo, la delegación en terceros de la ejecución de las obras y explotación de los grandes potenciales. Es necesario señalar cuál es el sentido de la Ley, cuál es el ordenamiento que tendrá la economía eléctrica”. HCDN, “Debate parlamentario de la Ley 15.336”.

113. BIDART CAMPOS, *Jurisdicción federal y jurisdicción provincial*.

eléctrico que en el sector local se interjurisdiccionalizan conforme a la cláusula comercial, caen bajo jurisdicción federal.<sup>114</sup>

La Ley 15.336 en el artículo 6<sup>o115</sup> determina los casos en los que la generación de electricidad es alcanzada por la jurisdicción federal, destacándose cuando –cualquiera sea su fuente– se vincula al sistema interconectado y cuando se trate de un aprovechamiento hidroeléctrico o mareomotor que sea necesario interconectar entre sí o con otros de la misma o distinta fuente, para la racional y económica utilización de todos ellos.

En el artículo 7<sup>o116</sup> de la ley antes mencionada se expresa con claridad la vocación del legislador de incluir dentro de la cláusula del progreso del actual artículo 75 de la CN la actividad de generación hidroeléctrica, al establecer que el Poder Ejecutivo proveerá lo conducente, dentro de las facultades que le otorga esa ley, para promover en cualquier lugar del país grandes captaciones de energía hidroeléctrica.

Por su parte, el artículo 8<sup>o117</sup> de la ley establece que, en los casos de los aprovechamientos de las fuentes de energía hidroeléctrica, ya sean

114. DE LA COLINA, "Conflictos jurisdiccionales en la regulación de..."

115. El artículo 6 establece: "Declárase de jurisdicción nacional la generación de energía eléctrica, cualquiera sea su fuente, su transformación y transmisión, cuando: a) Se vinculen a la defensa nacional; b) Se destinen a servir el comercio de energía eléctrica entre la Capital Federal y una o más provincias o una provincia con otra o con el territorio de Tierra del Fuego, Antártida Argentina e Islas del Atlántico Sur; c) Correspondan a un lugar sometido a la legislación exclusiva del Congreso Nacional; d) Se trate de aprovechamiento hidroeléctrico o mareomotor que sea necesario interconectar entre sí o con otros de la misma o distinta fuente, para la racional y económica utilización de todos ellos; e) En cualquier punto del país integren la Red Nacional de Interconexión; f) Se vinculen con el comercio de energía eléctrica con una nación extranjera; g) Se trate de centrales de generación de energía eléctrica mediante la utilización o transformación de energía nuclear o atómica. Serán también de jurisdicción nacional los servicios públicos definidos en el primer párrafo del artículo 3 cuando una ley del Congreso evidenciara el interés general y la conveniencia de su unificación".

116. El artículo 7 establece: "El Poder Ejecutivo proveerá lo conducente, dentro de las facultades que le otorga esta ley, para promover en cualquier lugar del país grandes captaciones de energía hidroeléctrica".

117. El artículo 8 establece: "Los aprovechamientos de las fuentes de energía hidroeléctrica promovidos por el gobierno federal o por una provincia, en los casos que los trabajos de capacitación de la fuerza comporten el trasvase del agua de una cuenca fluvial, lacustre o marítima a otra, afectando a más de una provincia, deberán ser autorizados por ley nacional".

promovidos por el gobierno federal o por una provincia, cuyos trabajos de captación de la fuerza comporten el trasvase del agua de una cuenca fluvial, lacustre o marítima a otra, afectando a más de una provincia, deberán ser autorizados por ley nacional.

Se destaca también que el artículo 21<sup>118</sup> establece, para los aprovechamientos hidroeléctricos con potencia menor a 500 kW, excluidos del régimen de concesiones y autorizaciones del artículo 14, pero comprendidos en el ámbito de la jurisdicción nacional –interconectados–, que se ejercerán con sujeción a las reglamentaciones vigentes o a dictarse.

En el artículo 9<sup>o119</sup> podemos encontrar una norma que hace las veces de síntesis de la reseña normativa que estamos realizando, al establecer que el gobierno federal podrá reglar las fuentes de energía en cualquier lugar del país en la medida requerida para los fines a su cargo. A su vez, en el artículo 98 de la Ley 24.065 se realiza una invitación a las provincias para adherirse, sin perjuicio de la aplicación de las normas de naturaleza federal contenidas en ella.

En consonancia con lo anterior la jurisprudencia de la CSJN tiene establecido de manera uniforme el carácter de comercio interjurisdiccional del régimen de energía eléctrica y su interconexión nacional, y sostuvo que

[...] las leyes orgánicas 15.336 y 24.065, sus modificatorias y complementarias, por las que se planifica, se establecen pautas generales y se ordena la política energética en un marco de regulación federal que descansa en normas de jerarquía superior (art. 75, incisos 13, 18 y 30 de la Constitución Nacional; doctrina de Fallos: 320:1302 y 336:1415).<sup>120</sup>

De lo dicho hasta aquí se puede concluir que está alcanzada por la jurisdicción federal todo lo atinente al SADI y al MEM por revestir naturaleza de

118. El artículo 21 establece: “Los aprovechamientos de la energía hidroeléctrica y cualquier otra actividad de la industria eléctrica excluidos del régimen de concesiones y autorizaciones del artículo 14, pero comprendidos en el ámbito de la jurisdicción nacional, se ejercerán con sujeción a las reglamentaciones vigentes o a dictarse”.

119. El artículo 9 establece: “En cuanto se relacione con lo dispuesto en el artículo 6, el gobierno federal puede utilizar y reglar las fuentes de energía, en cualquier lugar del país, en la medida requerida para los fines a su cargo”.

120. CSJN, “Central Puerto SA c/ Buenos Aires...”.

comercio interjurisdiccional y que, asimismo, el régimen federal de energía eléctrica encuentra sustento dentro de lo estipulado por la cláusula del progreso de la CN.

Nuestro tercer argumento se sustenta en que las centrales hidroeléctricas nacionales son establecimientos de utilidad nacional (art. 75 inc. 30 de la CN). Los establecimientos de utilidad nacional son, según Manili, "[...] aquellos espacios ocupados por edificios, dependencias, instalaciones o dispositivos destinados a poner en ejercicio las competencias que la Constitución Nacional coloca en cabeza del gobierno federal".<sup>121</sup> En estos espacios el Estado nacional emite la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de esos establecimientos, sin perjuicio de los poderes de policía e imposición de los Estados provinciales y municipales, siempre que no interfieran con esos fines.

En ese sentido, la Ley 15.336 en su artículo 12 dispuso que las obras e instalaciones de generación, transformación y transmisión de la energía eléctrica de jurisdicción nacional y la energía generada o transportada en estas no pueden ser gravadas con impuestos y contribuciones, o sujetas a medidas de legislación local que restrinjan o dificulten su libre producción y circulación.<sup>122</sup> No se comprende en esta exención las tasas retributivas por servicios y las contribuciones por mejoras de orden local.

Originalmente la norma constitucional preveía que esos espacios debían ser adquiridos por el Estado nacional, sin embargo, la reforma de 1994 eliminó ese requisito y pueden existir establecimientos de utilidad nacional que no sean propiedad del Estado nacional.

La CSJN reconoció el carácter de establecimientos de utilidad nacional a las centrales hidroeléctricas bajo análisis (las de la región del Comahue) hace décadas en la causa "Hidroeléctrica Norpatagónica c/ Provincia del Neuquén".<sup>123</sup>

A la misma interpretación llegó el Poder Ejecutivo nacional en el Laudo del caso "Aprovechamiento Hídrico Multipropósito Portezuelo del Viento" (que no es propiedad del Estado nacional) en donde se discutía la aplicación de la Ley 23.879 al proyecto radicado en la provincia de Mendoza. Allí el Poder Ejecutivo sostuvo que

121. MANILI, *Establecimientos de utilidad nacional, Artículo 75...*

122. República Argentina, Ley de Energía y Combustible, art. 12.

123. CSJN, "Hidronor SA Hidroeléctrica Norpatagónica c/ Provincia...".

[...] la Procuración del Tesoro de la Nación (Dictámenes 306:494) determinó, en su oportunidad, que el proyecto Aprovechamiento Hídrico Multipropósito Portezuelo del Viento es una obra destinada a proveer energía eléctrica a más de una jurisdicción a través del Sistema Argentino de Interconexión (SADI), por lo que constituye un establecimiento de utilidad pública nacional que la Ley 15.336 somete a la jurisdicción federal,<sup>124</sup>

por lo que consideró que debe aplicarse la ley nacional relativa a las evaluaciones de impacto ambiental.

Lo aquí expuesto no implica una posición centralista que avasalle los intereses provinciales. Nuestra CN propicia el federalismo de concertación, lo que significa una armoniosa coordinación de las distintas jurisdicciones procurando cumplir con los cometidos constitucionales. Este sistema institucional federal es de suma relevancia, como se verá más adelante, en materia de seguridad de presas y regulación de cuencas hidrográficas interjurisdiccionales.

Sintetizando, podemos decir que las centrales hidroeléctricas son establecimientos de utilidad nacional cuando se instalan en cursos de agua pública y su potencia sea mayor a 500 kW y requieren una concesión nacional, además de los permisos provinciales. La concesión nacional no necesariamente se instrumenta en la práctica a través de un contrato de concesión, como es en el caso de las centrales bajo análisis. Para las centrales sin contrato de concesión la Secretaría de Energía emite resoluciones transitorias autorizando su funcionamiento.

Este último aspecto es importante, ya que para ser agente generador del MEM con este tipo de tecnología el Anexo 17 de Los Procedimientos exige la presentación de la copia certificada del contrato de concesión (punto 3.5.1.2).<sup>125</sup>

En lo que respecta a las centrales bajo análisis son establecimientos de utilidad nacional propiedad del Estado nacional, cuestión que no fue modificada de pleno derecho por la reforma constitucional de 1994. La propiedad del Estado nacional se puso de manifiesto durante el proceso de privatización cuando las provincias tuvieron la opción de adquirir, a título

124. Poder Ejecutivo Nacional, “Laudo arbitral del presidente de la República...”.

125. ENRE, “Anexo 17: ingreso de nuevos agentes...”, punto 3.5.1.2.

oneroso, parte del paquete accionario de las sociedades titulares de los contratos de concesión de las centrales.

Ahora bien, por último, surge el interrogante de por qué estas centrales, sin perjuicio de ser establecimientos de utilidad nacional, no fueron transferidas a las provincias como los activos similares de AyEE. Desde nuestro punto de vista no existe una respuesta satisfactoria, estas centrales podrían haber seguido el mismo destino que aquellas de AyEE. Bastos y Abdala, sostuvieron al respecto que

[...] se podría especular que frente a estos conflictos Hidronor podía haber sido transferida totalmente a las provincias de Río Negro y Neuquén, como ocurrió con algunas instalaciones de AyE. Sin embargo, esto no era una salida viable por varios motivos. En primer lugar, no había garantías de que las provincias efectivamente fueran a privatizar Hidronor una vez transferidas. Hay que recordar que en las empresas que están a cargo de autoridades provinciales frecuentemente se añaden factores políticos que nada tiene que ver con la conducta que requiere una actividad empresaria de generación eléctrica. Dada la magnitud de la oferta eléctrica de la región del Comahue, esto torna este aspecto en algo crítico. Segundo, e igualmente importante, cabe también recordar que Hidronor se generó con fondos nacionales por lo que una transferencia gratuita de un negocio importante crearía cierta injusticia hacia los ciudadanos de todo el país con respecto a los de las provincias beneficiadas. Como se señalara anteriormente, y como medio de solucionar los planteos provinciales, parte de las acciones de las unidades de negocio surgidas de Hidronor (39 % de acciones clase B) serán transferidas a las provincias de Río Negro y Neuquén contra pago de bonos de regalía hidrocarburífera.<sup>126</sup>

## VI. LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

La necesidad de una concesión por parte del Estado nacional para explotar aprovechamientos hidroeléctricos de envergadura surge, como

126. BASTOS & ABDALA, *La transformación del sector eléctrico argentino*, p. 193.

vimos, del inciso *a* punto 1 del artículo 14 de la Ley 15.336. Por su parte, el artículo 15<sup>127</sup> de la misma ley establece el contenido mínimo que deben tener los contratos. Cabe resaltar, como también se analizó, que los contratos fueron celebrados únicamente con la Secretaría de Energía, representando al Estado nacional, en su carácter de poder concedente, sin que formen parte las provincias ribereñas.

Actualmente los contratos de concesión son el instrumento más importante de la regulación de los aprovechamientos, concentrando los aspectos más importantes para su funcionamiento. Del estudio realizado del texto de los contratos de concesión vigentes surge que cuentan con una estructura similar. Están conformados por un cuerpo principal que contiene las siguientes cláusulas: 1) Definiciones: detalla el alcance conceptual de las principales expresiones plasmadas en el contrato; 2) Objeto de la concesión: es la generación hidráulica de electricidad; 3) Plazo de la concesión: generalmente se estipuló el plazo de 30 años; 4) Derechos de la concesionaria: derecho de uso de bienes de dominio público, de generar energía y comercializarla, de acceso a la red de transporte y transmisión; 5) Obligaciones de la concesionaria: estipula obligaciones generales y en

127. El artículo 15 establece que "En las concesiones para aprovechamiento de las fuentes de energía hidroeléctrica de jurisdicción nacional (artículo 14, inciso a) 1), que podrán otorgarse por plazo fijo o por tiempo indeterminado, habrán de establecerse las condiciones y cláusulas siguientes: 1. El objeto principal de la utilización. 2. Las normas reglamentarias del uso del agua, y en particular, establecidas en su caso de acuerdo con la autoridad local: las que interesen a la navegación, a la protección contra inundaciones, a la salubridad pública, la bebida y los usos domésticos de las poblaciones ribereñas, a la irrigación, la conservación, y la libre circulación de los peces, la protección del paisaje y el desarrollo del turismo. En estas normas se deberá tener en cuenta el siguiente orden de prioridad para el uso del agua: la bebida y los usos domésticos de las poblaciones ribereñas, el riego y luego la producción de energía. 3. Las potencias características del aprovechamiento y la potencia máxima de la instalación. 4. El plazo de la ejecución de los trabajos determinados en la concesión. 5. El plazo de explotación de la concesión cuando esta sea a término, el que no podrá exceder de sesenta años. 6. Las condiciones bajo las cuales al término de la concesión podrán transferirse al Estado los bienes y las instalaciones. 7. Las condiciones y causales de caducidad por inobservancia de las obligaciones impuestas en las concesiones a término. 8. La antelación con que deberá notificarse a los interesados la revocación o la extinción de la concesión, y la forma, tiempo y condiciones en que se realizarán las transferencias de los bienes, cuando la concesión fuese por tiempo indeterminado. 9. El canon que deberá abonar el concesionario en concepto de regalía por el uso de la fuente, que ingresará al Fondo Nacional de la Energía Eléctrica".

materia de uso, seguridad, mantenimiento del complejo hidroeléctrico, manejo de agua y de protección ambiental; 6) Derechos del concedente: percepción de un canon y a exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la concesionaria; 7) Obligaciones del concedente: asegurar la participación de la concesionaria en el MEM y mantener a la concesionaria en el uso y goce de los bienes cedidos; 8) Canon, regalías y tributos: en este punto cada uno de los contratos establecen diferentes porcentajes que deberán abonar en concepto de canon al Estado Nacional. Asimismo establecen el pago de regalías a la/s provincia/s correspondientes y el pago de todos los impuestos, tasas y contribuciones nacionales, provinciales y municipales; 9) Seguros: se estipulan los seguros que deben contratar cada una de las concesionarias; 10) Garantía: menciona la garantía a la que deben dar cumplimiento las concesionarias, la instrumentación y devolución de la misma; 11) Cesión del contrato: prevé la prohibición de la cesión del contrato sin previa autorización del concedente; 12) Incumplimientos del concedente y la concesionaria: establece las causales de incumplimiento y el procedimiento ante estos; 13) Penalidades: prevé los casos en los que incurriría en incumplimientos la concesionaria y las multas que podrían aplicarse ante tales incumplimientos; 14) Resolución del contrato sin culpa de las partes: caso fortuito, fuerza mayor o hechos de un tercero; 15) Extinción del contrato por vencimiento del plazo: describe el procedimiento que deberá llevarse a cabo con anterioridad y al momento de producirse el vencimiento respectivo; 16) Transferencia de bienes al concedente y período de transición: estipula la reversión de los bienes cedidos, la transferencia del personal y de los equipos de la concesionaria, etc.; 17) Ley aplicable. Jurisdicción. Domicilios.

Luego del cuerpo principal, los contratos cuentan con una serie de subanexos que detallan aspectos importantes de la regulación de las concesiones; los principales son: Subanexo I: Perímetro. Subanexo II: Inventario. Subanexo III: Seguridad de Presas. Subanexo IV: Normas de manejo de aguas. Subanexo V: Guardias permanentes. Subanexo VI: Protección del ambiente. Subanexo VII: Seguros. Subanexo VIII: Obras y trabajos obligatorios. Subanexo IX: Información hidrometeorológica.

En el Capítulo I, se definen términos clave relacionados con los contratos. El Capítulo II especifica que el objeto del contrato es la concesión para generar energía eléctrica a partir de los complejos hidroeléctricos previamente descriptos y establece los objetivos prioritarios en la operación de la central, como la seguridad de las personas y bienes en la Cuenca,

control de crecidas y disponibilidad de agua para uso consuntivo. Las concesionarias asumen la operación bajo su propio riesgo y conforme a las leyes.

El Capítulo IV define los plazos de las concesiones, generalmente 30 años, y se describen los derechos de las concesionarias, como el uso de bienes del dominio público y elementos necesarios para la operación de las presas. También se detalla el derecho a generar y comercializar energía eléctrica según las regulaciones aplicables. Se aborda la modificación de normas y procedimientos, indicando condiciones para reclamar compensaciones.

En los Capítulos V a VII, se detallan las obligaciones de las concesionarias. Esto incluye el uso, la seguridad y el mantenimiento de los complejos hidroeléctricos, así como la preservación de los bienes. Se establece la obligación de mantener la integridad física y funcional de los complejos, incluyendo el control de la estabilidad de las presas. También se mencionan obligaciones en el manejo de aguas y la protección ambiental. Las concesionarias deben cumplir con leyes y regulaciones, informar a las autoridades y colaborar en inspecciones. Además, deben realizar obras y trabajos obligatorios, respaldados por una garantía. Las mejoras realizadas quedan para el beneficio del concedente.

El Capítulo IX detalla los derechos del concedente. El concedente tiene el derecho de recibir un canon por parte de las concesionarias y de exigirles el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Si las concesionarias incumplen, el concedente puede optar por ejecutar las obligaciones por sí mismo o a través de terceros, costeados por las concesionarias.

El Capítulo IX también aborda las obligaciones del concedente. Estas incluyen garantizar la participación de las concesionarias en el MEM y mantenerlas en el uso de los bienes cedidos siempre que cumplan con las disposiciones contractuales.

El Capítulo X se enfoca en las obligaciones financieras. Las concesionarias deben pagar un canon mensual al concedente, calculado como un porcentaje de la regalía establecida. Además, deben abonar regalías a las provincias titulares del derecho, conforme a regulaciones específicas. Las concesionarias también deben cumplir con impuestos, tasas y contribuciones, y en caso de incumplimiento, el concedente debe ser eximido de responsabilidad frente a las jurisdicciones locales.

El Capítulo XI establece la distribución de responsabilidades. Las concesionarias son responsables por daños causados por su culpa o negligencia, así como por los daños que sus bienes cedidos puedan causar.

El concedente está exento de responsabilidad por daños en el complejo hidroeléctrico y la generación de energía. Se especifica que el concedente debe mantener indemne a las concesionarias ante reclamos previos a la toma de posesión.

El Capítulo XII trata sobre seguros. Las concesionarias deben contratar seguros sobre sus bienes, responsabilidad civil hacia terceros y accidentes de trabajo. Las aseguradoras deben estar reaseguradas y las concesionarias deben acreditarlo. Además, las concesionarias deben asumir las franquicias y otros gastos no cubiertos por los seguros. Deben mantener los seguros durante la concesión y aplicar indemnizaciones solo para reparar daños asegurados.

El Capítulo XIII aborda el tema de las garantías en los contratos de concesión. Se requiere que las concesionarias constituyan una garantía de cumplimiento para asegurar el cumplimiento puntual de las obligaciones contractuales. La garantía inicial es de dos millones de dólares estadounidenses y debe mantenerse vigente y actualizarse según el índice de precios Producer Price Index publicado por el Bureau of Labor Statistics del Departamento de Trabajo de los Estados Unidos. Las renovaciones de la garantía deben ser aprobadas por la Secretaría de Energía y documentadas con antelación.

Las modalidades de constitución de la garantía incluyen dinero en efectivo, fianza bancaria, depósito en el Banco de la Nación Argentina de Bonos Externos de la República Argentina (BONEX) y carta de crédito *stand by* irrevocable e incondicionada.

En caso de incumplimiento por parte de las concesionarias, la Secretaría de Energía puede afectar una porción de la garantía para cubrir las obligaciones incumplidas y los daños, incluidos los intereses por mora. Las concesionarias tienen un plazo de 30 días para reconstituir la garantía después de ser afectada. Si la concesión se extingue por culpa o negligencia de las concesionarias, la garantía se ejecutará y se sumarán compensaciones por daños y perjuicios.

El Capítulo XIV prohíbe la cesión de derechos u obligaciones derivados del contrato sin previa autorización del concedente, y esta autorización no exonera a las concesionarias de sus responsabilidades previas a la cesión.

Los Capítulos XV y XVI abordan incumplimientos contractuales y la extinción del contrato por culpa de las partes. Si el concedente incumple, las concesionarias pueden solicitar rectificaciones y, si estas no se realizan en un

plazo determinado, las concesionarias pueden declarar la resolución del contrato por culpa del concedente. En caso de incumplimiento de las concesionarias, se pueden aplicar multas basadas en un porcentaje de su facturación bruta. También se establecen condiciones para la caducidad de las concesiones en caso de incumplimiento reiterado de obligaciones contractuales o causales específicas. En estas circunstancias, las concesionarias deben transferir bienes y personal y compensar los daños sufridos por el concedente.

En ambos casos de incumplimiento, se prevé la posibilidad de crear una nueva sociedad anónima titular de la concesión y convocar a un concurso público internacional para la venta de sus acciones.

El Capítulo XVII trata sobre la extinción del contrato debido a eventos imprevisibles, fuerza mayor o acciones de terceros. En caso de que la ejecución del contrato se vuelva permanentemente imposible debido a un hecho fortuito, causa de fuerza mayor o acción de un tercero, y no exista culpa por parte de ninguna de las partes ni de sus subcontratistas, el contrato se extinguirá. Sin embargo, ninguna de las partes tendrá derecho a compensaciones o indemnizaciones mutuas, excepto el pago de créditos pendientes, incluyendo intereses y multas.

## **VI.A. Reversión de bienes al concedente**

El Capítulo XVIII aborda la extinción de la concesión por el vencimiento del plazo. En los casos de extinción del contrato, el dominio y la posesión de los equipos de la concesionaria se transferirán automáticamente al concedente sin ningún pago o contraprestación. Esto se denomina reversión de los bienes concesionados.

Podríamos decir que la reversión es la figura jurídica debido a la cual los bienes pertenecientes al concedente, juntamente con los del concesionario afectados a la concesión, vuelven a manos del primero cuando por cualquier causa esta llega a su fin, siendo considerada una consecuencia natural del contrato de concesión, a través de la cual el Estado puede garantizar la continuidad en la prestación de los servicios concesionados.

En ese sentido, Garrido Falla ha señalado respecto a los bienes reversibles que son aquellos

...bienes que están de tal manera afectos a la concesión, que forman parte sustancial de ella de tal forma[...] de asegurar la continuidad

del servicio, bien a cargo de la Administración (mediante explotación directa) o de nuevo concesionario.<sup>128</sup>

De lo expuesto, surge que lo que revierte al Estado son todos los bienes que provean la capacidad de administrar los aprovechamientos.

Sobre los bienes cedidos, cabe decir que conforme lo estipulado en el artículo 65 de los contratos, revertirán al concedente todos los bienes cedidos a la concesionaria por el contrato, y es obligación de la concesionaria desalojar el complejo hidroeléctrico y hacer entrega de este al personal que designe la Secretaría de Energía, en el momento en que esta se lo indique.

El concedente, a través de la Secretaría de Energía, queda legitimado para requerir judicialmente el inmediato desalojo del complejo por la vía sumarísima, sirviendo el contrato de formal convenio de desocupación, mediante el cual las concesionarias han renunciado a ejercer derecho de retención alguno y a oponer excepciones en el proceso de desalojo.

En caso de incumplimiento de esta obligación el concedente podrá reclamar a la concesionaria el pago de los daños y perjuicios que su mora le ocasione y aplicarle una multa equivalente al 1 % de la facturación bruta anual de la concesionaria por cada día de demora en la desocupación, a cuyos fines se tomará como base de cálculo la facturación bruta de los 12 meses inmediatos anteriores a la extinción del contrato.

Cada contrato cuenta con un Anexo titulado Inventario, en el cual se detallan los bienes cedidos. Al respecto, cabe resaltar que el artículo 12 de los contratos establece que la concesionaria se obliga a usar los bienes cedidos preservándolos de cualquier menoscabo, salvo el que pueda producirse por su uso normal y el mero paso del tiempo y a no alterar la naturaleza, el destino y la afectación de los bienes integrantes del complejo. Asimismo, se establece la prohibición a la concesionaria de constituir gravámenes sobre estos bienes, cederlos o darlos a embargo, localarlos, entregar su tenencia o consentir hechos o acciones de terceros que pudieran afectarlos o disminuir su valor.

El artículo 66 establece respecto del personal afectado al funcionamiento del complejo que, en caso de extinción de la concesión por cualquier causa o a la finalización del plazo mencionado en el artículo 67.1, la concesionaria deberá adoptar, a su costo, todas las medidas que efectivicen

128. GARRIDA FALLA, "Efectos económicos de la caducidad de...".

de inmediato, la disolución del vínculo jurídico que mantenga con el personal bajo relación de dependencia o contratado a quien el concedente proponga continuar en sus funciones con el objeto de no discontinuar la normal y segura operación del complejo hidroeléctrico. Al respecto, debe tenerse presente que las concesionarias han asumido mantener indemne al concedente por reclamos laborales, administrativos o judiciales, aun luego de la finalización de la concesión, por cualquier causa, conforme lo establecido en el artículo 43 de los contratos.

Por otra parte, el dominio y la posesión de los equipos de la concesionaria existentes a la fecha de la extinción del contrato, que en todos los casos deberán ser aptos y suficientes para asegurar la aptitud funcional del complejo hidroeléctrico, se transferirán de pleno derecho al concedente sin que este deba abonar a la concesionaria precio o contraprestación de ninguna índole, salvo en los casos y las condiciones expresamente previstos en el contrato.

Como ya se dijo, la transferencia operará a las cero (0) horas del día siguiente a aquel en que se opere la extinción de la concesión y la tradición se considerará efectivizada por la mera presencia dentro del perímetro en la fecha y hora antes indicadas de un representante autorizado a tal efecto por el concedente. Será a costa de la concesionaria el levantamiento de cualquier prenda, gravamen o medida cautelar trabada o constituida sobre tales bienes.

La concesionaria deberá suscribir toda la documentación y llevar a cabo todos los actos necesarios para la transferencia de los bienes y del personal. La firma del contrato implica el otorgamiento por parte de la concesionaria de un mandato irrevocable en favor del concedente para ejecutar en su representación los referidos actos en caso de ser necesario.

A fin de preservar la seguridad de las personas y los bienes ubicados en la cuenca, declarada la resolución del contrato por cualquier causa, excepto la que refiere a la culpa de la concesionaria, el artículo 67 estipula que la concesionaria deberá continuar a cargo del complejo hidroeléctrico y cumplir con todas sus obligaciones derivadas del contrato durante el plazo que fije la Secretaría de Energía, hasta un máximo de 12 meses contados a partir de la fecha de la resolución.

La Secretaría de Energía podrá designar un veedor a fin de que controle las actividades de la concesionaria durante dicho período. El veedor tendrá derecho de asistir a todas las reuniones de asamblea y de directorio de la concesionaria, para las cuales deberá ser formalmente citado, como así también examinar sus libros, archivos y documentación, solicitar informes

a cualquiera de los órganos y gerencias de la sociedad, designar colaboradores y delegar funciones y atribuciones y, en general, realizar todos los actos convenientes para el mejor desempeño de su cometido. La extinción del contrato y la designación del veedor no eximen a la concesionaria de dar cumplimiento a todas las obligaciones asumidas en el contrato durante el período de transición.

Como ya se deslizó, el vencimiento del plazo de los contratos de concesión, con la consecuente reversión de los bienes de los aprovechamientos al Estado nacional, generó un intenso debate sobre su destino. Las provincias ribereñas, como hicieron al momento de las privatizaciones, reclamaron la participación en la nueva gestión de los aprovechamientos y sus eventuales beneficios.

Sin perjuicio de ello, la Secretaría de Energía instruyó a ENARSA para que adopte las medidas necesarias para encontrarse en condiciones de asumir transitoriamente la actividad de generación de energía eléctrica ante la proximidad del vencimiento de las concesiones. Como fundamento de dicha decisión manifestó que por

[...] la necesidad de garantizar la seguridad pública y la continuidad en el abastecimiento de energía eléctrica que requiere el sistema [...] resulta pertinente disponer que, una vez extinguidos los plazos de las concesiones y revertidos los bienes al ESTADO NACIONAL, el desarrollo de la actividad de generación de energía eléctrica a cargo de los concesionarios de los Complejos Hidroeléctricos: EL CHO-CÓN-ARROYITO, ALICURÁ, PLANICIE BANDERITA y PIE-DRA DEL ÁGUILA, quedará asignada oportunamente y conforme los instrumentos legales que correspondan, a ENARSA a fin de asegurar la continuidad de los servicios, el correcto funcionamiento de las instalaciones y la plena operatividad de las centrales.<sup>129</sup>

Posteriormente, mediante la Resolución 574/2023 del 10 de julio de 2023 la Secretaría de Energía decidió utilizar lo establecido en el artículo

129. En el mismo sentido de otorgar la administración de los complejos a ENARSA existen proyectos de ley con estado parlamentario, por ejemplo, el S3091\_22PL; S-3091/2022. En este proyecto, se prevé la participación de las provincias en la gestión de los aprovechamientos y la posibilidad de que también participe el sector privado.

67.1 de los contratos y dispuso que las concesionarias deberán continuar a cargo del complejo hidroeléctrico correspondiente y cumplir con todas sus obligaciones derivadas del contrato durante sesenta (60) días corridos, prorrogables por sesenta (60) días corridos más. Asimismo, estableció que ENARSA será veedor durante los plazos previstos y que las provincias ribereñas (Neuquén y Río Negro) podrán designar un representante cada una a tal fin.<sup>130</sup>

Por último, cabe decir que la reversión de los aprovechamientos al Estado nacional, tal cual está prevista hasta ahora, genera algunas dudas sobre las inversiones requeridas en esta nueva etapa, ya que, en virtud de lo establecido en la Ley 24.065, las empresas generadoras de electricidad del Estado no pueden acumular excedentes y los mismos están destinados al fondo unificado del artículo 37.<sup>131</sup> Por ejemplo, en el caso de las centrales térmicas que administra ENARSA en la actualidad, el artículo 2º del Decreto de Necesidad y Urgencia 389/2021 estableció una excepción al artículo 37 de la Ley 24.065 y asignó los excedentes de esas centrales a inversiones de infraestructura energética.<sup>132</sup>

## VII. LAS INSTITUCIONES CON COMPETENCIA SOBRE LA GENERACIÓN HIDROELÉCTRICA NACIONAL

En este apartado se realizará una descripción de los órganos y organismos administrativos con atribuciones regulatorias sobre diversos aspectos vinculados a los aprovechamientos hidroeléctricos. Se analizarán las competencias de la Autoridad Interjurisdiccional de Cuencas de los ríos Limay, Neuquén y Negro (AIC), el Organismo Regulador de Seguridad de Presas (ORSEP) y la Fundación del Fondo de Reparaciones (FFR), y lo correspondiente del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), la Secretaría de Energía (SE) y la CAMMESA.

130. Secretaría de Energía, Resolución 574/2023.

131. Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, art. 37.

132. Poder Ejecutivo Nacional, DNU 389/2021.

## VII.A. La AIC

En el ámbito de la regulación de cuencas hidrográficas interjurisdiccionales, el federalismo de concertación encuentra expresión a través de la formación de las diversas autoridades de cuencas. En este contexto, es relevante destacar la posición de la CSJN, que en una sentencia relacionada con la cuenca de la laguna La Picasa,<sup>133</sup> subrayó que el federalismo es un sistema de convivencia en el que las partes no operan de manera aislada y que las competencias constitucionalmente asignadas deben ser ejercidas de manera coordinada, sin que ello implique subordinación de los estados particulares al gobierno central, sino colaboración para el bien común, basada en la lealtad federal.

En ese sentido, la Ley 25.688 prevé en su artículo 4º la creación de comités para los casos de las cuencas interjurisdiccionales, que tienen la misión de asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hídricos y contribuir a la gestión sustentable de las cuencas.<sup>134</sup> En la actualidad existen varias autoridades de cuencas interjurisdiccionales,<sup>135</sup> muchas de ellas constituidas antes de la entrada en vigor de dicha ley.

No obstante, la falta de coordinación entre estas instituciones ha dado lugar a superposición de funciones, dilución de responsabilidades y conflictos intersectoriales, especialmente entre usos como el riego y la generación hidroeléctrica.<sup>136</sup>

En el mismo sentido, Líber y Justo sostuvieron que la disputa por los ríos interjurisdiccionales se ha incrementado exponencialmente en el presente siglo, ya sea por exceso, escasez o contaminación de las cuencas o cursos de agua, con o sin enfoque ambiental o de derechos humanos, asumiendo la función dirimente de la CSJN un rol trascendente en la gestión de los recursos hídricos.<sup>137</sup>

Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse presente la existencia del Consejo Hídrico Federal (COHIFE) que se constituyó en 2003<sup>138</sup> como una

133. CSJN, "Buenos Aires, Provincia de c/ Santa ...".

134. República Argentina, Ley de Régimen de Gestión Ambiental, art. 4.

135. Por ejemplo, se pueden mencionar al Comité de Cuencas del Río Desaguadero, Salado y Lagunas del Oeste (CODESAL), Comité Interjurisdiccional del Río Colorado (COIRCO), Comité Regional del Río Bermejo (COREBE), entre otros.

136. PCHAT, *Entidades de gestión del agua a...*

137. LIBER & JUSTO, "Aguas Internacionales en la Corte Suprema...".

138. COHIFE, *Documentos fundacionales*.

persona jurídica de derecho público y una instancia federal para la concertación y coordinación de la política hídrica federal y la compatibilización de las políticas, las legislaciones y la gestión de las aguas de las respectivas jurisdicciones, respetando el dominio originario que sobre sus recursos hídricos les corresponden a las provincias (art. 2º de la Ley 26.438).<sup>139</sup> Actualmente forman de este organismo todas las jurisdicciones del país.

En dicho marco se proyectó el Reglamento para la Solución Amistosa de Controversias sobre Aguas Interjurisdiccionales cuya finalidad es generar un espacio voluntario de conciliación y mediación para dirimir conflictos que se generen por el manejo y administración de aguas interjurisdiccionales.

Sobre la AIC podemos decir que es un organismo que tiene por objeto entender en todo lo relativo a la administración, el control, el uso y la preservación de las cuencas de los ríos Limay, Neuquén y Negro. Se crea el 16 de diciembre 1985 por acuerdo de las provincias de Neuquén, Río Negro y Buenos Aires y del Estado nacional, pero su actividad se potencia a partir de 1993, al designarse a la AIC como autoridad de aplicación de los contratos de concesión, en materia de manejo de aguas, protección del ambiente y protección civil (subanexos IV y VI de los contratos).<sup>140</sup>

El artículo 5º del estatuto de la autoridad establece sus competencias en relación con la gestión del recurso hídrico.<sup>141</sup> Estas atribuciones abarcan diversos aspectos clave para la regulación y distribución eficiente de este recurso en la región, entre ellas podemos destacar que se encarga de realizar investigaciones integrales con el objetivo de evaluar el recurso hídrico en su conjunto.

Además, la autoridad tiene la tarea de diseñar y establecer un programa que determine cómo se aprovechará y distribuirá el recurso hídrico, respetando el principio de uso racional y múltiple, garantizando una distribución equitativa que atienda a las necesidades de las distintas áreas regionales. Para ello, también supervisa el cumplimiento de los acuerdos establecidos entre las partes signatarias y evalúa tanto el funcionamiento como los efectos de las obras y los aprovechamientos ya implementados en la cuenca.

139. República Argentina, Ley de Constitución del Consejo Hídrico..., art. 2.

140. AIC, *Estatuto de la Autoridad Interjurisdiccional de...*

141. AIC, *Estatuto de la Autoridad Interjurisdiccional de...*, art. 5.

El artículo también establece que la autoridad desempeñará un papel fundamental en la evaluación y autorización de proyectos hidráulicos en la cuenca, emitiendo su opinión previa sobre estos emprendimientos. Además, se encargará de realizar estudios sobre los ecosistemas presentes en la cuenca, así como de prevenir, detectar y corregir la contaminación del recurso hídrico a través de investigaciones, proyectos y propuestas de normativas.

La AIC también juega un rol en la navegación y la definición de normas técnicas para la delimitación de los cursos de agua, así como en la preservación de las márgenes de los ríos. Asimismo, tiene la responsabilidad de recopilar, gestionar y proporcionar información relevante sobre el recurso hídrico a diferentes niveles de gobierno y administrar los fondos financieros provenientes de contribuciones. En conjunto, estas atribuciones le permiten cumplir una función integral en la gestión sostenible y equitativa de los recursos hídricos en la región.

La autoridad, además, tiene la atribución —sin obligación de compensar— de utilizar los recursos hídricos de manera tal que puede afectar adversamente el rendimiento de las centrales. Por ejemplo, cuando el nivel de agua de los embalses llega a cierto punto la concesionaria está obligada a verter agua a fin de permitir la regulación de los flujos corriente abajo. Asimismo, ante niveles hídricos críticamente bajos, la AIC fija los caudales de agua de acuerdo con sus normas de control de caudales, lo que da por resultado una reducción sustancial de la generación.

Al respecto, sin perjuicio de que el caso fue en otra cuenca, en el fallo “Hidroeléctrica Tucumán”<sup>142</sup> la CSJN resolvió una causa, donde se discutía sobre las atribuciones de manejo de agua en los complejos El Cadillal, Pueblo Viejo y Escaba, rechazando la demanda de daños y perjuicios que inició la concesionaria dejando en claro que las modificaciones en los caudales que tienen en mira el interés general son no compensables, siempre que hayan sido previstas en el contrato.

En lo que refiere al financiamiento de la autoridad, el artículo 20 del estatuto establece que los gastos de funcionamiento serán aportados por el Estado nacional en un 50 % y el resto en partes iguales por las provincias de Río Negro, Neuquén y Buenos Aires.<sup>143</sup> Sin embargo, a partir del

142. CSJN, “Hidroeléctrica Tucumán SA c/ Estado Nacional...”.

143. AIC, *Estatuto de la Autoridad Interjurisdiccional de...*, art. 20.

Decreto 239/99,<sup>144</sup> parte del financiamiento de la AIC se realiza con un porcentaje del canon que tienen la obligación de abonar las concesionarias, que se calcula sobre la base de la venta de energía de las empresas concesionarias según los contratos de concesión.<sup>145</sup>

Los contratos de concesión prevén disposiciones respecto del canon y la regalía que deben abonar las concesionarias. En lo referente al canon, los contratos de concesión disponen que se debe abonar mensualmente al concedente, es decir, al Estado nacional, que asignó esos recursos al financiamiento de la AIC y el ORSEP. Respecto de las regalías, los contratos disponen que las mismas deben ser abonadas por las concesionarias a las provincias con derecho a percíbilas, y en la forma dispuesta por la reglamentación, como se verá más adelante. En resumen, los recursos recaudados a través de ambos institutos reconocen diferente destino, los primeros (emergentes del art. 15 de la Ley 15.336)<sup>146</sup> pertenecen a la Nación (poder concedente), y los segundos (emergentes del art. 43 de la Ley 15.336)<sup>147</sup> son percibidos por las provincias.

El cálculo del canon se realiza de manera similar al de las regalías hidroeléctricas, por lo que se encuentra alcanzada por la misma problemática debido a las modificaciones regulatorias que se realizaron sobre la remuneración de la generación en el MEM.

Por otro lado, vinculado a la cuestión ambiental de las cuencas hidrográficas podemos mencionar la Ley 23.879, cuyo objetivo principal es analizar el impacto ambiental de los complejos hidroeléctricos y preservar la salud y calidad de vida de la población.<sup>148</sup>

Según dicha norma, el Poder Ejecutivo nacional llevará a cabo una evaluación de las represas construidas, en construcción y/o planificadas, sean estas nacionales o extranjeras, en términos de su impacto ambiental, tomando en cuenta diversas áreas como sismología, geología, hidrología y ecología. Esta evaluación se realizará siguiendo normas establecidas en un manual de gestión ambiental para obras

144. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Creación del Organismo Regulador...

145. En cuanto al porcentaje del canon, varía en cada uno de los complejos hidroeléctricos. Hidroeléctrica Piedra del Águila debe abonar el 2,5 %, Hidroeléctrica Alicurá el 1,5 %, Hidroeléctrica Cerros Colorados el 0,5 % y la Hidroeléctrica el Chocón el 0,5%.

146. República Argentina, Ley de Energía y Combustible, art. 15.

147. República Argentina, Ley de Energía y Combustible, art. 43.

148. República Argentina, Ley de Consecuencias Ambientales de las...

hidráulicas con aprovechamiento energético, resoluciones 475/87<sup>149</sup> y 718/87 de la Secretaría de Energía,<sup>150</sup> o las disposiciones técnicas que lo reemplacen.

Dicha ley abarca a todo el territorio argentino y el relevamiento comprende a cada una de las represas ya construidas o que se encuentren en construcción o en proceso de planificación. En cuanto al procedimiento, se establece que la factibilidad de las obras planificadas debe ser aprobada por los órganos nacionales con la competencia pertinente juntamente con sus similares de las provincias afectadas.

Asimismo, el procedimiento prevé un mecanismo de participación ciudadana a través de audiencias públicas en las cuales se debe someter a aprobación el estudio de impacto ambiental. Estas audiencias deben celebrarse dentro del ámbito del Congreso Nacional. A pesar de que el resultado de dichas audiencias públicas no tiene carácter vinculante, el hecho de omitir su realización deviene en causal de nulidad del acto que se produzca en consecuencia, aspecto que implica la necesidad de su realización.

La importancia de la Ley 23.879 fue resaltada por la CSJN en los casos “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental”<sup>151</sup> y “Fundación Banco de Bosques para el manejo sustentable de los recursos naturales c/ Santa Cruz, Provincia y otros s/ medida cautelar”<sup>152</sup> cuando determinó su aplicación en los aprovechamientos de la provincia de Santa Cruz Presidente Kirchner y Gobernador Cepernik, y otorgó medidas cautelares de suspensión de las obras hasta que fuese aprobado el impacto ambiental y realizadas las audiencias.

## VII.B. EL ORSEP y la FFR

El primer objetivo prioritario establecido en los contratos de concesión es el aseguramiento de la seguridad de las personas y de los bienes en la cuenca. Por dicha razón, los principales organismos de regulación y

149. Secretaría de Energía, Resolución 475/87.

150. Secretaría de Energía, Resolución 718/87.

151. CSJN, “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de...”.

152. CSJN, “Fundación Banco de Bosques para el...”.

control en materia de presas<sup>153</sup> son los que se encargan de la seguridad de las presas y de su eventual reparación.

La seguridad de presas como política nacional específica surgió como tal a partir de la concesión de los complejos hidroeléctricos, ya que, hasta entonces, no había una diferenciación entre el operador y el regulador. Sin perjuicio de ello, a 30 años de las privatizaciones, la regulación de la seguridad de presas se desarrolla mediante la aplicación discrecional de un disperso, fragmentario y limitado marco normativo, con aplicación variable y se encuentra sometida a la disponibilidad de capacidad técnica del Estado nacional y de las provincias.<sup>154</sup>

Los contratos de concesión se han convertido en la principal referencia nacional para la seguridad de las presas, lo que significa que las presas que no están cubiertas por estos contratos carecen, en principio, de regulación específica en materia de seguridad. Esto ha generado una indeterminación normativa<sup>155</sup> en materia de seguridad para muchas presas ubicadas en las provincias argentinas que no hayan celebrado acuerdos con el ORSEP.

En general, los contratos establecen que la responsabilidad de garantizar la seguridad de las presas recae en los concesionarios, tanto para las obras ya construidas como para las que se construyan en el futuro. Esto implica que las empresas concesionarias son las responsables de mantener y operar de manera segura las presas.

El ORSEP, creado por el Decreto 239/99,<sup>156</sup> es un organismo descentralizado dependiente actualmente del Ministerio de Obras Públicas de la Nación, que tiene como misión fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre seguridad de presas establecidas en los contratos de concesión de aprovechamientos hidroeléctricos bajo su jurisdicción y de aquellas que, siendo de Estados provinciales o de terceros, sean puestas bajo su jurisdicción por convenios específicos, para lograr que estas y

153. El ORSEP ha conseguido reunir datos técnicos de 172 presas (incluyendo 9 cierres laterales) y 143 azudes. Además, en virtud de la información provista por la Secretaría de Política Minera (2018), ha identificado la existencia de al menos una docena de explotaciones mineras que cuentan con presas de relave y aproximadamente 400 balsas (cierres de almacenamiento fuera de cauce), también denominadas presas arroceras o agrícolas (ORSEP, *Inventario de Presas Argentinas*).

154. JUNCAL, "Aspectos constitucionales que plantea la ley..."

155. El ORSEP ha impulsado una ley que busca constituir un régimen federal de seguridad de presas que impliquen un cierto grado de peligro para la seguridad pública.

156. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Creación del Organismo Regulador...

sus obras auxiliares alcancen y se mantengan en los mejores niveles de seguridad compatibles con el más avanzado estado del arte en la materia.

La dirección del ORSEP está a cargo de un consejo técnico encabezado por un presidente y compuesto por directores regionales. El presidente tiene funciones de representación legal y administración, y el consejo técnico toma decisiones sobre el funcionamiento del organismo.

Entre sus principales atribuciones se encuentran la aplicación y vigilancia del cumplimiento de las leyes y normativas relacionadas con la seguridad de presas, embalses y obras auxiliares en su ámbito de aplicación. Además, fiscaliza el cumplimiento de las normas de seguridad establecidas en los contratos de concesión de proyectos hidroeléctricos bajo su jurisdicción, y tiene la facultad de imponer sanciones en caso de violaciones a estas normativas. El ORSEP también desempeña un papel importante en investigaciones de incidentes o colapsos de presas, colaborando en procedimientos judiciales o administrativos destinados a determinar las posibles causas de estos eventos.

La entidad tiene un papel activo en la formulación y emisión de normas técnicas y directrices relacionadas con la seguridad de presas, embalses y obras auxiliares, contribuyendo así a la promoción de buenas prácticas en el diseño y operación de estas estructuras. Asimismo, puede intervenir de inmediato cuando considere que algún acto o proceder de una concesionaria bajo su jurisdicción contraviene normativas de seguridad, ordenando la corrección inmediata de las condiciones o acciones que representen riesgos para la seguridad de presas.

Además, proporciona asesoramiento y asistencia técnica a órganos u organismos del Estado nacional y entes provinciales que lo soliciten, y compila información relevante sobre las presas construidas en el país. Emite certificados de aprobación para la documentación técnica y la aptitud de las obras relevantes.

En resumen, el ORSEP es una entidad fundamental en la supervisión y regulación de la seguridad en presas en la Argentina, con un conjunto diverso de funciones destinadas a proteger la seguridad pública y los recursos naturales en esta área crítica de infraestructura.

Ahora bien, existe otra institución muy importante que tiene implicancias sobre la seguridad de las presas, la Fundación del Fondo de Reparaciones. El Decreto 287/93 de privatización de Hidronor en su artículo 31 le otorgó a la Secretaría de Energía la facultad de establecer una fundación

encargada de administrar el Fondo de Reparaciones.<sup>157</sup> Este fondo tiene el propósito de garantizar la seguridad y mantenimiento de los aprovechamientos dados en concesión.

El decreto determinó que esta fundación estaría integrada por todas las sociedades titulares de concesiones para la generación de energía hidroeléctrica que surgieran durante el proceso de privatización de Hidronor y de AyEE. Esto implicaba que todas las nuevas empresas creadas en el marco de la privatización serían parte de esta fundación.

En cuanto a los recursos financieros, se estableció que el Fondo de Reparaciones se formaría mediante aportes realizados por los concesionarios mencionados anteriormente. El propósito fundamental de este fondo es financiar trabajos, obras y reparaciones necesarios para preservar o restituir las condiciones de seguridad de las instalaciones hidroeléctricas en situaciones donde los riesgos o eventos no estuvieran cubiertos por el seguro obligatorio.

Para garantizar la transparencia y legalidad de la fundación, el artículo 32 del decreto estableció la obligación de inscribir el acta constitutiva y los estatutos de la fundación ante la Inspección General de Justicia y otros registros públicos pertinentes.<sup>158</sup>

Los contratos de concesión incluyeron disposiciones detalladas relacionadas con el Fondo de Reparaciones en su artículo 18. Se estableció que las concesionarias debían integrar, como cofundadoras, la FFR, que sería la propietaria y administradora del Fondo de Reparaciones. Este fondo estaba destinado a financiar trabajos, obras o reparaciones que fueran necesarios para mantener o restituir la seguridad de los complejos hidroeléctricos cuando dichas condiciones se vieran amenazadas por eventos imprevistos no cubiertos por las obligaciones de seguro.<sup>159</sup>

El uso del Fondo está sujeto a varias restricciones y procedimientos específicos y solo se activaría cuando el costo total de los trabajos excediera los cinco millones de dólares estadounidenses. La estimación de estos costos se basaría en cotizaciones de al menos dos empresas especializadas en la ejecución de obras similares, aceptadas por el Consejo de Administración de la fundación. Las concesionarias tienen la obligación de realizar aportes periódicos para reconstituir el capital del Fondo de

157. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Sociedades Hidroeléctricas, art. 31.

158. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Sociedades Hidroeléctricas, art. 32.

159. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Sociedades Hidroeléctricas, art. 18.

Reparaciones, los cuales se calculan en función de la facturación bruta de cada empresa.

### VII.C. EL ENRE, la SE y la CAMMESA

El ENRE, la SE y la CAMMESA son el centro de gravitación institucional del sistema eléctrico argentino. Estas instituciones poseen facultades de regulación y control sobre los agentes del MEM y cumplen funciones específicas sobre la regulación de las concesiones hidroeléctricas nacionales.

La Ley 24.065 creó el ENRE,<sup>160</sup> que es el organismo encargado de llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir los objetivos de dicha ley, entre los que se encuentran proteger adecuadamente los derechos de los usuarios y promover la competitividad de los mercados de producción y demanda de electricidad.

El ENRE goza de autarquía y plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del derecho público y privado, y su patrimonio está constituido por los bienes que se le transfieran y por los que adquiera en el futuro por cualquier título.<sup>161</sup> Según la ley el ENRE será dirigido y administrado por un directorio integrado por cinco miembros, de los cuales uno será su presidente, otro su vicepresidente y los restantes vocales. La realidad de nuestro país nos indica que el ente estuvo intervenido por el Poder Ejecutivo nacional por largos períodos.

El marco regulatorio le otorga al ENRE un amplio conjunto de facultades reglamentarias en materias de seguridad, procedimientos técnicos, medición y facturación de los consumos de los servicios públicos de transporte y distribución, fija las tarifas y determina el régimen de calidad de los servicios y el de audiencias públicas. Asimismo, se trata de una instancia especializada, a la cual deben someterse, de modo obligatorio, todas las controversias que se susciten entre los agentes del MEM.

En lo que respecta a la regulación de las concesiones hidroeléctricas nacionales el Decreto 570/96 dispuso la transferencia al ENRE de las atribuciones y responsabilidades de autoridad de aplicación de las concesiones de los aprovechamientos hidroeléctricos, otorgadas y a otorgarse en el

160. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, art. 54.

161. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, art. 55.

marco del proceso de privatización de Hidronor y AyEE, y la administración de los respectivos contratos.<sup>162</sup> Lo dispuesto no afecta las atribuciones y responsabilidades reconocidas en cada contrato de concesión en lo relativo al manejo de aguas y protección del ambiente y al ORSEP en lo relativo a la seguridad de presas, embalses y obras auxiliares.

En ese sentido, el ENRE es quién debe llevar adelante el control sobre el cumplimiento de las normas contractuales, aplicar las multas y demás sanciones y realizar la memoria administrativa del contrato. Sin embargo, el decreto establece que la Secretaría de Energía continuará ejerciendo en los aludidos contratos la representación del concedente, por lo que puede interpretarse que las decisiones como la declaración de caducidad y otros mecanismos de extinción quedan en manos de la Secretaría de Energía.<sup>163</sup>

En lo que respecta a la Secretaría de Energía, debemos mencionar que mediante el artículo 37 de la ley 15.336 se delegaron en dicho órgano todas las funciones y atribuciones de gobierno, inspección y policía en materia de generación y asimismo le fue asignado el rol de asesorar al Poder Ejecutivo con relación al otorgamiento de las concesiones y autorizaciones para la utilización de las fuentes de energía eléctrica y para la instalación de centrales y redes de jurisdicción nacional.<sup>164</sup> Asimismo, muchas leyes sectoriales, especialmente en materia de generación de energía eléctrica y de hidrocarburos, atribuyen el carácter de autoridad de aplicación a la Secretaría de Energía, que actualmente se encuentra en la órbita del Ministerio de Economía.

La Secretaría de Energía es la encargada de elaborar y ejecutar las políticas energéticas nacionales. En ese sentido, debe tenerse presente que, a pesar de haberse eliminado, por los artículos 82 y 97 de la Ley 24.065,<sup>165</sup> los instrumentos de inversión pública que se destinaban al desarrollo de grandes obras hidroeléctricas (por ejemplo, la Ley 19.287 del Fondo de Grandes Obras Eléctricas<sup>166</sup> y los fondos específicos para el financiamiento de los aprovechamientos) la Secretaría de Energía dictó la Resolución 762/2009 que creó el Programa Nacional de Obras Hidroeléctricas.<sup>167</sup>

162. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Transferencia de Atribuciones al..., art. 1.

163. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Transferencia de Atribuciones al..., art. 3.

164. República Argentina, Ley de Energía y Combustible, art. 37.

165. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, arts. 82 y 97.

166. República Argentina, Ley de Creación del Fondo Nacional...

167. Secretaría de Energía, Resolución 762/2009, art. 1.

El Programa tiene el objetivo de incentivar y sostener la construcción de centrales hidroeléctricas en el país.<sup>168</sup> La Secretaría de Energía establece las condiciones y criterios bajo los cuales se calificarán las obras hidroeléctricas que formen parte del Programa. Esto se hace considerando principios económicos, equidad y beneficios para el sistema eléctrico en su conjunto.<sup>169</sup>

La resolución surge en el marco del Plan Energético Nacional para fomentar la infraestructura energética y asegurar un suministro adecuado de energía para el desarrollo económico del país. A tal fin, se habilita la realización de contratos de abastecimiento en el MEM entre la CAMMESA y los agentes generadores. Estos contratos tienen una vigencia máxima de quince años, con posibilidad de extensión y su objetivo principal es reparar las inversiones y el financiamiento utilizados en la construcción de las obras. También se crea el Grupo de Asesoramiento Técnico para Aprovechamiento Hidroeléctricos en la Secretaría de Energía, cuya función principal es asesorar en la gestión de los contratos y las obras.

El Decreto 1192/92 dispuso la constitución de la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima<sup>170</sup> y aprobó su estatuto social.<sup>171</sup> La sociedad carece de fines de lucro y su capital está dividido en cinco clases de acciones. Las acciones de la clase A pertenecen al Estado nacional y las B, C, D y E a los distintos agentes miembros del MEM agrupados en asociaciones civiles.<sup>172</sup> Las acciones de clase A y la presidencia de la sociedad están a cargo del titular de la Secretaría de Energía con derecho a veto en las decisiones del Directorio.

El artículo 3° del Estatuto Social establece el objeto de CAMMESA, destacándose amplias atribuciones, entre las que se encuentran ser el OED del SADI por lo que programa la operación, realiza el despacho y calcula los precios, tiene funciones de planificación y prospectiva, supervisión del

168. Secretaría de Energía, Resolución 762/2009, art. 1.

169. Secretaría de Energía, Resolución 762/2009, art. 5.

170. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1192/92, art. 1.

171. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1192/92, art. 2.

172. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1192/92, art. 3. Asociación de Generadores de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGEERA), la Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica de la República Argentina (ADEERA), la Asociación de Transportistas de Energía Eléctrica de la República Argentina (ATEERA) y la Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA).

mercado a término, ser agente comercializador de la importación y exportación de energía, funciones de consultoría y puede ser representante y mandatario de los distintos agentes del MEM. También funciona como *clearing house* o cámara de compensación de las operaciones que se realizan en el MEM.<sup>173</sup>

Expresamente dicho artículo deja establecido el principio de vinculación positiva para la compañía, al decir que puede llevar adelante todos los actos no prohibidos por las leyes asegurando, de este modo, una clara distinción con el sector público.

El artículo 8° del Decreto arriba mencionado establece la inaplicabilidad del Derecho Administrativo en el funcionamiento de la sociedad y expresamente dispone que no tendrá prerrogativas de Derecho Público en los contratos donde sea parte.<sup>174</sup>

Por otro lado, los artículos 10, 11 y 12 fijan el tratamiento fiscal de la sociedad, gozando la misma de varias exenciones,<sup>175</sup> y según el artículo 13 las actividades que hacen al cumplimiento del objeto social de la CAMMESA son de interés nacional.<sup>176</sup>

Abdala y Bastos han sostenido que es una sociedad anónima un tanto híbrida ya que es una empresa de gestión privada, pero con propósito público cuya estructura con participación de los agentes fue deliberadamente construida con el objetivo de que de ese modo sean institucionalizadas las influencias de los agentes del sector.<sup>177</sup> Es decir,

[...] es un poco como no tener que gastar más tiempo en *lobby*, no tener que gastar más tiempo en recorrer los pasillos viendo a amigos, porque ahora, los que pugnan van a estar sentados en su mesa de Directorio. Ahí van a haber consumidores que van a querer que la tarifa sea menor, distribuidores que van a querer que sea estable con mucha rentabilidad y generadores que van a querer una tarifa bien alta...<sup>178</sup>

173. CAMMESA, “Estatuto”, art. 1.

174. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1192/92, art. 8.

175. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1192/92, arts. 10, 11 y 12.

176. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1192/92, art. 13.

177. BASTOS & ABDALA, *La transformación del sector eléctrico argentino*, p 148.

178. BASTOS & ABDALA, *La transformación del sector eléctrico argentino*, p 149.

Sobre la naturaleza de CAMMESA, Nielsen Enemark sostuvo que, sin perjuicio del ropaje jurídico con que la Ley 24.065 instituyó al OED en un intento de dotarlo de independencia funcional y celeridad en la gestión, la realidad normativa subsiguiente impuso que CAMMESA se comporte como un ente autárquico con escasa independencia, siendo, en la práctica, un apéndice de la Secretaría de Energía.<sup>179</sup>

En ese sentido, se destaca la Resolución 2.022/2005 de la Secretaría de Energía que determinó que CAMMESA actuará de acuerdo con las "instrucciones regulatorias", a los "mandatos regulatorios" y a las "instrucciones por cuenta y orden" que les ordene la Secretaría de Energía.<sup>180</sup> Estas órdenes se distinguen unas de otras debido al destinatario que tuvieran. Esto llevó a CAMMESA a volverse un instrumento vital para la realización de políticas públicas en el sector eléctrico, siendo contraparte de la mayoría de los nuevos contratos de abastecimiento y la que centraliza la gestión de combustibles de todo el sistema.

## VIII. DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DEL CÁLCULO DE LA REGALÍA HIDROELÉCTRICA

El presente apartado tiene el objetivo de introducir al lector en la problemática de las regalías hidroeléctricas correspondientes a los aprovechamientos nacionales aquí analizados. A tal efecto, se revisarán las normas involucradas y los conflictos existentes sobre su cálculo.

El artículo 43 de la Ley 15.336 (modificada por la Ley 23.164 del 30 de septiembre de 1984) establece que las provincias en cuyos territorios se encuentren las fuentes hidroeléctricas percibirán mensualmente el 12 % del importe que resulte de aplicar a la energía vendida a los centros de consumo, la tarifa correspondiente a la venta en bloque determinada según los mecanismos establecidos en el artículo 39.<sup>181</sup> En el caso de que las fuentes hidroeléctricas se encuentren en ríos limítrofes entre provincias, o

179. NIELSEN ENEMARK, "La naturaleza jurídica de la compañía".

180. Secretaría de Energía, Resolución 2022/2005, art. 1.

181. El artículo 90 de la Ley 24.065 derogó varios artículos de la Ley 15.336, entre ellos el artículo 39, que fue incorporado por la Ley 23.164 y está referido en el texto actual del artículo 43 de la Ley 15.336.

que atraviesen a más de una de ellas, este porcentaje del 12 % se distribuirá equitativamente y racionalmente entre ellas.

Sobre este último asunto, se suscitó una controversia jurídica que originó dos teorías sobre la distribución de las regalías, la teoría de la “fuente” y la del “río”. La primera sostiene que solo tienen derecho a percibir la regalía las provincias en las que se encuentre la fuente hidroeléctrica, es decir el “salto aprovechable”. En cambio, la segunda afirma que todas las provincias ribereñas, río arriba y río abajo del aprovechamiento, deben percibir la regalía.

Actualmente, la discusión pareciera definida en favor de la teoría de la fuente. Así lo resolvió la CSJN en la causa “Chaco, Provincia del c/ Estado Nacional s/ acción declarativa”<sup>182</sup> de 2003 al sostener que desprende que

[...] el criterio utilizado en el Decreto 141/95 por el Poder Ejecutivo Nacional para distribuir las regalías, basado en la ubicación de las fuentes hidroeléctricas, se funda en una razonable interpretación reglamentaria del régimen federal en la materia toda vez que no altera sus fines y el sentido que le fue acordado por lo que la impugnación de la actora y de los litisconsortes que coadyuvan en su postura carece de fundamento.

La Procuración del Tesoro de la Nación adoptó el mismo criterio en un dictamen del 6 de julio de 2015 (PTN 294:059),<sup>183</sup> al reconocer el reclamo de la Provincia de Mendoza sobre el Decreto 1560/73, que establecía la teoría del río para el caso del aprovechamiento Los Nihuales, recomendando su sustitución.

El Decreto 1.398/92 aprobó la reglamentación de la Ley 24.065 y de los artículos 18 y 43 de la Ley 15.336.<sup>184</sup> Con relación a este último, se estableció que la base de cálculo de la regalía hidroeléctrica se calcula valorizando la energía generada con el precio Spot. Por su parte, el Decreto 287/93 incluyó en el artículo 33 la opción de las provincias de percibir las regalías en especie, y establece que el pago a estas deberá realizarse dentro del mismo plazo de pago que se define para las transacciones en el MEM.<sup>185</sup>

182. CSJN, “Chaco, Provincia del c/ Estado Nacional...”.

183. PTN, Dictamen 269:059.

184. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto Reglamentario de la Ley 24.065...

185. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Sociedades Hidroeléctricas, art. 33.

Luego, la Resolución 8/94 de la Secretaría de Energía precisó el procedimiento a aplicar para cumplir lo dispuesto en el Decreto 1.398/92, estableciendo que la cantidad de energía generada por la fuente hidroeléctrica, a los efectos del cálculo de la regalía será la energía neta teniendo en cuenta exclusivamente los consumos internos de la central generadora y que para determinar la base de cálculo de la regalía mensual deberá utilizarse el precio monómico de la energía producida por la fuente hidroeléctrica en el MEM que resulta de efectuar la sumatoria del monto resultante de valorizar la energía generada en el mes al precio horario sancionado en el MEM para el nodo correspondiente y del monto que le correspondería recibir por potencia puesta a disposición en el Mercado Spot durante el mes de comercializar toda la energía en ese mercado, procediendo a dividir tal sumatoria por la energía total generada en tal mes.<sup>186</sup>

Debe recordarse que, respecto de la citada Resolución 8/94, la CSJN sostuvo en “Hidroeléctrica Alicurá SA c/ Estado Nacional y otros”<sup>187</sup> de 2007 que es

[...] impropio el planteo de nulidad del art. 2 de la Resolución 8/94 de la Secretaría de Energía de la Nación, en tanto dispone que para establecer la base de cálculo de la regalía mensual deberá utilizarse el precio monómico de la energía producida por la fuente hidroeléctrica en el Mercado Eléctrico Mayorista para el nodo correspondiente y del monto que correspondiera recibir por potencia puesta a disposición en el mercado *spot*, pues la valorización de la energía a que alude el Decreto 1.398/92 (Adla, LII-C, 3077) admite también una interpretación compatible con la inclusión de la potencia en dicha base, ya que —entre otros factores— la energía generada se valoriza con la potencia puesta a disposición en el sistema.

Ahora bien, a partir de la Resolución 95/2013 de la Secretaría de Energía se implementó un nuevo esquema remuneratorio de la energía generada y la potencia ofertada por los agentes generadores, cogeneradores y

186. Secretaría de Energía Eléctrica, Resolución 8/94.

187. CSJN, “Hidroeléctrica Alicurá SA c/ Estado Nacional...”.

autogeneradores del MEM,<sup>188</sup> que sustituyó al régimen remuneratorio anterior, al que estaba referido el artículo 2 de la Resolución 8/94.<sup>189</sup>

En esas resoluciones se definieron conceptos a remunerar vinculados a la potencia y energía, se le asignaron precios variables según tecnología y escala, y se estableció la metodología de cálculo de la remuneración para cada uno de ellos. En lo que aquí nos interesa, el artículo 11 excluyó la base de cálculo de las regalías de los alcances de la norma,<sup>190</sup> cuestión que no era necesaria porque las regalías deben calcularse sobre la base de lo dispuesto en el Decreto 1.398/92<sup>191</sup> y la Resolución 8/94, que establecen como la base de cálculo al precio Spot en el nodo de la central hidroeléctrica.

La utilización del precio en el Mercado Spot para valorizar la energía y potencia generadas por la fuente hidroeléctrica para constituir la base de cálculo de las regalías era consistente con los paradigmas vigentes en el origen del MEM en la década de 1990. En esos años se entendía que el MEM evolucionaría completamente hacia un mercado a término, con contratos de abastecimiento con cantidades, precios y condiciones pactadas libremente entre las partes vendedoras y compradoras, cuya referencia sería el precio Spot.

La retribución horaria en el Mercado Spot estaba constituida por el costo marginal –la energía suministrada valorizada con el precio ofertado por la unidad marginal– y la remuneración por la potencia puesta a disposición, entendida como la anualidad del costo de reposición de las instalaciones. En caso de tener contratos con demandantes, los generadores percibían las sumas acordadas en ellos, y la energía remanente se le retribuía con el precio horario de la energía y potencia del Mercado Spot. Si la energía generada resultaba menor que la contratada, el generador debía adquirir el faltante en el Mercado Spot a efectos de cumplir lo establecido en el contrato.

La base de cálculo de las regalías hidroeléctricas era igual al ingreso del generador en concepto de energía y potencia, asumiendo que este vendía la totalidad de su producción en el Mercado Spot (la energía y potencia transadas en contratos también se valorizaban a precio Spot en la base de cálculo de las regalías).

188. Secretaría de Energía, Resolución 95/2013, art. 3.

189. Secretaría de Energía Eléctrica, Resolución 8/94, art. 8.

190. Secretaría de Energía, Resolución 95/2013, art. 11.

191. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto Reglamentario de la Ley 24.065...

Como se mencionó más arriba, a partir del dictado de la Resolución 95/2013 rige un nuevo esquema de remuneración a los generadores, que desvinculó la remuneración a los generadores de los precios que se sancionarían en el Mercado Spot, pero en su artículo 11 ratificó el procedimiento establecido en la Resolución 8/94 para el cálculo de las regalías hidroeléctricas, que continúan vinculadas a los precios del Mercado Spot que se comenzó a fijar administrativamente.

Hasta ese cambio de criterio, el valor de la base de cálculo de las regalías hidroeléctricas era similar a la suma de lo percibido por los generadores en concepto de potencia disponible y energía suministrada. La única discrepancia era la diferencia entre lo percibido por la venta de una fracción de la energía y potencia en el marco de los contratos y el monto resultante de aplicar a esa fracción los precios del Mercado Spot.

De acuerdo con lo expuesto, con el transcurso del tiempo, se ha producido un desacople entre los montos con los que se remunera a los agentes generadores obligados al pago de las regalías por la energía que producen y la base de cálculo de las regalías al no actualizarse el precio Spot, con la consecuente afectación de la regalía hidroeléctrica y el canon que deben pagar los generadores.

En virtud de la problemática antes descripta las provincias de Neuquén, Río Negro y Chubut iniciaron reclamos contra el Estado nacional por las diferencias de las regalías hidroeléctricas efectivamente percibidas y las que corresponden según sus estimaciones, más intereses.

## IX. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo repasamos la gran mayoría de las normas aplicables a los aprovechamientos hidroeléctricos nacionales y, como puede advertir el lector, existe una gran dispersión normativa y una alta complejidad en las distintas dimensiones que atraviesan su funcionamiento.

También vimos lo importante que es para el sistema eléctrico y para el desarrollo económico en general este tipo de tecnología en el contexto actual de transición energética, lucha contra el cambio climático y los conflictos geopolíticos.

El vencimiento del plazo de los contratos es la oportunidad perfecta para ordenar el marco jurídico aplicable a los aprovechamientos y adaptar la regulación existente a la actualidad, otorgando un horizonte seguro que

permita el desarrollo de las inversiones que se necesitan para renovar las instalaciones existentes y la construcción de nuevas infraestructuras. Al mismo tiempo pueden generarse los acuerdos políticos necesarios para armonizar las relaciones entre las distintas jurisdicciones del país.

Todo ello es independiente de si los aprovechamientos vuelven a ser administrados por el Estado o vuelven a concesionarse. Cualquiera sea el caso, los contratos de concesión deben adaptarse y deben sancionarse las normas regulatorias que permitan solucionar los conflictos existentes sobre manejo de aguas, seguridad de presas, canon y regalías que permitan un funcionamiento adecuado de los aprovechamientos.

En ese sentido será necesario en el nuevo esquema de concesiones que las provincias otorguen los permisos correspondientes para el uso del recurso hídrico, ya sea a través de la emisión de los actos administrativos correspondientes o suscribiendo los nuevos contratos de concesión que se celebren.

Con respecto a la propiedad de los aprovechamientos, que como vimos son establecimientos de utilidad nacional propiedad del Estado nacional, estamos ante la oportunidad de que las provincias que aún no forman parte del capital de las sociedades concesionarias puedan integrarse a ellas, ofertando por las acciones correspondientes y de ese modo no generar un menoscabo al resto de las provincias que, de alguna manera, también financiaron su construcción.

También será necesario establecer un nuevo régimen de regalías hidroeléctricas donde se garantice a las provincias que la base de cálculo de estas sea lo que efectivamente perciba la concesionaria de los aprovechamientos, dado que actualmente la base de cálculo se fue alejando de la remuneración que las sucesivas resoluciones asignaron a la energía generada y a la potencia disponible.

Por otro lado, la seguridad de las presas enfrenta desafíos importantes debido a la falta de regulación uniforme y la discrecionalidad en su aplicación. Por lo tanto, resulta de suma importancia el dictado de una ley que establezca un régimen federal de seguridad de presas que establezca los estándares mínimos de seguridad para todo el país.

Además, a pesar de existir distintos organismos a nivel federal, existe una falta de enfoque general en la gestión hídrica integral a nivel de cuencas. Por ello, resultaría conveniente fortalecer los espacios como el COHIFE para llevar adelante con eficacia los planes hídricos nacionales y disminuir los conflictos en el manejo de las aguas interjurisdiccionales. En

lo que respecta a la cuenca del Comahue, resulta necesario modificar los anexos de los contratos de conexión en lo importa al manejo de aguas, ya que el cambio climático alteró el comportamiento de los caudales de los ríos, volviendo más común los fenómenos extremos.

Sobre el destino de los aprovechamientos creemos que es correcto que estos vuelvan a ser administrados por el Estado nacional en asociación con los Estados provinciales, en línea con los principales complejos latinoamericanos. Al mismo tiempo deberían generarse los instrumentos financieros que permitan que los excedentes que genere la explotación de aquellos sean canalizados a la inversión en nueva infraestructura o en mejorar la existente.

El Poder Ejecutivo Nacional, en el proyecto de ley de presupuesto nacional para 2024, incorporó en el artículo 78, que la administración, operación y explotación de cada uno de los aprovechamientos hidroeléctricos otorgados oportunamente en concesión será asumida por una sociedad subsidiaria de ENARSA. El artículo nada dice de la participación de las provincias y tampoco se instruye a la celebración de nuevos contratos de concesión o la constitución de fondos que permitan nuevas inversiones, perdiéndose una oportunidad en ese sentido.

## BIBLIOGRAFÍA

- Agencia Internacional de la Energía (AIE), *Hydropower Special Market Report. Analysis and forecast to 2030*, URL <https://www.iea.org/reports/hydropower-special-market-report>, consultado el 22/08/2024.
- ARIAS RODRÍGUEZ, Carmen, “Lineamientos para el marco jurídico de integración hidroeléctrica del Mercosur” en *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, N.º 26, 10/2020, pp. 141-256.
- Autoridad Interjurisdiccional de Cuencas (AIC), *Estatuto de la Autoridad Interjurisdiccional de las cuencas de los ríos Limay, Neuquén y Negro*, URL <http://www.aic.gov.ar/sitio/estatico/estatuto.pdf>, consultado el 22/08/2024.
- BASTOS, Carlos M. & ABDALA, Manuel Á., *La transformación del sector eléctrico argentino*, Editorial Antártica SA, 1993, Santiago de Chile.
- BELKAID, Akram, “La revolución de los hidrocarburos” en *Le Monde Diplomatique*, N.º 274, 04/2022, URL <https://www.eldiplo.org/274-la-nueva-amenaza-nuclear/revolucion-en-los-hidrocarburos/>, consultado el 20/08/2024.

- BIDART CAMPOS, Germán J., *Jurisdicción federal y jurisdicción provincial en materia electroenergética*, Asociación del Personal Jerárquico DEBA, 1974, La Plata.
- BUTELER, Alfonso, “Régimen de aguas en la República Argentina” en *Revista de Derecho Ambiental*, N.º 61, 03/2020, pp. 251-269.
- Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima (CAMESA), “Estatuto”, URL <https://cammesaweb.cammesa.com/empresa/>, consultado el 01/09/2024.
- , “Informe anual 2021”, 05/2022, URL <https://cammesaweb.cammesa.com/informe-anual/>, consultado el 20/08/2024.
- Consejo Hídrico Federal (Cohife), *Documentos fundacionales*, URL <https://www.cohife.org.ar/documentos-fundacionales/>, consultado el 22/08/2024.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental”, 21/12/2016, *Fallos*: 339:1732.
- , “Hidronor SA Hidroeléctrica Norpatagónica c/ Provincia del Neuquén”, 04/12/1980, *Fallos*: 302:1461.
- , “Bazán, Fernando s/ amenazas”, 04/04/2019, *Fallos* 342:509.
- , “Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo —derivación de aguas—”, 03/12/2019, *Fallos*: 342:2136.
- , “Central Puerto SA c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 06/05/2021, *Fallos*: 344:936.
- , “Chaco, Provincia del c/ Estado Nacional s/ acción declarativa”, 16/09/2003, *Fallos*: 326:3521.
- , “Chevron San Jorge SRL c/Neuquén, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (regalías sobre gas)”, 01/11/2011, *Fallos* 334:1162.
- , “Fundación Banco de Bosques para el manejo sustentable de los recursos naturales c/ Santa Cruz, Provincia de s/ medida cautelar”, 21/12/2016.
- , “Hidroeléctrica Alicurá SA c./ Estado Nacional y otros”, 3/07/2007, *Nro. Interno: H191XXXI*.
- , “Hidroeléctrica Tucumán S.A. c/ Estado Nacional y Provincia de Tucumán s/ daños y perjuicios”, 07/06/2005, *Nro. Interno H. 61. XXXVI*.
- , “Marconetti, Boglione y Cía c/ Municipalidad de Santa Fe”, 29/05/1929, *Fallos* 154:312.
- , “Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional Ministerio de Desarrollo Social Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) s/ impugnación

- de actos administrativos y acción declarativa de certeza”, 11/09/2018, *Fallos*: 341:1148.
- , “YPF c/ provincia de Mendoza y Mina Cacheuta SRL s/ nulidad de concesión minera”, 03/05/1979, *Fallos* 301:341.
- DE LA COLINA, Elisa B., “Conflictos jurisdiccionales en la regulación de servicios públicos (con especial referencia al sistema regulatorio eléctrico)”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXV, N.º 303, 12/2003, pp. 19-38.
- Energía para el Futuro, blog del Banco Interamericano de Desarrollo, “La generación hidroeléctrica y la transición energética de América Latina y el Caribe”, ALARCÓN, Arturo, 13/02/2023, URL <https://blogs.iadb.org/energia/es/la-generacion-hidroelectrica-y-la-transicion-energetica-de-america-latina-y-el-caribe/>, consultado el 21/08/2024.
- Ente Nacional Regulador de la Electricidad, “Anexo 17: ingreso de nuevos agentes al mercado eléctrico mayorista”, URL <https://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/58d19f48e1cdebd503256759004e862f/50f829799c23b1fa03256930006f51be?OpenDocument>, consultado el 01/09/2024.
- GARRIDA FALLA, Fernando, “Efectos económicos de la caducidad de las concesiones administrativas” en *Revista de administración pública*, N.º 45, 1964, pp. 231-244.
- GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, La Ley, 2001, actualizado por QUIROGA LAVIÉ, Humberto.
- Honorable Cámara de Diputados de la Nación, “Debate Parlamentario de la Ley 15.336”, URL [https://www2.hcdn.gob.ar/secparl/dgral\\_info\\_parlamentaria/dip/debates/leyes\\_10001\\_20000.html](https://www2.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_10001_20000.html), consultado el 01/09/2024.
- JUNCAL, Sebastián M., “La regulación y el control de la seguridad de presas en la Argentina”, en *Estado Abierto. Revista sobre el Estado, la administración y las políticas públicas*, Vol. 3, N.º 2, diciembre 2018 – marzo 2019, pp. 117-151.
- LÍBER, Martín & JUSTO, Juan, “Aguas interjurisdiccionales en la Corte Suprema argentina. Escenario e interrogantes (parte II)” en *Diario Administrativo*, *Diario DPI*, N.º 297, 28/10/2020, URL <https://dpcuatico.com/sitio/wp-content/uploads/2020/10/Doctrina-Administrativo-28-10-20.-Mart%C3%ADn-y-Justo-Parte-II.pdf>, consultado el 22/08/2024.
- LÍBER, Martín, “Títulos, competencias y regalías por generación hidroeléctrica en el régimen federal argentino” en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXXII, N.º 384, 2010, pp. 21-46.

- MALINOW, Guillermo V., *Potencial y desarrollo hidroeléctrico argentino*, Instituto Argentino de la Energía, 2013, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- MANILI, Pablo L., *Establecimientos de utilidad nacional, Artículo 75 inc. 30 de la Constitución Nacional*, Editorial Universidad, 2004, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Ministerio de Energía y Minería de la Nación, Resolución 281/2017, 18/08/2017, *BORA 22/08/2017*.
- NIELSEN ENEMARK, Carlos, "La naturaleza jurídica de la compañía administradora del Mercado Eléctrico Mayorista (CAMMESA)", en *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, N.º 10, agosto-octubre 2016, pp. 163-179.
- Organismo Regulador de Seguridad de Presas (ORSEP), *Inventario de Presas Argentinas*, 2020, URL <https://drive.google.com/file/d/1Pi0AIAiBjFMTXD9SmtZfOXhPwQX30RD2/view>, consultado el 21/08/2024.
- , *Registro de Presas Fiscalizadas*, URL <https://www.argentina.gob.ar/orsep/registro-de-presas-fiscalizadas>, consultado el 21/08/2024.
- Poder Ejecutivo Nacional, Decreto N.º 3.967/47, 05/03/1947.
- , Decreto 3.907/77 de Transformación de Agua y Energía Eléctrica, 28/12/1977, *BORA 03/01/1978*.
- , Decreto 258/80, 31/01/1980, *BORA 13/02/1980*
- , Decreto 634/91 de Reconversión del Sector Eléctrico, 12/04/1991, *BORA 17/04/1991*.
- , Decreto 856/91 de Modificación del Decreto 634/91, 02/05/1991, *BORA 09/05/1991*.
- , Decreto 1.192/92 de Constitución de la Sociedad Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima (CAMMESA), 10/07/1992, *BORA 21/07/1992*.
- , Decreto 1.398/92 Reglamentario de la Ley 24.065 y la Ley 15.336 sobre el Régimen de la Energía Eléctrica, 6/08/1992, *BORA 11/08/1992*.
- , Decreto 287/93 de Constitución de Sociedades Hidroeléctricas, 22/02/1993, *BORA 10/03/1993*.
- , Decreto 408/93, 12/03/1993, *BORA 16/03/1993*.
- , Decreto 1.661/93, 09/08/1993, *BORA 12/08/1993*.
- , Decreto 2.259/93 de Ratificación de un acta entre el Estado Nacional y Mendoza sobre la Privatización de Los Nihuales, 27/10/1993, *BORA 16/11/1993*.
- , Decreto 2.665/93, 28/12/1993, *BORA 31/12/1993*.

- , Decreto 369/94 de Constitución de Hidroeléctrica Ameghino Sociedad Anónima, 10/03/1994, *BORA 16/03/1994*.
- , Decreto 1.394/94, 11/08/1994, *BORA 18/08/1994*.
- , Decreto 1.694/94 de Transmisión de Acciones de Hidroeléctrica Diamante Sociedad Anónima a Inversora Diamante Sociedad Anónima, 23/09/1994, *BORA 06/10/1994*.
- , Decreto 1.807/94 de Constitución de Futaleufú Sociedad Anónima, 13/10/1994, *BORA 20/10/1994*.
- , Decreto 1.903/94, 27/10/1994, *BORA 02/11/1994*.
- , Decreto 2.219/94 de Transmisión de Acciones de Hidroeléctrica Rio Hondo Sociedad Anónima, 15/12/1994, *BORA 22/12/1994*.
- , Decreto 463/95, 12/09/1995, *BORA 18/09/1995*.
- , Decreto 570/96 de Transferencia de Atribuciones al Ente Nacional Regulador de la Electricidad, 30/05/1996, *BORA 04/06/1996*.
- , Decreto 657/96, 24/06/1996, *BORA 26/06/1996*.
- , Decreto 616/97 de Comercialización de Energía Eléctrica, 07/07/1997, *BORA 14/07/1997*.
- , Decreto 239/99 de Creación del Organismo Regulador de Seguridad de Presas, 17/03/1999, *BORA 23/03/1999*.
- , Decreto 882/17, 31/10/2017, *BORA 01/11/2017*.
- , Decreto de Necesidad y Urgencia 389/2021, 10/07/2023, *BORA 11/07/2023*.
- POCHAT, Víctor, *Entidades de gestión del agua a nivel de cuencas: experiencia de Argentina*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Organización de las Naciones Unidas, 2005, Santiago de Chile, URL <https://archivo.cepal.org/pdfs/Waterguide/LC12375S.PDF>, consultado el 21/08/2024.
- Procuración del Tesoro de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Dictamen 294:059, 06/07/2015.
- RADOVICH, Juan C., BALAZOTE, Alejandro & PICCININI, Daniel, "Desarrollo de represas hidroeléctricas en la Argentina de la Posconvertibilidad", en *Avá, Revista de Antropología*, N.º 21, 06/2012, pp. 1-19, URL <https://www.ava.unam.edu.ar/imagenes/21/pdf/n21a02.pdf>, consultado el 22/08/2024.
- República Argentina, Código Civil, Ley 340, 29/09/1869.
- , Código Civil y Comercial de la Nación.
- , Constitución Nacional.
- , Ley 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto según texto ordenado por el Decreto N.º 740/2014, 21/05/2014, *BORA 23/05/2014*.

- , Ley 13.213 de Aprobación del Convenio Internacional del Aprovechamiento del Salto Grande, 12/07/1948, *BORA 16/07/1948*.
- , Ley 15.336 de Energía y Combustible, 20/09/1960, *BORA 22/09/1960*.
- , Ley 17.004 de Energía y Combustibles, 31/10/1966, *BORA 8/11/1966*.
- , Ley 17.318 de Régimen de Sociedades Anónimas en las que el Estado es parte mayoritaria, 19/06/1967, *BORA 27/06/1967*.
- , Ley 18.586 de Organismos Nacionales, 26/02/1970, *BORA 26/02/1970*.
- , Ley 19.199, 30/08/1971, *BORA 31/08/1971*.
- , Ley 19.287 de Creación del Fondo Nacional de Grandes Obras Eléctricas, 05/10/1971, *BORA 14/10/1971*.
- , Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, 03/04/1972, *BORA 25/04/1972*.
- , Ley 20.646 Aprobación del Tratado de Yacyretá suscripto con la República del Paraguay, 22/02/1974, *BORA 26/03/1974*.
- , Ley 23.164 de modificación del artículo 43 de la Ley 15.336, 23/10/1984, *BORA 06/11/1984*.
- , Ley 23.411 de Declaración de interés nacional de los estudios, proyectos, trabajos y obras correspondientes al Complejo Hidroeléctrico Limay Medio, 01/10/1986, *BORA 30/01/1987*.
- , Ley 23.696 de Reforma del Estado, 18/08/1989, *BORA 23/08/1989*.
- , Ley 23.879 de Consecuencias Ambientales de las Obras Hidráulicas, 28/09/1990, *BORA 01/11/1990*.
- , Ley 23.968 de Espacios Marítimos, 14/08/1991, *BORA 05/12/1991*.
- , Ley 24.065 del Régimen de la Energía Eléctrica 25/02/1992, *BORA 16/01/1992*.
- , Ley 24.543, 13/09/1995, *BORA 25/10/1995*.
- , Ley 25.688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, 28/11/2002, *BORA 3/01/2003*.
- , Ley 25.943 de Creación de Energía Argentina Sociedad Anónima, 20/10/2004, *BORA 03/11/2004*.
- , Ley 26.190 de Energía Eléctrica, 27/12/2006, *BORA 02/01/2007*.
- , Ley 26.438 de Constitución del Consejo Hídrico Federal, 03/12/2009, *BORA 15/01/2009*.
- , "Ley de Glaciares", Ley 26.639 de Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial, 30/09/2010, *BORA 28/10/2010*.

- ROSELLI, Olga, “La privatización de Hidronor”, ponencia en la mesa de *Resistencias al proceso de embate neoliberal en Argentina abordados desde la historia oral* de las XII Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia, Facultad de Humanidades y Centro Regional Universitario Bariloche, Universidad Nacional del Comahue, San Carlos de Bariloche, 28 al 31 de octubre de 2009, URL <https://cdsa.academica.org/000-008/1235>, consultado el 22/08/2024.
- SACRISTÁN, Estela B., “Algunas reflexiones sobre los recursos naturales en la Constitución Nacional”, en GELLI, María A. (directora), *A 25 años de la reforma constitucional, Suplemento Especial*, La Ley, 2019, pp. 373-393, URL [https://www.estelasacristan.com.ar/publicaciones/2019 %20Algunas %20reflexiones %20sobre %20los %20recursos %20naturales %20en %20la %20CN.pdf](https://www.estelasacristan.com.ar/publicaciones/2019%20Algunas%20reflexiones%20sobre%20los%20recursos%20naturales%20en%20la%20CN.pdf), consultado el 22/08/2024.
- SEBASTIANO RAMBEAUD, María J., “La necesidad de una ‘ley corta’ en materia de concesiones hidroeléctricas”, en *La Ley*, TR LALEY AR/DOC/9953/2012.
- Secretaría de Energía, Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación, Resolución 475/87, 04/09/1987.
- , Resolución 718/87, 29/12/1987.
- Secretaría de Energía Eléctrica, Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación, Resolución 61/92 de Organización del Sistema Físico del Mercado Eléctrico Mayorista, 29/04/1992, *BORA 13/05/1992*.
- , Resolución 137/92 de Reglamentación del Sistema de Transporte de Energía Eléctrica, 30/11/1992, *BORA 15/01/1993*.
- , Resolución 8/94, 10/01/1994, *BORA 20/01/1994*.
- , Resolución 888/94, 25/07/1994, *BORA 29/09/1994*.
- Secretaría de Energía, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación, Resolución 2.022/2005, 22/12/2005, *BORA 28/12/2005*.
- , Resolución 762/2009, 05/11/2009, *BORA 11/11/2009*.
- , Resolución 95/2013, 22/03/2013, *BORA 26/03/2013*.
- , Resolución 529/2014, 20/05/2014, *BORA 23/05/2014*.
- Secretaría de Energía, Ministerio de Economía de la Nación, Resolución 13/2022, 14/01/2022, *BORA 19/01/2022*.
- , Resolución 130/2022, 08/03/2022, *BORA 10/03/2022*.
- , Resolución 574/2023, 10/07/2023, *BORA 11/07/2023*.
- Secretaría de Energía, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación, *Pequeños aprovechamientos*

*hidroeléctricos. Energías renovables*, 2008, URL [https://aulavirtual.fio.unam.edu.ar/pluginfile.php/286702/mod\\_resource/content/1/Libro\\_peque%C3%B1os%20aprovechamientos%20hidroel%C3%A9ctricos%20%28PAH%29.pdf](https://aulavirtual.fio.unam.edu.ar/pluginfile.php/286702/mod_resource/content/1/Libro_peque%C3%B1os%20aprovechamientos%20hidroel%C3%A9ctricos%20%28PAH%29.pdf), consultado el 22/08/2024.

Secretaría de Estado de Planificación y Acción para el Desarrollo de Neuquén (COPADE), *Concesiones hidroeléctricas. Aportes al debate político y jurídico. A propósito de la finalización de las concesiones*, 2022, URL <https://www.copade.gob.ar/wp-content/uploads/2022/07/CONCESIONES-HIDROELECTRICAS.pdf>, consultado el 22/08/2024.

WALSH, Juan R. “El caso de las represas hidroeléctricas sobre el río Santa Cruz en la Patagonia austral: una compleja convergencia de agendas jurídicas, ambientales, energéticas y diplomáticas frente a la justicia” en *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, N.º 18, agosto-octubre de 2018, pp. 153-180.

**CONCURSO DE ENSAYOS BREVES SOBRE DESAFÍOS  
ACTUALES EN MATERIA DE PROCESOS ELECTORALES**



## **DEL SUFRAGISMO A LA PARIDAD: UN RECORRIDO A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA\***

JUAN IGNACIO JUVÉ\*\*

**Resumen:** El presente ensayo sigue la evolución de la participación política de las mujeres en la Argentina a partir de las modificaciones legislativas y de la jurisprudencia que acompañó dicho proceso.

Desde 1911, cuando Julieta Lanteri vota por primera vez, las mujeres debieron recorrer un dificultoso camino en defensa de sus derechos políticos. Para esto fue necesario la sanción de varias leyes que ayudaron a incorporar a las mujeres a un ámbito del que históricamente habían sido excluidas.

Este desarrollo ha sido acompañado por resoluciones judiciales que han tenido que interpretar la legislación, habilitando o restringiendo la participación política de las mujeres.

**Palabras clave:** mujeres — participación política — acciones afirmativas — paridad de género —jurisprudencia.

**Abstract:** This essay follows the evolution of women’s political participation in Argentina based on the legislative modifications and jurisprudence that accompanied this process.

Since 1911, when Julieta Lanteri voted for the first time, women had to follow a difficult path in defense of their political rights. This required the enacting of several laws that helped incorporate women into a field from which they had historically been excluded.

This development has been accompanied by judicial resolutions that have had to interpret the legislation, enabling, or restricting the political participation of women.

\* Recepción del original: 19/01/2024. Aceptación: 29/02/2024.

\*\* A mis familiares, amigos y amigas, por apoyarme siempre y hacerme mejor persona. A Laura Pautassi por sus enseñanzas, sin las cuales este trabajo no existiría.

**Keywords:** women —political participation — affirmative actions — gender parity law — precedents.

## I. INTRODUCCIÓN

Las mujeres fueron históricamente excluidas de la política, ellas tenían asignada la esfera de lo doméstico, el lugar de la crianza de los hijos y de asegurar las condiciones básicas para que los varones puedan acceder al espacio público. La división de la vida en estas dos esferas las condenó a un lugar secundario. Si bien la Revolución Francesa abrió las puertas de la política a un amplio número de personas, las mujeres quedaron fuera de ese proceso. Pese a ello hubo voces que cuestionaron esta exclusión, notable es el caso de la Declaración de Derechos de la Mujer y la Ciudadana, de Olympe de Gouges, la cual viene a reparar el “olvido” de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano que había omitido notablemente a la mitad de la población. En ese texto prematuro ya está presente el reclamo por la igualdad en los derechos políticos que recientemente estaban empezando a gozar un grupo mayor de varones.

Durante el siglo XIX se consolidaron y difundieron los derechos civiles y políticos, pero solo para los varones, las mujeres fueron mantenidas al margen. Por eso va a surgir una segunda ola feminista, el movimiento sufragista que fue especialmente importante en los países anglosajones. Si bien las reivindicaciones de esta ola fueron más amplias que el derecho al voto, ya que se reclamaba también el derecho a la propiedad, a la educación, el acceso a las profesiones liberales, entre otras cosas,<sup>1</sup> la cuestión de los derechos políticos fue la que vertebró el movimiento.

En América Latina el feminismo se demoró un poco más, fue durante principios del siglo XX que surgieron movimientos en esta parte del globo.<sup>2</sup> En la Argentina, sin lugar a duda, Julieta Lanteri fue una figura clave en la lucha por los derechos políticos de las mujeres. Mediante una decisión judicial de 1911 se le autorizó a votar, y fue la primera mujer del país en poder ejercer este derecho.

1. COBO BEDIA, *Aproximaciones a la teoría crítica feminista*, p. 19.

2. BARRANCOS, *Los feminismos en América Latina*, p. 43.

El presente ensayo busca hacer un recorrido histórico por distintos momentos clave vinculados a la participación de las mujeres en la esfera política argentina, poniendo el foco en las reformas legislativas en la materia por un lado y, por otro, en varios fallos que tuvieron que abordar la interpretación de estas normas. Fue gracias a una sentencia judicial que una mujer pudo sufragar por vez primera en la historia del país; en los años posteriores, gracias al fundamental impulso de legisladoras de diversos espacios políticos,<sup>3</sup> se sancionaron leyes clave para el fomento y la consolidación de la participación femenina, lo que en la mayoría de los casos fue acompañado por la jurisprudencia.

## II. JULIETA LANTERI, HACIENDO CAMINO AL ANDAR

En 1911, cuando Lanteri pudo votar por primera vez, los requisitos eran tener ciudadanía, ser mayor de edad, ejercer una profesión y saber leer y escribir, pero al año siguiente con la sanción de la Ley Sáenz Peña se agrega el requisito de tener libreta de enrolamiento,<sup>4</sup> paradójicamente la ley base de la democracia argentina dio por tierra la posibilidad de votar a la única mujer que había sufragado hasta ese momento. Por este motivo, en 1927 ella pide judicialmente poder enrolarse, lo que fue denegado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en 1929.

“La Constitución expresa ciudadanos, es decir, hombres y no cabe sostener que ese concepto tan nítido, necesite ser interpretado en el sentido que comprende también a las mujeres”.<sup>5</sup> Esta cita pertenece a Julio Mello, fiscal que intervino ante la CSJN en el fallo que culmina el proceso que inició en 1927 Julieta Lanteri. A la luz de la actualidad en la que se debate la importancia de incluir en el lenguaje a las mujeres y otras identidades, la frase emitida en la década de 1920 parece dar la razón a aquellos que cuestionan que el plural en masculino incluya todas las identidades.

Es interesante señalar que los jueces de la Corte a pesar de que aceptan que no hay una prohibición expresa en el ordenamiento jurídico sobre la

3. LOZANO, “Debate, transversalidad y sanción de la ley de paridad”, pp. 379 y 387.

4. CASAS, “Constitución y género. La exigencia igualitaria de una...”, p 281.

5. CSJN, “Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta”, p. 286.

posibilidad de las mujeres de enrolarse, entienden que hay motivos que no tienen que ver con lo puramente legal y resuelven en función de eso:

Que si bien es exacto, como se afirma, que ninguna ley prohíbe en términos expresos la inscripción de una mujer ciudadana en los registros de enrolamiento, no es menos cierto que, por obvios fundamentos de todo orden, esta evidentemente exenta y aún excluida de ese deber.<sup>6</sup>

Lo interesante aquí es ver cómo operan los símbolos y mitos como elementos del género, este entendido como una simbolización de la diferencia sexual,<sup>7</sup> que terminan siendo los que definen la solución del caso más que lo que dice la propia ley. Pese a que las mujeres claramente pueden portar un arma e incluso muchas veces lo han hecho para defender sus ideas o su patria, es inaceptable para los jueces que sean parte de la Fuerzas Armadas, al punto que puede dejarse de lado aquel viejo principio que dice que aquello que no está prohibido está permitido. En este sentido, Alicia Ruiz dice que el derecho es mucho más amplio que las palabras de la ley, de manera que en este también están involucrados mitos, rituales y creencias. De esta manera la autora señala que la elección de una solución a un caso “es la manifestación [...] de una cierta concepción y valoración de las relaciones sociales existentes y de la vocación para mantenerlas o transformarlas”.<sup>8</sup>

### III. LEY DE CUPO

Durante el siglo XX, las mujeres lograron acceder al sufragio en la mayoría del globo, en los países anglosajones se produjeron los primeros avances (primero Nueva Zelanda y Australia, luego Reino Unido en 1918 y, en 1920, la decimonovena enmienda de Estados Unidos), en la Argentina las mujeres debieron esperar un poco más para la sanción, en 1947, de la ley de voto femenino (Ley 13.010), aunque a nivel subnacional San Juan

6. CSJN, “Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta”, p. 290.

7. LAMAS, *Cuerpo: diferencia sexual y de género...*, p. 96.

8. RUIZ, *Teoría crítica del Derecho y cuestiones de género*, p. 21.

fue adelantada en la materia ya que consagró ese derecho en la reforma de la Constitución provincial en 1927 de la mano del bloquismo.<sup>9</sup>

Si bien durante los años posteriores a la sanción de la Ley 13.010 la participación femenina en la Cámara de Diputados de la Nación se mantuvo cerca del 15 % debido a la presencia de una rama femenina, una vez derrocado Perón esta proporción se mantuvo durante años muy por debajo.<sup>10</sup> De esta forma, llegada la década de 1990 la participación femenina rondaba solamente un 5 % en la Cámara baja y un 6 % en la Cámara alta.<sup>11</sup> En este contexto la Argentina se vuelve pionera en la implementación de medidas de acción afirmativa mediante la sanción en 1991 de la Ley 24.012 de cupo femenino. Esta norma establecía que en las listas de candidatos y candidatas se debía incluir por lo menos un 30 % de mujeres, con posterioridad se complementa con el Decreto 379/93 y con el Decreto 1.246/00. Los efectos de la entrada en vigor de esta ley fueron notables, la participación femenina en la Cámara baja pasó de ubicarse del 5 % a un 14 % en el periodo 1993-1995 y a un 27 % en el periodo 1995-1997. Similar incremento puede registrarse en el Senado desde 2001 cuando se implementó el cupo.<sup>12</sup>

Tal como señala Rodríguez Gustá las acciones afirmativas "son procedimientos que procuran garantizar la representación de grupos cuyos atributos adscriptos están socialmente desvalorados",<sup>13</sup> esa baja valoración tiene como resultado la poca participación en espacios jerárquicos. Estas acciones se encuentran previstas tanto en el artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación hacia la Mujer (CEDAW) como en el 75 inc. 23 de la Constitución Nacional.

En este contexto, un caso interesante es el de Ciudad Futura, partido oriundo de Rosario que en las elecciones legislativas de 2017, presentó para las elecciones de diputados y diputadas nacionales por la Provincia de Santa Fe una lista compuesta plenamente por precandidatas mujeres que fue rechazada por la primera instancia, la cual ordenó la incorporación de varones a esta. El representante de Ciudad Futura apeló y la Cámara Nacional Electoral (CNE) finalmente resolvió en su contra con una disidencia.

9. DE PRIVITELIO, "Los límites de la abstracción: individuo, sociedad y...", p. 60.

10. ALLES, "Efectos del sistema electoral sobre la representación de mujeres...", p. 314.

11. CAMINOTTI, "La representación política de las mujeres en el período...", p. 332.

12. RODRÍGUEZ GUSTÁ & CAMINOTTI, "Políticas públicas de...", pp. 91-92.

13. RODRÍGUEZ GUSTÁ, "Las políticas sensibles al género: variedades...", p. 111.

Los argumentos articulados por la CNE consisten en que, si bien reconocen que la Ley 24.012 fue establecida para el resguardo de los derechos de las mujeres, esto no implica que esa protección sea realizada en detrimento de los derechos de los varones. Para esto remite a jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, a lo que es importante señalar que la ley española de igualdad de 2007, en su texto refiere a un 40 % mínimo de ambos géneros,<sup>14</sup> y no como a la Ley 24.012, que refiere al cupo solo de mujeres, de manera que la referencia a la jurisprudencia española no es adecuada para el presente caso.

Además, la Cámara señala que el mandato del artículo 37 y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional no debe interpretarse de manera aislada, sino teniendo en cuenta todo el ordenamiento, analizándolo como un conjunto armónico. Lo que lleva al voto de la mayoría a decir que cuando el artículo 37 de la Constitución refiere a la igualdad entre varones y mujeres:

Con esa expresión no se refirió solo a la mujer sino a los representantes de los dos géneros, y mal puede, en la consecución del objetivo o finalidad de resguardar la representación igualitaria, conceder como válida y razonable la conformación de una lista solo integrada por personas de un mismo género...<sup>15</sup>

Así la CNE, que desde su creación en 1962 solo estuvo compuesta por varones,<sup>16</sup> desvirtúa la idea esencial de la aplicación de acciones afirmativas, que se basan en la existencia de una desigualdad estructural que perjudica a las mujeres, por lo que la protección no está pensada para los varones, que como venimos exponiendo, no padecieron los mismos obstáculos para participar de la política que tuvieron que sobrellevar las mujeres.

Luego la Cámara sostiene que la reforma constitucional de 1994 implica el paso de la *democracia representativa* a formas de *democracia participativa*, esta estaría signada por la incorporación de institutos tales como la consulta popular o la iniciativa legislativa, así como la ley de cupo femenino y la que baja la edad para poder ejercer el sufragio, lo que aspira a la igualdad real y a mejorar la *democracia representativa*, ampliando los

14. Reino de España, "Ley para la igualdad efectiva...".

15. CNE, "Ciudad Futura", considerando 5.

16. GHERARDI, *Sexo y Poder*, p. 16.

espacios de participación.<sup>17</sup> Pero la *democracia participativa* se opone a la *democracia radical o inclusiva* a la que refiere la CNE citando doctrina: "Aquí se trata de reservar cuotas de representación a favor de grupos determinados por su condición, normalmente étnica" luego continúa "una pseudodemocracia que rompe la regla del *demos* integrado por ciudadanos libres e iguales".<sup>18</sup> En este punto lo que los jueces están perdiendo de vista es que el *demos* realmente no está conformado por ciudadanos libres e iguales, esto es una abstracción de la teoría política. Precisamente las acciones afirmativas focalizan en que más allá de la igualdad formal, existe el problema de la igualdad real, es que en la práctica más allá que no existan impedimentos legales, se puede ver en diversos ámbitos que las mujeres cuentan con importantes dificultades. Es en este sentido que Iris Young plantea el concepto de *ciudadanía diferenciada*, que partiendo de la crítica a la *ciudadanía universal* que tiende a ocultar las desigualdades y jerarquías que hay dentro de la sociedad,<sup>19</sup> contemplaría derechos específicos para grupos que padecen diversas exclusiones.

La Ley 24.012 establecía en su texto un cupo del 30 % solo para mujeres, no afirmaba que este cupo sea también para los varones. Esto no sorprende, porque tal como dijimos anteriormente, nunca fue un problema la participación de los varones, sino que este tipo de políticas fueron necesarias para abrir más espacio a las mujeres. A nivel provincial con el tiempo se fueron sancionando leyes de cupo en imitación a la ley nacional; en algunos casos la técnica legislativa estableció un cupo para ambos géneros, como la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el artículo 36.<sup>20</sup>

Por este motivo, está fuera de duda que una lista partidaria compuesta solo por mujeres contradeciría la norma de la CABA (en ese momento, antes de la entrada en vigor de la paridad), pero no es el caso de la legislación puesta bajo análisis en este fallo. De la misma forma que se hizo antes con el fallo de 1929, los jueces reescriben las normas, en este caso equiparando lo desigual:

17. CNE, "Ciudad Futura", considerando 8.

18. PENDÁS GARCÍA, "Democracia..." p. 253, citado en "Ciudad Futura", considerando 8.

19. YOUNG, "Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of..." p. 262.

20. También en Entre Ríos desde 2022, la ley electoral 10.012 establecía un 25 % mínimo de candidatos por sexo. Posteriormente, con la sanción del Código Electoral de CABA (ley 6.031, artículo 73) en 2018, y con la ley entrerriana 10.844, ambas jurisdicciones incorporaron la paridad de género.

[...] que la posibilidad de integración de listas de precandidatos o candidatos de un mismo género no se encuentre expresamente prohibidos [...], no autoriza a concluir que ello esté permitido...<sup>21</sup>

Este fallo cuenta con la notable disidencia de Santiago Corcuera, quien remarca la importancia de las acciones afirmativas para intentar lograr una igualdad material y el compromiso de Argentina al ser firmante de la CEDAW de adoptar este tipo de medidas. En primer término, se sostiene la importancia de interpretar la ley tal cual su texto y entiende que en este caso la ley es explícita y clara. Para él no hay contradicción con la Constitución Nacional, en la medida que esta legislación apunta claramente a superar la desigualdad que hay en la sociedad. De esta manera señala que ese marco normativo no se puede aplicar a otros grupos distintos al expresamente previsto y que no se encuentra en inferioridad, por lo que “[...] las referidas acciones afirmativas pueden aplicarse al género masculino, importaría burlar el espíritu y la finalidad de las normas que rigen la participación femenina [...]”.<sup>22</sup>

El caso llegó a la CSJN que no se expidió debido a que el planteamiento había devenido abstracto porque el partido Ciudad Futura no logró alcanzar el límite de un 3 % que establece el sistema electoral.<sup>23</sup>

Ese mismo año la Cámara dicta otro fallo vinculado a la Ley 24.012, pero en este caso el accionante solicita que el cupo se aplique también a los órganos de dirección interna del partido político al que está afiliado.<sup>24</sup>

En concreto, la Junta Directiva Nacional de Unión Popular estaba conformada por un total de catorce miembros, contaba solo con tres mujeres, mientras que por la legislación (la Ley 23.298 artículo 3 inc. b modificada por la Ley 24.012) debía tener por lo menos cinco.<sup>25</sup> Se plantean varias cuestiones a resolver previamente, en un primer lugar la apoderada del partido político exige que antes se debe agotar la vía partidaria interna y en segundo lugar se señala que el planteo del actor resulta ser extemporáneo.

21. CNE, “Ciudad Futura”, considerando 12.

22. CNE, “Ciudad Futura”, Voto Santiago Corcuera, considerando 10.

23. CSJN, “Ciudad Futura”, considerando 2.

24. Sobre jurisprudencia vinculada a la aplicación de la ley de paridad a los órganos internos partidarios consultar: CNE, “Recurso de apelación de Pro Propuesta Republicana en autos Pro Propuesta Republicana s/elecciones internas de autoridades partidarias”, 06/06/2023.

25. CNE, “Villar, Daniel Osvaldo c/Unión Popular”, considerando 7.

La CNE comparte el criterio del actor que al tratarse de cuestiones de orden público no puede ser planteada la extemporaneidad. De la misma forma entiende que no se puede esperar a agotar la vía partidaria en la medida que los órganos que conducen el partido son aquellos que están siendo cuestionados.<sup>26</sup>

La CNE entendió que como los partidos políticos son fundamentales en el desenvolvimiento de un sistema democrático, es clave que estos cumplan con las condiciones exigidas por la ley de cupo vigente al momento de la sentencia bajo análisis. En este sentido los jueces tomaron como referencia lo establecido en la Plataforma de la V Conferencia Mundial de la Mujer de 1995 en la que también se pone de manifiesto la importancia de la eliminación de la discriminación hacia el interior de los partidos políticos,<sup>27</sup> de esta manera la sentencia adopta un enfoque de género en la medida que se pondera esa desigualdad estructural.<sup>28</sup>

En este sentido, el fallo pone de manifiesto que la subrepresentación de la mujer es una realidad que abarca múltiples ámbitos, incluidos los partidos políticos, por lo que es de importancia la intervención con medidas afirmativas también en aquellos espacios de donde emergerán las y los futuros candidatas. Esto es especialmente importante, si analizamos cómo la estructura de desigualdad, así como el lugar asignado a los géneros permea las formas en que se desarrollan los primeros pasos en la militancia.

En este sentido, Szwarcberg Daby, mediante entrevistas a mujeres que se dedican a la política municipal, pudo ver cómo las trayectorias en la política divergen según su género muy tempranamente. De manera que se detectó, además de la dificultad de compatibilizar la política y el cuidado del hogar; que en general las mujeres ofrecen una militancia más vinculada al cuidado, lo que implica una tarea más trabajosa y que lleva más tiempo, pero que no tiene tanto rédito político; mientras que sucede lo inverso en el caso de los varones. Estos elementos configuran una brecha de género que marca las trayectorias políticas a futuro.<sup>29</sup>

Esta situación resulta claramente confirmada cuando empezamos a analizar los datos referidos a la participación femenina en ámbitos políticos.

26. Plataforma de la V Conferencia Mundial de la Mujer de 1995, Párrafo 191.

27. CNE, "Villar, Daniel Osvaldo c/Unión Popular", considerando 11.

29. CNE, "Villar, Daniel Osvaldo c/Unión Popular", considerando 11.

30. SZWARCBERG DABY, "Género y clientelismo: lecciones del caso...", p. 130.

En el Congreso gracias a la ley de cupo hubo importantes avances que fueron señalados anteriormente, pero esto no se replica en otros poderes del Estado. Un caso emblemático es el de la CSJN, en toda su historia las mujeres fueron contadas excepciones, la primera en llegar a la Corte fue Margarita Argúas en 1970, en el marco de un gobierno de facto. Luego hubo que esperar muchos años hasta la designación de Helena Highton de Nolasco y Carmen Argibay, ya entrada la primera década del año 2000,<sup>30</sup> en lo que tuvo especial importancia el decreto 222/2003. Luego de la renuncia de Highton de Nolasco, la conformación actual volvió a ser solo masculina.

No menos escandalosa es la situación del Poder Ejecutivo Nacional. En toda nuestra historia solo hubo dos mujeres que llegaron a la Presidencia de la Nación. Además, actualmente de nueve ministerios, solamente tres son encabezados por mujeres (Bullrich en Seguridad, Pettovello en Capital Humano y Mondino en Relaciones Exteriores). A esto hay que agregar que es habitual que ocupen ministerios relacionados con los lugares tradicionalmente asignados a las mujeres.<sup>31</sup>

Si queremos ampliar los números podemos analizar qué pasó a lo largo de la historia con los poderes ejecutivos provinciales. En este caso vamos a ver que recién en 2007 nos encontramos con la primera gobernadora electa de la historia (Fabiana Ríos en Tierra del Fuego). Pocas mujeres han ocupado ese cargo, y el período 2015-2017 fue excepcional por la presencia de cinco gobernadoras sobre veinticuatro jurisdicciones. Actualmente no hay mujeres frente a ningún Ejecutivo provincial y hasta el 10 de diciembre de 2023 había solo dos gobernadoras: Alicia Kirchner y Arabela Carreras. A nivel municipal, una cada diez autoridades locales es mujer, lo que se incrementa en las ciudades capitales a un 17 %.<sup>32</sup>

Estos datos dan cuenta que en los casos donde no se aplican medidas de acción afirmativa, la participación de las mujeres en cargos de importancia política es muy inferior en relación con aquellos donde estas se emplean. Por otro lado, también nos señala el peso de la jerarquía entre géneros, que pese a que hace más de 70 años que las mujeres pueden votar y que en principio no tienen impedimentos legales para presentarse

31. GASTIAZORO, *Género y Trabajo. Mujeres en el poder judicial*, p. 77.

32. RULLI, "Perfil de país según igualdad de género", p. 124.

33. GHERARDI, *Sexo y poder*, p. 20.

a cargos políticos, sigue siendo un ámbito donde es dificultoso lograr una situación más paritaria.

#### IV. LEY DE PARIDAD

A pesar de la importancia que tuvo la ley de cupo, con el tiempo se demostró que si bien permitió el aumento de la participación femenina en el Congreso, se terminó transformando en un techo. Las acciones afirmativas suelen basarse en la idea de la provisoriedad, una vez que se puedan remover las trabas que dificultan la participación de ambos géneros estas no tendrían sentido, pero en la práctica la participación de las mujeres en las Cámaras dejó de aumentar en los años posteriores a la sanción de la Ley 24.012; desde el 2009, la participación de las mujeres en el Congreso se volvió estable, no muy lejos de los porcentajes mínimos establecidos por la legislación. Es por este motivo que muchas voces propusieron la necesidad de una nueva modificación de la ley, esta vez impulsando la paridad.

Si bien desde la primera década de este siglo algunas provincias adoptaron leyes de paridad, las pioneras fueron Córdoba y Santiago del Estero en el año 2000, seguidas de cerca por Río Negro en 2002.<sup>33</sup> La Ley Nacional 27.412 se alcanzó en el 2017 gracias a la lucha feminista dentro y fuera del Congreso, implementándose por primera vez en las elecciones de 2019. Así, para 2023 las mujeres alcanzan el 44,7 % de la Cámara baja y el 43,1 % del Senado.<sup>34</sup>

En 2019 la CSJN debió resolver una controversia referida a la nueva norma. En la provincia de Neuquén, luego de haberse efectuado las PASO, fallece el primer candidato a senador (Horacio Quiroga), ante la falta de respuesta del partido, la jueza de primera instancia modifica de oficio la lista, conforme el artículo 7 del Decreto reglamentario 171/2019. De esta forma, puso en el primer lugar titular al primer suplente (Mario Cervi), cumpliendo con lo que dice la norma sobre la necesidad de reemplazar a un o una candidata por alguien del mismo género, pero con la nueva disposición se viola otro mandato de la norma que llama a mantener la alternancia. Ante esta situación la segunda titular (Carmen Crexell) reclama que le

33. CAMINOTTI & DEL COGLIANO, "El origen de la "primera generación..."", p. 209.

34. Mujeres en el poder, monitoreo electoral.

corresponde ocupar el lugar vacante. La Cámara resuelve favorablemente a Crexell por lo que los apoderados de Juntos por el Cambio y Cervi interpusieron recurso extraordinario federal.<sup>35</sup>

Para resolver el caso, la Corte entiende que el citado artículo no contempla el caso concreto a resolver, por lo que recurre por analogía al artículo 157 del Código Electoral Nacional, que refiere a los casos en que la o el candidato ya electo, fallece luego de los comicios. En este caso la norma diferencia si se trata de la primera fuerza (le corresponde dos senadores o senadoras) o la segunda fuerza (solo un senador o senadora); en el segundo caso se da prioridad a la sustitución por el titular. También señala el tribunal que se prevé la realización de las modificaciones en la lista necesarios para mantener los requisitos del artículo 60 bis del Código Electoral, el cual incluye la alternancia de según el género, el cual para la Corte es el instrumento fundamental de la ley de paridad y no se cumpliría con la solución de la primera instancia.<sup>36</sup>

Por otro lado, se declara la inconstitucionalidad del artículo 7 del Decreto 17/2019 en la medida que el Poder Ejecutivo se excede, incorporando criterios ajenos a la norma reglamentada y en una materia (electoral) que tiene reserva de ley.<sup>37</sup> Además, como Rosenkrantz señala en su voto, en el caso del Senado es imposible cumplir a la vez los dos supuestos del Decreto 171/2019.<sup>38</sup>

Si bien no hay un especial desarrollo del enfoque de género en el fallo, es interesante decir que la solución de la jueza de primera instancia tratando de dar una aplicación rigurosa de la norma de paridad, terminaba generando una situación desventajosa para la candidata femenina, de esta manera la intención de la ley que es favorecer la participación femenina se veía perjudicada. En este sentido, si bien la CSJN recurre principalmente a otros argumentos, introduce brevemente en el considerando décimo, una remisión a los debates parlamentarios, donde se discute la modificación del artículo 157 del Código Electoral, a la luz de la Ley 27.412. Así, la cita de la senadora informante del proyecto, incorporada en la sentencia, hace entrar el enfoque de género en el fallo bajo análisis.<sup>39</sup>

35. CSJN, "Juntos Por el Cambio s/ oficialización de listas", considerando 1.

36. CSJN, "Juntos por el Cambio s/ oficialización de listas", considerando 10.

37. CSJN, "Juntos por el Cambio s/ oficialización de listas", considerando 12 y 13.

38. CSJN, "Juntos por el Cambio..." , Voto de Rosenkrantz, considerando 5.

39. Juzgado Federal N.º 1 con competencia electoral, "Galmarini, Malena..." , considerando 1.

El mismo año se realiza una acción de amparo contra la Cámara de Diputados de la Nación solicitando que ante la renuncia de una diputada nacional por la Ciudad de Buenos Aires (Anabella Hers Cabral), se efectúe el reemplazo por alguna otra mujer de la lista y que se abstenga de tomar juramento a Jorge Garayalde, por quien se quería reemplazar a Hers Cabral. El apoderado de la Cámara responde que la sustitución se realizará conforme a la normativa vigente en 2015, año en que se efectuó la elección de candidatos y candidatas, de manera que se realizará cumpliendo lo establecido por la ya derogada Ley de Cupo 24.012 y no la 27.412, que es la vigente al momento de la controversia.<sup>40</sup>

Para resolver, la jueza entiende como necesario poner en contexto el instituto del cupo de género. Explica que, si bien el cupo llevó a un aumento en la participación de mujeres, con el tiempo también significó un techo (como se señala en el texto del fallo en ese momento las mujeres representaban el 38,67 % de la Cámara de Diputados) ya que se hizo de este una “interpretación burocrática y minimalista cumpliendo a rajatabla lo que estipula la ley”,<sup>41</sup> es ante esta situación que se sanciona la Ley 27.412. Luego de analizado esto, la jueza entiende que es necesario hacer una interpretación progresiva, a favor del objetivo primordial de la norma que es intentar equiparar varones y mujeres. En este sentido la sentencia sostiene que “entre dos soluciones posibles debe procurarse aquella que garantice el adecuado equilibrio entre mujeres y hombres en la composición del cuerpo legislativo”.<sup>42</sup>

## V. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, la cuestión de los derechos políticos fue una constante en las luchas feministas desde la primera ola. No obstante, la participación política de las mujeres en igualdad con los hombres es una realidad que todavía está lejos. En nuestro país acciones afirmativas como la ley de cupo o la ley de paridad han sido necesarias para incrementar el lugar de la mujer en el Poder Legislativo. Pero en los otros

40. Juzgado Federal N.º 1 con competencia electoral, “Galmarini, Malena...”, considerando 1.

41. Juzgado Federal N.º 1 con competencia electoral, “Galmarini, Malena...”, considerando 4.

42. CAMINOTTI, “La representación política de las mujeres en el...”, pp. 330 y 331.

poderes donde no se han aplicado este tipo de acciones las mujeres se encuentran aún en desventaja.

Entendemos que esto no es una cuestión que solo afecta la composición de los órganos de gobierno sino que, tal como señala Mariana Caminotti, la importancia de la representación de las mujeres además de ser fundamental por una cuestión de justicia; desde una perspectiva de la representación descriptiva, la función de un o una representante es hacer presente o reflejar personas con características semejantes, en este sentido la presencia de mujeres afecta la toma de decisiones políticas y da lugar a la inclusión de una agenda diferente.<sup>43</sup>

Los fallos analizados hasta aquí dieron cuenta de los cambios que se fueron instrumentando a través de los años para lograr una mayor igualdad entre varones y mujeres. Con excepción de Ciudad Futura, las recientes sentencias analizadas tuvieron en cuenta la desigualdad estructural entre los géneros a la hora de resolver los casos planteados y que una solución solo puede ser justa si tiene esta realidad en cuenta.

Por último, la nueva ley de paridad nos trae desafíos en torno a la incorporación de identidades no binarias,<sup>44</sup> a partir del Decreto 476/21 que habilita la emisión del DNI sin identificar a la persona dentro de las categorías de varón o mujer. Más allá del progreso que significó la Ley 27.412 en términos de participación políticas de las mujeres, con su método de alternancia es mucho más rígida que la anterior ley de cupo, lo que puede dar lugar a situaciones injustas a las que el Poder Judicial deberá dar respuesta ante el vacío legislativo. En este sentido hay un proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires que propone reformar la ley electoral para que puedan incorporarse en las listas personas no binarias.<sup>45</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

ALLES, Santiago M., “Efectos del sistema electoral sobre la representación de mujeres. Argumentos y evidencia a partir del caso argentino (1983-2005)”, en *Revista SAAP*, 2008, Vol. 3, N.º 2, pp. 313-353.

43. CAMINOTTI, “La representación política de las mujeres en el...”, pp. 330 y 331.

44. PERICOLA, LINARES & LAUHIAT, “El desafío del género neutro...”, p. 211.

45. Honorable Cámara de Diputados, Expte. D- 4485/21-22.

- BARRANCOS, Dora, "Feminismos en América Latina. Historia y perspectivas", en PAUTASSI, Laura & MARCO NAVARRO, Flavia (Coord.), *Feminismos, cuidados e institucionalidad. Homenaje a Nieves Rico*, Fundación Medifé, 2021, pp. 41-60, Buenos Aires.
- Cámara Nacional Electoral, "Incidente de Ciudad Futura Nro. 202 s/ elecciones primarias 2017, 13/07/2017.
- \_\_\_\_\_, "Unión Popular O.N.", "Villar, Daniel Osvaldo c/Unión Popular O.N. s/formula petición", 20/04/2017.
- CAMINOTTI, Mariana & DEL COGLIANO, Natalia, "El origen de la 'primera generación' de reformas de paridad de género en América Latina. Evidencia de Argentina", en *Política y gobierno*, Vol. 26, N.º 2, Segundo semestre 2019, pp. 205-218, México.
- CAMINOTTI, Mariana, *La paridad política en la Argentina: avances y desafíos*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2017, Buenos Aires.
- \_\_\_\_\_, "La representación política de las mujeres en el período democrático", en *Revista SAAP*, 2013, Vol. 7, N.º 2, Buenos Aires, pp. 329-337.
- CASAS, Laura J., "Constitución y Género. La exigencia igualitaria de una Constitución que considere a las mujeres como ciudadanas plenas" en RONCONI, Liliana & CLÉRICO, Laura. Dirigido por HERRERA, Marisa, *Tratado de géneros, derechos y justicia. Derecho Constitucional y Derechos Humanos*, 1ª ed. actualizada, Rubinzal Culzoni, 2021, pp. 275-300, Santa Fe.
- COBO BEDIA, ROSA, *Aproximaciones a la teoría crítica feminista*, Cladem, 2014, Lima, Perú.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Agrupación política: Ciudad Futura nro. 202 - distrito Santa Fe s/ incidente", 14/07/2018, Fallos 341:912.
- \_\_\_\_\_, "Julieta Lanteri", Julieta Lanteri de Renshaw, solicita se ordene su enrolamiento en su carácter de argentina naturalizada", 15/03/1929, Fallos 154:283.
- \_\_\_\_\_, "Juntos por el Cambio s/ Oficialización de candidaturas. Elección general – comicios 27 de octubre de 2019", 12/11/2019, Fallos 342:2009.
- Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, Plataforma de la V Conferencia Mundial de la Mujer de 1995.
- DE PRIVITELLIO, Luciano, "Los límites de la abstracción: individuo, sociedad y sufragio femenino en la reforma constitucional de San Juan (1927)", en *PolHis*, año 4, N.º 7, Facultad de Humanidades, Universidad Nacional Mar del Plata, pp. 59-77.

- GASTIAZORO, María Eugenia, *Género y trabajo. Mujeres en el Poder Judicial*, Centro de Estudios Avanzados, 2013, Córdoba.
- GHERARDI, Natalia, *Sexo y Poder ¿Quién manda en Argentina?*, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, 2021, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Honorable Cámara de Diputados, Expte. D- 4485/21-22, URL <https://intranet.hcdiputados-ba.gov.ar/proyectos/21-22D4485012021-10-2810-50-31.pdf>, consultado el 07/09/2024.
- Juzgado Federal N.º 1 con competencia electoral, “Galmarini, Malena y otros c/Poder Legislativo – Cámara de Diputados s/Amparo”, 05/06/2019, Id SAIJ: FA19260091.
- LAMAS, Marta, *Cuerpo: diferencia sexual y género*, Taurus, 2002, México.
- LOZANO, Ana L. “Debate, transversalidad y sanción de la ley de paridad” en RONCONI, Liliana & CLÉRICO, Laura. Dirigido por HERRERA, Marisa, *Tratado de géneros, derechos y justicia. Derecho Constitucional y Derechos Humanos*, 1ª ed. actualizada, Rubinzal Culzoni, 2021, pp. 377-389, Santa Fe.
- MUJERES EN EL PODER, URL <https://www.mujaresenelpoder.org.ar/index>, consultado el 15/01/2024.
- PENDÁS GARCÍA, Benigno, “Democracia constitucional o democracia radical ¿es lícito vivir al margen de la política?”, en *Canales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, N.º 93, 2016, Madrid, pp. 239-256.
- PERÍCOLA, María A., LINARES, Gonzalo & LAUHIRAT, Santiago, “El desafío del género neutro para las normas de paridad electoral: un tópico de investigación en la Facultad de Derecho de la UBA”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 17, N.º 34, 2019, Buenos Aires, pp. 197-230.
- RODRÍGUEZ GUSTÁ, Ana L. & CAMINOTTI Mariana, “Políticas públicas de equidad de género: las estrategias fragmentarias de Argentina y Chile”, en *Revista SAAP*, 2010, Vol. 4. N.º 1, Buenos Aires. pp. 85-110.
- RODRÍGUEZ GUSTÁ, Ana L., “Las políticas sensibles al género: variedades conceptuales y desafíos de intervención”, en *Temas y debates*, 2008, N.º 16, Universidad Nacional de Rosario, pp. 109-129.
- RUIZ, Alicia, *Teoría crítica del Derecho y cuestiones de género*. Colección Equidad de género y democracia; Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2013, México. Vol. 6.
- Reino de España, “Ley orgánica 03/2007”, Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, 22/03/2007.

RULLI, Mariana, *Perfil de país según igualdad de género*, ONU Mujeres, 2020, Argentina.

SZWARCBERG DABY, Mariela, "Género y clientelismo: lecciones del caso argentino", en *Revista SAAP*, 2016, Vol. 10, N.º 1, pp. 123-140.

YOUNG, Iris, "Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship", en *Ethics*, 1989, Vol. 99, N.º 2, The University of Chicago Press, pp. 250-274.



## PRINCIPIOS GENERALES EN EL PROCESO ELECTORAL PORTEÑO\*

FEDERICO ÁNGEL COMBE\*\*

**Resumen:** Los principios generales del derecho son herramientas muy influyentes en el mundo jurídico. En el Código Electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encuentran establecidos los siguientes principios: transparencia, equidad, igualdad del voto, autonomía, paridad de género y gobierno abierto. Estos influyen en los jueces a la hora de fallar, protegiendo así los derechos políticos de los electores. Eso se desarrollará en este artículo.

**Palabras clave:** principios generales — ciudad de buenos aires — democracia — proceso electoral — derechos políticos.

**Abstract:** The general principles of law are highly influential tools in the legal field. Within the electoral code of the Autonomous City of Buenos Aires, the principles of transparency, equity, vote equality, autonomy, gender parity, and open government are established. These influence judges in their decision-making process, thus protecting the political rights of voters, which will be developed in this article.

**Keywords:** general principles — ciudad de buenos aires — democracy — electoral process — political rights.

\* Recepción del original: 10/12/2023. Aceptación: 29/02/2024.

\*\* Con dedicación a mi familia que siempre me apoya: mi madre Daniela, mi padrastro Jorge, mi hermano Nico y mi hermanita Isabel. Y a mis compañeros, que me inspiran a estudiar esta carrera, Pedro Hip, Ariel Consentino, Ezequiel Escudero, Guido Viciconti, Daniela Bojorge y Emilio Durant. Para todos ustedes, mi gran cariño.

## I. MODO DE INTRODUCCIÓN

En el Código Electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CE-CABA) podemos encontrar en su artículo número 3, los principios sobre los cuales se rige el mismo, los cuáles son:

- Principio de transparencia
- Principio de equidad
- Principio de igualdad del voto
- Principio de autonomía
- Principio de paridad de género
- Principio de gobierno abierto

El CECABA, además de dar una breve explicación de estos, en el siguiente párrafo, no da lugar a dudas en cómo deberán ser usados, indicando que:

Los principios señalados servirán de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación del presente Código y para suplir los vacíos existentes en la normativa electoral. Serán también parámetros a los que los organismos electorales, funcionarios y dependencias responsables deberán sujetar su actuación.

Aclarando así que no solo sirven para resolver conflictos que puedan llegar a darse a la hora de tener que dictar sentencia, sino que rigen para las conductas de los funcionarios a la hora de llevar a cabo sus funciones.

Esta aclaración es muy importante, en este artículo vamos a repasar distintos fallos donde se aplicaron estos principios, con el fin de tener una visión práctica de estos, pero no solo hay que limitarse a ello, llevar estos principios al actuar de los distintos organismos o funcionarios es muy importante para una mejor implementación de estos y de la protección de la voluntad de elector, que es lo que se busca.

## II. ¿QUÉ ES UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO?

Si bien los principios generales del derecho no tienen una definición inequívoca para el mundo jurídico, es válido poder definirlos como un conjunto de reglas comunes que se pueden encontrar en los grandes sistemas jurídicos del mundo, tanto el continental europeo (que es bajo el que nos regimos) como en el *common law*.<sup>1</sup>

Estos principios, estos conjuntos de reglas, tienen mucha influencia en el hacer jurídico, pero los mismos no son unánimemente aceptados, puesto que podemos encontrar en dichos principios una fuerte ideología sobre cómo deben ser las cosas. Sin mucho más que explayarse, uno de los principios que vamos a tratar sigue atravesando la mayoría de las reformas, artículos e interpretaciones, el de *equidad de género*, pero no es el único, si bien, es el que más fácil puede venirnos a la cabeza, no hay que hacer un estudio muy profundo para saber que el principio de *igualdad de voto* no era muy bien visto por la clase dirigente de inicios del siglo XX. Otro que da mucho de qué hablar desde hace casi 30 años, es el principio de *autonomía*, pues es bien sabido que tanto la CABA como el Estado Nacional, solían verse frecuentemente en la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) para determinar qué funciones le corresponden a cada cual y cuál es el grado de autonomía de la ciudad.

Cabe aclarar que he ordenado los principios en un orden distinto, debido a que algunos de ellos se relacionan entre sí y con el fin de tener una mirada más integradora de estos y no tan aislada.

## III. PRINCIPIO DE EQUIDAD

Principio de equidad: Las agrupaciones políticas que cumplan con los requisitos y exigencias previstas en el presente Código tienen derecho a participar del proceso electoral en igualdad de condiciones y derechos con otras semejantes, estando prohibida la creación de privilegios o ventajas.<sup>2</sup>

1. ABERASTURY & VIGEVANO, "Principios Generales del Derecho", p. 9.

2. CABA, "Código Electoral", Ley 6.031.

### III.A. Qué es la equidad electoral

El principio de equidad abarca a quienes poseen la capacidad pasiva para el acto electoral. Esto se deja ver en claro en su primera parte, al decir que “Las agrupaciones políticas que...”, pero no solo eso, si nos remitimos al Diccionario Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH),<sup>3</sup> podemos observar que también solo comprende a los “partidos políticos y candidatos involucrados”, por lo cual concluye que “La equidad se refiere a las condiciones de igualdad para la participación en las contiendas electorales”. Este derecho también está protegido por el art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), al garantizar

[...] la participación en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido y a acceder a las funciones públicas, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad de oportunidades.

### III.B. Palabra agrupaciones

Ahora bien, es curioso señalar que el principio de equidad arranca diciendo “las agrupaciones políticas” y no los partidos políticos. En el art. 6 el código comprende por agrupaciones políticas a “partidos y confederaciones con personería jurídica definitiva” bajo los términos del art. 7 bis de la Ley Nacional 23.298 sobre partidos políticos.

Esta aclaración es muy importante, pues bien es sabido que los partidos políticos son los únicos que tienen la potestad de presentar candidatos, la CSJN en el fallo “Campos Ríos”<sup>4</sup> y la Cámara Nacional Electoral (CNE) en el fallo “Padilla”<sup>5</sup> dejaron bien en claro esto mismo. Más aún, teniendo en cuenta que la palabra “partidos” fue la tercera palabra más nombrada durante el debate de la sanción del CECABA (por detrás de “ley” y “proceso” respectivamente).<sup>6</sup>

3. GONZÁLEZ, “Equidad Electoral”.

4. CSJN, “Ríos, Antonio Jesús s/ Oficialización candidatura Diputado Nacional”.

5. CNE, “Padilla, Miguel s/inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley 23.298”.

6. SANTAMARINA & ZAPICO, “Código Electoral”, p. 10.

### **III.C. Privilegios o ventajas**

Como bien se aclara, no están permitidos, bajo ningún motivo, los privilegios o ventajas a ninguna de las listas que se presenten a la contienda electoral.

### **III.D. Fallos donde se aplica el principio de equidad**

#### *III.D.1. “UNO - Una nueva opción del Partido Renovador Federal”.*<sup>7</sup>

En este fallo la lista UNO quiso oficializar su lista sin completar la carga de los candidatos y otros documentos en el sistema del TAD. Los jueces del Tribunal Superior de Justicia (TSJ), entre otros argumentos y discusiones que se dieron, dejaron en claro que no podrían aceptar la oficialización de la lista, ya que:

[...] todas las agrupaciones políticas pudieron cumplir con dicha obligación sin formular reparo alguno y no corresponde aplicar un parámetro de tiempo y forma diferente o de excepción para la Lista en cuestión, más que aquel que se exige para todas las Listas de las agrupaciones políticas involucradas en el proceso. (Del voto de las juezas Inés M. Weinberg, Marcela De Langhe y Alicia E. C. Ruiz).  
[...] implicaría no solamente prescindir de principios procesales básicos como el de la perentoriedad de los plazos, sino consagrar una desigualdad inadmisibile con las demás listas. (Del voto del juez Santiago Otamendi).

#### *III.D.2. “Movimiento Libres del Sur y otros s/ amparo electoral”.*<sup>8</sup>

En este fallo, varias listas presentan un amparo ante la justicia debido a que, para la impresión de boletas, tenían que usar casi todos sus fondos destinados a la campaña electoral, perjudicando así a las listas más pequeñas, al no contar con los mismos recursos que las demás, haciendo así que:

7. TSJ, “Lista ‘UNO-Una nueva opción’ del Partido Renovador Federal”.

8. TSJ, “Movimiento Libres del Sur y otros s/ amparo electoral”.

El faltante o la ausencia de boletas papel producto de la falta de recursos para imprimirlas, por lo tanto, puede afectar no solo la equidad entre los partidos o agrupaciones sino, aún más grave, la expresión de la voluntad del elector. (Del voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz).

#### IV. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE VOTO

Principio de Igualdad del Voto: El proceso electoral se rige por el principio de igualdad del voto en los términos del artículo 62 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.<sup>9</sup>

##### **IV.A. El sufragio es libre, igual, secreto, universal, obligatorio y no acumulativo**

Los recién mencionados son los términos sobre igualdad del voto que establece el art. 62 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA).

Los primeros términos que plasma el art. 62 son seguramente ya muy conocidos por todos, el sufragio *universal*, que implica que todos tengamos derecho a votar, y que las restricciones que pesen sobre el mismo deben ser razonables o fundadas (como, por ejemplo, ser menor de edad); *secreto* para evitar sufrir consecuencias por el voto que uno quiera emitir, es bien conocido en nuestro país que, antes de la Ley Sáenz Peña, el voto era cantado, lo cual no permitía poder elegir con libertad; el voto también es *libre*, pero en el sentido de que uno puede elegir la opción que quiera, no en la libertad de elegir si ir o no ir a votar, ya que, por otra parte, en nuestro país el voto es tanto un derecho como una *obligación*, esto ha dado de que hablar, sobre si quizás se esté coartando la libertad del elector, al quitarle la posibilidad de abstención, lo cierto es que la Comisión Europea de Derechos Humanos<sup>10</sup> se pronunció en el mismo sentido que mencionamos con respecto al que el sufragio es libre, y que el elector no ve su libertad

9. CABA, “Código Electoral”, Ley 6.031.

10. REYES PÉREZ ALBERDI, “La delimitación del derecho de sufragio...”.

coartada al tener la posibilidad de votar en blanco; nuestro voto es *igual*, en el sentido de que todos valen uno, no hay quienes tengan dos o más votos por ciertas cualidades, ya sean económicas o intelectuales; por último es *no acumulativo*, con esto se refiere a que no está permitido el sistema electoral de Ley de Lemas, utilizado en algunas provincias, porque se considera que desvirtúa la elección.<sup>11</sup>

#### **IV.B. Derechos de los extranjeros**

También es de un carácter novedoso ver que el art. 62 agrega que:

Los extranjeros residentes gozan de este derecho, con las obligaciones correlativas, en igualdad de condiciones que los ciudadanos argentinos empadronados en este distrito, en los términos que establece la ley.

La carta magna porteña les da los mismos derechos políticos que poseen los porteños a los extranjeros. Hasta antes de la sanción del CECA-BA, los derechos políticos de los extranjeros se regían por el Código Electoral Nacional, el cual no contempla la posibilidad de que los extranjeros voten a los cargos nacionales, pero permite que las provincias o la CABA si puedan darles esa posibilidad. Desde la sanción del código porteño, la incorporación al padrón de extranjeros es automática bajo el artículo 23 del mismo, y el voto, si bien es obligatorio, no prevé sanción alguna.<sup>12</sup>

#### **IV.C. Fallos donde se aplica el principio de igualdad de voto**

##### *IV. C. 1. Club Atlético Deportivo Paraguayo y otros s/ amparo electoral*<sup>13</sup>

En este fallo varias agrupaciones se presentaron ante la justicia en representación de varios extranjeros debido a que los mismos no se encontraban en el padrón electoral para las PASO de 2021, en principio, está dispuesto por ley que hay tiempo hasta cierto día para reclamar la ausencia

11. AMAYA, "Comentario al art. 62".

12. AMAYA, "Comentario al art. 62".

13. TSJ, "Club Atlético Deportivo Paraguayo y otros s/ amparo electoral".

o algún error en el padrón. Los demandantes alegan que, al ser el reclamo de forma presencial, en cierto horario y en cierto lugar, esto lesionaba el derecho de los extranjeros, debido a que por cuestiones laborales o de distancia no podían presentarse a reclamar. El Tribunal, luego de depurar el número inicialmente presentado (debido a que no todos cumplían con las condiciones requeridas por el código o porque algunos ya se encontraban en el mismo) dispuso que:

Ello así, teniendo en cuenta los principios que surgen de lo dispuesto en el art. 62 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y los artículos 19 y 23 del CE, toda vez que nos encontramos en tiempo para hacerlo (*Cfr*: cronograma aprobado por la Acordada Electoral N.º 5/2021) corresponde incorporar a las 130 personas —que efectivamente se encuentran habilitadas para votar— al padrón complementario a fin de que ejerzan su derecho al sufragio en las elecciones generales del 14 de noviembre de 2021.

## V. PRINCIPIO DE PARIDAD DE GÉNERO

Principio de paridad de género: El proceso electoral garantiza la igualdad real de oportunidades y trato de mujeres y varones en la participación política para todos los cargos públicos electivos de órganos colegiados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.<sup>14</sup>

Nuestra Constitución Nacional de 1853, en su artículo 16, consagraba el principio de igualdad, y desde finales del siglo XIX hasta el presente fue interpretado como un principio para no sufrir tratos arbitrarios, ya sea por parte del Estado o por privados.<sup>15</sup>

En la CCABA, en su artículo 11 se consagra el principio de igualdad, pero no solo eso, sino que

[...] promueve la remoción de obstáculos de cualquier orden que

14. CABA, “Código Electoral”, Ley 6.031.

15. SABA, “Comentario al art. 11”.

limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de una persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad.

Podemos ver que los constituyentes quisieron que la ley fundamental tenga una visión activa contra la discriminación.

Pero no queda solo ahí, si vemos el artículo 36, dice que: "La Ciudad garantiza en el ámbito público y promueve en el privado la igualdad real de oportunidades y trato entre varones y mujeres...", también dice que "los partidos políticos deben adoptar tales acciones para el acceso efectivo a cargos de conducción..." y concluye estableciendo un cupo en las listas, donde

[...] las listas de candidatos a cargos electivos no pueden incluir más del setenta por ciento de personas del mismo sexo con probabilidades de resultar electas. Tampoco pueden incluir a tres personas de un mismo sexo en orden consecutivo.

Cabe destacar que, en este caso, la CCABA usa las palabras de "varones y mujeres" y no la de género, estableciendo una mirada binaria del mismo.<sup>16</sup> Aunque, hoy en día, con la sanción de la Ley 27.412 sobre paridad de género, las listas se componen por un candidato de cada género de forma intercalada.

Por último, en el artículo 38 "la Ciudad incorpora la perspectiva de género en el diseño y la ejecución de sus políticas públicas y elabora participativamente un plan de igualdad entre varones y mujeres".

Con esto podemos ver que este principio no está puesto sin razón en el Código Electoral, sino más bien que viene de la mirada que posee la carta orgánica porteña.

La novedad que incorpora el CECABA, es que el principio de paridad de género, lo establece como un principio interpretativo e integrador de las normas, y no solo como una herramienta a la hora de armar las listas.<sup>17</sup>

16. PERÍCOLA, LINARES & LAUHIRAT, "El desafío del género neutro para las normas de paridad electoral", pp. 197-230.

17. ZULCOVSKY, "Comentario al título primero".

## V.A. Fallos donde se aplica el principio de paridad de género

### V.A.1. “Alianza Frente de Izquierda y de los Trabajadores-Unidad”<sup>18</sup>

En este fallo ocurre que un miembro de la lista del FIT-U no era nativo de la ciudad ni figuraba en el padrón, por lo cual, el TSJ no solo dio paso al reordenamiento, sino que lo hizo respetando la paridad de género.

Que, de la verificación de oficio del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales aplicables a las/s precandidatas/os (Cfr: art. 89 C.E.) efectuada, se advierte que el precandidato titular N.º 13 Jeremías Yamandú Cantero, no es nativo de la ciudad, no figura en el padrón 2021, ni en los padrones de los años 2017 y 2019 y, no se encuentra inscripto en el registro de electoras/es del distrito; en consecuencia no acredita los cuatro años de residencia en la Ciudad requeridos por el art. 70, inc. 2 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Por dicha razón corresponde excluirlo de la lista aprobada por la Junta Electoral de la agrupación política y realizar los corrimientos respetando el principio de paridad y la alternancia.

### V.A.2. “Partido Federal – Oficialización de lista”<sup>19</sup>

En este fallo, la lista del Partido Federal, en la parte de suplentes, no cumplía con el orden de paridad de género, por lo cual el TSJ dio paso al reordenamiento de estos para respetar el principio ya dicho.

Que de la verificación del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales efectuada de oficio (Cfr: art. 82 C.E.) resulta que el ordenamiento de las/os precandidatas/os suplentes no cumple con el principio de paridad y alternancia de género, por lo que corresponde realizar su adecuación, de conformidad con lo establecido en los arts. 3, inciso 5, 73 y cc. del C.E.

18. TSJ, Resolución de Presidencia N.º 23/2021.

19. TSJ, Resolución de Presidencia N.º 28/2021.

## VI. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

Principio de autonomía: La Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y se constituye en un distrito electoral único.<sup>20</sup>

La autonomía de la ciudad sigue siendo algo de qué hablar, por más que esta haya sido declarada en 1994 con la reforma de la CN, y que la propia ciudad cuente con una propia constitución desde 1996, muchas de sus facultades, ejercidas por el Estado Nacional, tardaron mucho tiempo en delegárseles y hay otras que todavía sigue sin poder ejercer.

Este proceso no fue precisamente armonioso, muchos fallos terminaron en la CSJN para dirimir si la ciudad tenía o no jurisdicción o no sobre algunos casos o sobre si podía legislar sobre un tema o no. Es por esto mismo que se entiende de donde sale este principio y el motivo de por qué busca reafirmarla, al tener en cuenta que la autonomía de la ciudad sigue siendo subordinada por la Ley 24.588 (que asegura los intereses del Estado federal siempre y cuando CABA siga siendo la capital del país).<sup>21</sup>

### **VI.A. Gobierno autónomo, facultades propias de legislación y jurisdicción**

“La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción”, así versa el arranque del artículo 129 de la Constitución Nacional.

Si bien estas tres características dan mucho que hablar por sí mismas, a través de este artículo vamos a centrarnos en lo meramente electoral, por lo cual, vamos a considerar este punto como uno solo. La materia electoral es una facultad propia tanto de las provincias (al no habérsela delegado al Estado Nacional) como de la CABA.

20. CABA, “Código Electoral”, Ley 6.031.

21. SALVATELLI, *La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires*.

## **VI.B. Fallos donde se vio la autonomía de la ciudad**

### *VI.B.1. “Gauna, Juan Octavio s/ acto comicial”<sup>22</sup>*

Con un jefe de gobierno en su cargo, y ya sancionada la Constitución de la ciudad, el primer mandatario local, mediante Decreto 653/96,<sup>23</sup> dio llamado a elecciones para el 29 de marzo de 1997, con el fin de cumplir la cláusula transitoria N.º 9, que dice “El jefe de gobierno convocara a elecciones de diputados que deberán realizarse antes del 31 de marzo de 1997” y el art. 105 inciso 11, que manda que es deber del jefe de gobierno convocar a elecciones locales. A su vez, la Ley 24.620,<sup>24</sup> promulgada el 28/12/1995, en su art. 1, mandó a llamar a elecciones para jefe de gobierno, vicejefe de gobierno y 60 representantes para que dictaran el estatuto organizativo, y en su art. 2 dice “El Poder Ejecutivo nacional convocará asimismo a la elección de SESENTA (60) miembros del Poder Legislativo de la Ciudad de Buenos Aires...”. La contradicción se va a simple vista y la causa llegó a la CSJN.

El voto de la mayoría le dio la razón al Ejecutivo Nacional, entendiendo que:

[...] no aparece como perturbador ni avasallante de expresas competencias constitucionales, que el Poder Ejecutivo Nacional en cumplimiento del mandato impuesto por el art. 129 de la Carta Magna, sea el que convoque a las elecciones de la primera legislatura porteña. Ello es así por cuanto no puede inferirse de su letra ni de su espíritu que la intención del legislador haya sido interferir en los procesos electorales locales futuros.

Parte del debate fue si las Leyes 24.588<sup>25</sup> y 24.620 eran o no constitucionales, a lo que refirieron:

Dicha ley es la que, en definitiva, vino a esclarecer los aspectos conflictivos de la relación Nación-ciudad [...] es directamente

22. CSJN, “Gauna, Juan Octavio s/ acto comicial”.

23. Poder Ejecutivo CABA, Decreto 653/96.

24. República Argentina, Ley 24.620 Ciudad de Buenos Aires.

25. República Argentina, Ley 24.588, Ley que garantiza los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires.

reglamentaria del art. 129 de la Constitución Nacional y, por revestir tal carácter, importa una referencia imprescindible para la Convención Estatuyente de la Ciudad.

Este fallo es muy interesante y da mucho que hablar, sobre todo si analizamos los votos de la minoría, pero por temas de extensión debo dejarlo de lado para ver otros más.

### *VI.B.2. Partido Justicialista Distrito Capital Federal s/ acción de declarativa de certeza*<sup>26</sup>

Esto sucedió durante las elecciones de 2003, el Partido Justicialista de la capital presentó ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N.º1 una acción declarativa debido a que, en dicho distrito, se iban a realizar de forma simultánea las elecciones nacionales (diputados) y locales (jefe de gobierno), el TSJ, mediante las acordadas electorales N.º 1, N.º 2 y el cronograma anexo estableció las fechas de todo el proceso electoral. El problema surgió porque no coincidían las fechas de los actos preelectorales y los poselectorales con las elecciones nacionales. La jueza dio lugar a la medida cautelar y suspendió la elección hasta que se resolviera la cuestión de fondo. Hete aquí que el Partido Compromiso por el Cambio planteó una inhibitoria ante el TSJ, la cual fue concedida, y declaró su competencia para intervenir, fundándose, entre otras cosas, en la autonomía de la ciudad.

La causa llegó a la CSJN, donde se decidió que quien tenía competencia en este caso era la jueza nacional, debido a que la competencia es del Estado federal cuando se trata de elecciones simultáneas, más aún cuando los padrones son compartidos, y que la autonomía de la ciudad no se veía dañada por tal cuestión:

Que, de lo hasta aquí expuesto se desprende que más allá de la formal derogación de la adhesión a la Ley 15.262 por la autoridad local, en los hechos sigue existiendo simultaneidad de elecciones locales y nacionales, extremo que, como lo ha señalado reiteradamente esta Corte (Fallos: 320:2013 y 321:607), resulta dirimente

26. CSJN, "Partido Justicialista Distrito CF s/ acción de declarativa de certeza".

para atribuir competencia a la justicia federal en relación con las controversias que al respecto se susciten sin que ello implique menoscabo alguno al reconocimiento de la autonomía del gobierno local, según los términos del art. 129 de la Constitución Nacional.

## VII. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

Principio de transparencia: Todas las etapas del proceso electoral se desarrollan velando por la publicidad y difusión de los actos que se generen en su marco, procurando implementar las tecnologías de la información y comunicación que faciliten el acceso público a información de calidad.<sup>27</sup>

Sin duda la transparencia (que contiene dentro de sí el derecho al acceso a la información, rendimiento de cuentas y dar publicidad de los actos de gobierno) es uno de los elementos que hacen a la democracia, contar con un principio que manda a que todas las etapas de la elección sean pasibles de la transparencia es algo que aporta mucho para poder decidir como electores nuestro voto.<sup>28</sup>

Este principio abarca más que la publicidad y difusión para el conocimiento de los actos realizados por el gobierno o las agrupaciones políticas, incluye la incorporación de “tecnologías de la información y comunicación que faciliten el acceso público a información de calidad”. Esto puede verse reflejado en varios artículos del código, al incorporar que muchos de sus datos tienen que estar subidos a la web y que no solamente deben poder ser accesibles para el público, sino que deben poder usarse esos datos. Así puede verse en el art. 4, que dice

[...] toda la información que de acuerdo con las disposiciones establecidas en el presente Código deba ser publicada en sitios web, se proveerá como datos abiertos [y que] la Información será publicada en formatos digitales abiertos que faciliten su procesamiento por medios automáticos y que permitan su reutilización o redistribución por parte de terceros.

27. CABA, “Código Electoral”, Ley 6.031.

28. GONÇALVES FIGUEIREDO, “Derecho Electoral”.

También podemos ver que la utilización de tecnologías no se restringe solo a la difusión de datos, sino que se la incorpora al proceso electoral, según el art. 8 “se entiende por ‘tecnologías’ a las tecnologías de la información, comunicación y electrónicas, pasibles de ser incorporadas en cualquier etapa del proceso electoral”. Y así puede verse, en el Título Séptimo, Capítulo III, sobre incorporación de tecnologías en el proceso electoral, que abarca de los artículos 124 al 150.

No es menos importante mencionar el trabajo de las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSC), que llevan a cabo el trabajo de observar que las elecciones se realicen de forma limpia. El CECABA permite la observación electoral, podemos encontrarla entre los art. 157 y 164, donde establece quienes pueden observar, las reglas de conducta, informes que deben presentar, etc.<sup>29</sup>

Es destacable que el Código de la ciudad permita la observación electoral, a diferencia del Código Electoral Nacional, que no las contempla, por lo cual, no permitiría que se lleve a cabo, y que lo más cercano que hay, es el “acompañamiento cívico”, figura creada por la CNE mediante acordada N.º 128/2011,<sup>30</sup> figura la cual se encuentra bastante limitada y perjudica la transparencia electoral.

### **VII.A. El principio de transparencia se debatió mucho en “Unión Cívica Radical c/ GCBA s/ Electoral – otros”<sup>31</sup>**

En este fallo la UCR denuncia la implementación de tecnologías en el proceso electoral, se tratan varios temas, tanto como la delegación de atribuciones por parte de la Legislatura al Poder Ejecutivo (en cuanto respecta a la implementación de dichas tecnologías), inconstitucionalidad de varios artículos, en cuanto vicios a la voluntad del elector, pero nos vamos a centrar en la cuestión que nos compete, que es la transparencia y las elecciones. Cabe aclarar que este fallo es de 2015, previo a la sanción del Código Electoral, aun así, se utilizó este principio.

29. TULLIO, “Comentario al título octavo”.

30. CNE, Acordada N.º 128/2011 Registro de entidades acreditadas para ejercer el acompañamiento cívico.

31. TSJ, “Unión Cívica Radical c/ GCBA s/ Electoral – otros”.

La Ley 4.894 adoptó la Boleta Única impresa en papel con carácter previo a la emisión del voto y la sujetó a las características y diseño que establecen los artículos 3, 4 y cc. De la ley, facultando al Poder Ejecutivo a adoptar tecnologías informáticas, que pueden tener la forma de una “solución” o aun “alternativa”, sujetándolo a que la Autoridad de Aplicación las apruebe y controle su aplicación garantizando la transparencia, el acceso a la información técnica y la fiscalización directa por parte de las agrupaciones políticas y de los/as electores/as, así como todos los principios enumerados en la referida ley. (Del voto del juez Luis Francisco Lozano).

Los artículos 4, 7 y 8 del Anexo II Ley 4.894 disponen sobre la oficialización y diseño de Boleta Única, atribuyendo a este Tribunal –en su carácter de autoridad de aplicación– funciones concretas que garantizan la imparcialidad y transparencia del proceso de confección del instrumento de votación. (Del voto de la jueza Ana María Conde).

### VIII. PRINCIPIO DE GOBIERNO ABIERTO

Principio de gobierno abierto: Se promueve el acceso a la información pública, la participación ciudadana, la rendición de cuentas y la búsqueda de soluciones innovadoras e integrales en torno a los procesos electorales.<sup>32</sup>

El concepto de gobierno abierto es definido por el Diccionario Electoral del IIDH como “una nueva cultura organizacional del aparato estatal, con la finalidad de abrir mayores espacios de diálogo, comunicación, colaboración y coparticipación con la ciudadanía y las organizaciones de la sociedad”. A su vez, caracteriza distintos elementos que hacen al gobierno abierto, como la participación ciudadana, la transparencia, los datos abiertos, las tecnologías de la información y comunicación para potenciar la accesibilidad y la inmediatez, y, por último, la simplificación administrativa.<sup>33</sup>

El principio de gobierno abierto, por lo recién dicho, es un principio

32. CABA, “Código Electoral”, Ley 6.031.

33. NAVA GOMAR, “Gobierno abierto”.

que se relaciona mucho con el anterior desarrollado, por lo cual, nos vamos a centrar en aquellos conceptos específicos de este.

El art. 1 de la Constitución local establece que "... la Ciudad de Buenos Aires [...] organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa", y en su apartado sobre los derechos políticos, entre los art. 63 y art. 67, establece las herramientas para poder participar de los actos de gobierno.

Entre estos, podemos encontrar las audiencias públicas [art. 63], iniciativa popular [art. 64], referéndum obligatorio y vinculante [art. 65], consulta popular no vinculante [art. 66] y revocatoria popular [art. 67].

Si bien estas herramientas tienen larga data en cuanto a su existencia (aunque no tanto uso), es destacable la creación por parte del CECABA del Consejo Consultivo de Partidos Político y del Consejo Consultivo de Participación Cívico Electoral. Ambos consejos forman parte del Instituto de Gestión Electoral, y tienen tareas similares.

Estos consejos participan en el seguimiento de las elecciones, realizando informes no vinculantes, ya sea a pedido del Poder Ejecutivo y Legislativo o por el Instituto de Gestión Electoral, o de oficio, con el acuerdo de las dos terceras partes. También participan en la organización de los distintos debates.

Los partidos políticos que están habilitados a formar parte del consejo son aquellos que cuentan con personería jurídica definitiva dentro de la ciudad, no dejan participar a quienes tengan una personería jurídica transitoria o partidos ajenos a la ciudad, pero permiten participar a partidos que cuenten con dicha personería, pero no estén disputando cargos electivos.

Por parte de las organizaciones, están habilitadas a participar las universidades públicas y privadas que tengan asiento dentro de la ciudad, la defensoría del pueblo y aquellas organizaciones de la sociedad civil, que sean de la ciudad, que no tengan fines de lucro, que posean neutralidad partidaria y que su objetivo esté vinculado con el desarrollo de las instituciones democráticas, el estudio de la materia político electoral y/o el funcionamiento de los partidos políticos.<sup>34</sup>

34. FIDEL, "Comentario al título decimoprimer".

### **VIII. A. En el marco de acceso a la información pública, se observa el fallo “Ruano, Guillermo N. s/ formula petición - denuncia (expte. N.º CNE 7238/2021 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N.º 1) s/ Electoral - otros electoral”<sup>35</sup>**

En este fallo, en el marco de presentación de listas y alianzas electorales, se dio el caso de que a varias personas les falsificaron sus firmas, el TSJ resolvió que no era de su competencia este tipo de denuncias, sino del Ministerio Público. Estas personas pudieron advertir de esta situación debido a que:

La Secretaria dio cuenta de que, en el marco de lo establecido en el art. 79 del Código Electoral de la Ciudad de Buenos Aires, la Secretaría de Asuntos Originarios había implementado un sistema informático en la web electoral del Tribunal (<https://www.eleccionesciudad.gob.ar/>) a fin de que cualquier persona, ingresando su DNI, consultara si había sido presentada como adherente de alguna lista de precandidatas/os a Diputadas/os para las elecciones PASO del 12 de septiembre de 2021.

Como consecuencia de este procedimiento, se recibieron en dicha casilla de correos treinta y seis (36) reclamos de electores/as que denunciaron figurar como adherentes a alguna de las listas de las que compitieron en las elecciones Primarias Abiertas Simultáneas Obligatorias (PASO) 2021[...]

### **IX. CONCLUSIONES**

Los principios enunciados en el CECABA poseen una gran versatilidad en cuanto a su aplicación, ayudando a resolver distintos problemas en favor de la participación ciudadana, la transparencia, la equidad, la paridad de género o la autonomía de la ciudad, la igualdad. Como se ha mencionado al inicio, estos principios no solamente influyen en el juez o jueza a la hora de dictaminar una sentencia, que es lo que vimos a lo largo del

35. TSJ, “Ruano, Guillermo N. S/ Formula Petición - Denuncia s/ electoral”.

artículo a fin de tener una mirada práctica de estos sino que también influyen en la creación de normas o de acordadas (las cuales por temas de espacio no llegamos a abarcar, pero estas, cuando tratan de algunos de estos temas, son fuertemente influenciadas por los principios).

Cabe entonces reflexionar sobre varias cosas; la primera, es considerar si se pueden mejorar esto mismo, ya que, por ejemplo, si bien se publicitan las distintas medidas que se toman en cuanto a la cuestión electoral, en las PASO de este 2023 se pudo observar, en cuanto al voto electrónico, que alrededor un 30 % de la gente no sabía utilizar la máquina para emitirlo (aunque si sabían que se votaba de forma distinta).<sup>36</sup>

Por otra parte, estos no son los únicos principios en cuanto a la cuestión electoral; podemos observar el "Principio de resguardo de la genuina voluntad del electorado" o el "Principio de eficacia del voto libremente emitido", entre tantos otros, que quizás algunos se apliquen en el proceso electoral, hemos visto que algunos de los principios que se encuentran en el Código fueron usados sin su sanción, pero al no estar positivamente reglamentado, puede darse su elusión y perjudicar así a la voluntad del soberano.

Por último, cabe mencionar, que estos principios que desarrollamos, aunque parezca obvio, están reconocidos en el Código de la ciudad, más no en el nacional, así que sería un gran desafío poder incorporarlos (debido a los requisitos para modificar leyes en cuanto tengan que ver con elecciones y partidos), pero un desafío necesario, con el fin de poder contar con una democracia de mayor calidad y una mejor representación de la voluntad el pueblo.

## BIBLIOGRAFÍA

ABERASTURY, Pedro & VIGEVANO, Marta, "Principios generales del derecho", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, N.º II, 2015, URL [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_juridica/rjba-II-2015.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/rjba-II-2015.pdf), consultado el 10/12/2023.

AMAYA, Jorge A., "Comentario al art. 62", en BASTERRA, Marcela I., *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Edición Comentada*,

36. ATTANASIO, BERAUD & INGRASSIA, Daniel y otros, pp. 14, 47-48.

- Jusbaires, 2017, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, URL <https://editorial.jusbaires.gob.ar/?pagina=producto&id=42>, consultado el 10/12/2023.
- ATTANASIO, Fabián, BERAUD, Gabriel & INGRASSIA, Daniel y otros, *Observación Electoral PASO 13 de agosto 2023*, 2023, URL <https://www.calamemo.com/defensoriacaba/read/0026823996d5351ee4ca7> consultado el 10/12/2023.
- CABA, “Código Electoral”, Ley 6.031, 06/11/2018, BOCBA 21/11/2018, URL <https://editorial.jusbaires.gob.ar/?pagina=producto&id=28> consultado el 10/12/2023.
- CÁMARA NACIONAL ELECTORAL, Registro de entidades acreditadas para ejercer el acompañamiento cívico, Acordada N.º 128/2011, 13/10/2011, URL [https://www.electoral.gob.ar/nuevo\\_legislacion/pdf/ac128-11.pdf](https://www.electoral.gob.ar/nuevo_legislacion/pdf/ac128-11.pdf) consultado el 10/12/2023.
- , “Padilla”, “Padilla, Miguel s/inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley 23.298”, 24/09/2002, Expte. 3531/01 CNE URL [https://www.electoral.gob.ar/nuevo/paginas/pdf/judicial\\_jurisprudencia/3054-02\(1\).pdf](https://www.electoral.gob.ar/nuevo/paginas/pdf/judicial_jurisprudencia/3054-02(1).pdf) consultado el 10/12/2023.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Gauna, Juan Octavio s/ acto comicial”, 07/05/1997, URL <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-gauna-juan-octavio-acto-comicial-29-3-97-fa97000152-1997-05-07/123456789-251-0-007-9ots-eupmocsollaf> consultado 10/12/2023, consultado el 10/12/2023, N.º Interno: G292XXXIII.
- , “Ríos”, Ríos, Antonio Jesús s/ Oficialización candidatura Diputado Nacional, 22/04/1987, Nro. Interno: R000000002.
- , “Partido Justicialista Distrito CF s/ acción de declarativa de certeza”, 29/04/2003, Fallos: 326:1481.
- FIDEL, Natalia, “Título decimoprimer: de los consejos consultivos”, en PERÍCOLA, María A. & MARÍAS, Sebastián D., *Código Electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Edición Comentada*, Jusbaire, 2020, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, URL <https://editorial.jusbaires.gob.ar/?pagina=producto&id=28>, consultado el 10/12/2023.
- GONÇALVES FIGUEIREDO, Hernán R., *Derecho Electoral*, ed. 2, Di Lalla, 2017, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “Equidad Electoral”, en *IIDH Diccionario Electoral*, ed. 3, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017, Costa Rica/México, URL <https://www2.iidh.ed.cr/capel/diccionario/index.html#dfliip-flipbookContainer/1/>, consultado el 10/12/2023.

- NAVA GOMAR, Salvador O., “Gobierno abierto”, en *IIDH Diccionario Electoral*, ed. 3, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017, Costa Rica/México, URL <https://www2.iidh.ed.cr/capel/diccionario/index.html#dfliip-flipbookContainer/1/>, consultado el 10/12/2023.
- PERÍCOLA, María A, LINARES, Gonzalo & LAUHIRAT, Santiago, “El desafío del género neutro para las normas de paridad electoral”, en *Revista sobre enseñanza del Derecho*, 2019, pp. 197-230, URL [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/34/el-desafio-del-genero-neutro-para-las-normas-de-paridad-electoral.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/34/el-desafio-del-genero-neutro-para-las-normas-de-paridad-electoral.pdf), consultado el 10/12/2023.
- Poder Ejecutivo CABA, Decreto 653/1996, 12/12/1996, B.O. N.º 92, URL <https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/36822>, consultado el 10/12/2023.
- República Argentina, “Ley que garantiza los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires”, Ley 24.588, 27/11/1995, URL <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/30000-34999/30444/texact.htm#:~:text=ARTICULO%20%C2%BA%20%E2%80%94%20La%20presente%20ley,del%20Gobierno%20de%20la%20Naci%C3%B3n.,> consultado el 10/12/2023.
- , Ley 24.620, 28/12/1995, URL <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/30000-34999/31825/norma.htm>, consultado el 10/12/2023.
- REYES PÉREZ ALBERDI, María, “La delimitación del derecho de sufragio activo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Político*, 2013, N.º 88, nota 39, URL <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/12786/11915> consultado 10/12/2023, consultado el 10/12/2023, pp. 337-366.
- SABA, Roberto, “Comentario al art. 11”, en BASTERRA, Marcela I., *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Edición Comentada*, Jusbairens, 2017, URL <https://editorial.jusbairens.gob.ar/?pagina=producto&id=42>, consultado el 10/12/2023.
- SALVATELLI, Ana, *La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires*, Jusbairens, 2019, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, <https://editorial.jusbairens.gob.ar/?pagina=producto&id=119>, consultado el 10/12/2023.
- SANTAMARINA, Sofía & ZAPICO, Manuel, *Taquigráfico Palabras Legislativas Código Electoral*, Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, URL <https://www.calameo.com/defensoriacaba/read/0026823992228aea7b49b>, consultado el 10/12/2023.

- Tribunal Superior de Justicia de CABA, “Club Atlético Deportivo Paraguayo y otros s/ amparo electoral”, 28/10/2021, URL [http://www.tsjbaires.gov.ar/components/com\\_expedientes/expedientes\\_download\\_EJE.php?expediente=223000&incidente=0&movimiento=2407830&anio=2021](http://www.tsjbaires.gov.ar/components/com_expedientes/expedientes_download_EJE.php?expediente=223000&incidente=0&movimiento=2407830&anio=2021), consultado el 10/12/2023.
- , ‘Lista “UNO-Una Nueva Opción’ del Partido Renovador Federal’, 10/08/2021, URL [https://www.eleccionesciudad.gob.ar/uploads/resoluciones/GEDO\\_RS-2021-00023734-\\_VOTAMENDI.pdf](https://www.eleccionesciudad.gob.ar/uploads/resoluciones/GEDO_RS-2021-00023734-_VOTAMENDI.pdf), consultado el 10/12/2023.
- , “Movimiento Libres del Sur y otros s/ amparo electoral”, 09/09/2021, URL <http://www.saij.gob.ar/tribunal-superior-justicia-ciudad-buenos-aires-local-ciudad-autonoma-buenos-aires-movimiento-libres-sur-otros-amparo-electoral-fa21380181-2021-09-09/123456789-181-0831-2ots-eupmocsollaf>, consultado el 10/12/2023.
- , Resolución Electoral de Presidencia N.º 23/2021, 29/06/2021, URL <https://www.eleccionesciudad.gob.ar/2021/uploads/resoluciones/RS23-2021-00022226-+++VWEINBERG.pdf> consultado 10/12/2023.
- , Resolución de Presidencia N.º 28/2021, 30/07/2021, URL [https://www.eleccionesciudad.gob.ar/uploads/resoluciones/Oficializaci%C3%B3n\\_RS-2021-00022311-+++VWEINBERG.pdf](https://www.eleccionesciudad.gob.ar/uploads/resoluciones/Oficializaci%C3%B3n_RS-2021-00022311-+++VWEINBERG.pdf), consultado el 10/12/2023.
- , “Ruano, Guillermo N. S/ Formula Petición - Denuncia (expte. N.º CNE 7.238/2021 del juzgado nacional en lo criminal y correccional federal N.º 1) s/ electoral – otros electoral”, 13/04/2022, URL [http://www.tsjbaires.gov.ar/components/com\\_expedientes/expedientes\\_download\\_EJE.php?expediente=233278&anio=2021&incidente=0&movimiento=801347](http://www.tsjbaires.gov.ar/components/com_expedientes/expedientes_download_EJE.php?expediente=233278&anio=2021&incidente=0&movimiento=801347), consultado el 10/12/2023.
- , “Unión Cívica Radical c/ GCBA s/ Electoral – otros”, 23/01/2015, URL <http://www.saij.gob.ar/tribunal-superior-justicia-ciudad-buenos-aires-local-ciudad-autonoma-buenos-aires-union-civica-radical-gcba-electoral-otros-fa15380000-2015-01-23/123456789-000-0835-1ots-eupmocsollaf>, consultado el 10/12/2023.
- TULLIO, Alejandro, “Comentario al título octavo”, en PERÍCOLA, María A. & MARIAS, Sebastián D., *Código Electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Edición Comentada*, Jusbaire, 2020, URL <https://editorial.jusbaire.gov.ar/?pagina=producto&id=28>, consultado el 10/12/2023.
- ZULCOVSKY, Florencia, “Comentario al título primero”, en PERÍCOLA, María A. & MARIAS, Sebastián D., *Código Electoral de la Ciudad Autónoma*

*de Buenos Aires Edición Comentada*, Jusbaire, 2020, URL <https://editorial.jusbaire.gov.ar/?pagina=producto&id=28>, consultado el 10/12/2023.



**TRABAJOS DE CURSOS DEL CPO ORIENTADOS  
A LA INVESTIGACIÓN**



## ALCANCES DEL TÉRMINO “RELACIÓN DE PAREJA”: POSIBLE LAGUNA DE RECONOCIMIENTO EN EL CUERPO NORMATIVO PENAL\*

SOFÍA LUEJE\*\*

**Resumen:** El presente trabajo se propone abordar el desafío planteado por el enigmático término “relación de pareja” del artículo 80, inciso 1, del Código Penal de la Nación. La falta de precisión en esta expresión ha generado diversas teorías e interpretaciones doctrinarias, conduciendo a soluciones inconsistentes, incluso en casos fácticamente similares. La importancia de dilucidar el alcance de esta norma radica en una consecuencia de suma gravedad, tanto en el plano práctico como jurídico: la imposición de una pena de prisión perpetua. Interpretaciones excesivamente amplias como respuesta a la vaguedad de esta disposición pueden entrar en conflicto con los principios fundamentales que rigen el ámbito penal. Por lo tanto, resulta crucial abordar esta indeterminación semántica mediante el empleo del método coherentista, reflexiones doctrinarias y análisis de precedentes jurisprudenciales que permitan proporcionar claridad al momento de aplicar la norma, en armonía con los principios rectores del sistema jurídico penal.

**Palabras clave:** derecho penal — relación de pareja — homicidio agravado — indeterminación semántica — código penal de la nación — vaguedad — laguna de reconocimiento — coherencia.

**Abstract:** This paper intends to address the challenge raised by the ambiguity of the concept “couple relationship” of section 80, subsection 1 of the Criminal Code. This expression’s lack of precision has given place to several theories and legal doctrine interpretations, resulting in inconsistent solutions even in cases that were factually equal. The importance of clarifying the reach of this provision lies in an extremely serious consequence both legally and practically: life

\* Recepción del original: 06/11/2023. Aceptación: 09/11/2023.

\*\* Estudiante de Abogacía.

imprisonment. Overly wide interpretations of this provision may conflict with the fundamental principles that govern criminal law. Therefore, it is crucial to address this semantic indetermination by using the coherent method, legal doctrine and case law analysis that help cast some light when applying the law consistently with the governing principles of the criminal legal system.

**Keywords:** criminal law — couple relationship — aggravated murder — semantic indetermination — criminal code — vagueness — penumbral interpretation — coherent method.

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho, entendido desde una óptica más bien positivista, puede ser definido como un conjunto de normas que rige y guía las conductas de un grupo de personas en un tiempo y lugar determinado. Dichas reglas –proposiciones– se expresan a través de formulaciones normativas –palabras– y, por tanto, se tratan de actos lingüísticos exteriorizados por el legislador.<sup>1</sup> Al respecto, Alonso ha dicho que:

[...] las normas se dictan con el propósito de que determinadas personas se comporten de determinada manera, y un presupuesto básico de este propósito es que los destinatarios comprendan qué es lo que de ellos se desea; de allí que los legisladores dicten las normas en lenguaje natural (idioma) compartido por los destinatarios de estas.<sup>2</sup>

En los términos expuestos, el lenguaje funciona como vehículo del derecho y, como tal, sus falencias afectan a dicha disciplina. Este trabajo intentará resaltar algunas de estas dificultades, contemplando las posibles soluciones que existen frente a los problemas de indeterminación semántica y la existencia de las denominadas “lagunas de reconocimiento”.

Particularmente, se analizará la vaguedad que afecta al término “relación de pareja” incorporado por el legislador en el artículo 80, inciso 1, del

1. ALONSO, “La identificación de las normas”, p. 43.

2. ALONSO, “La identificación de las normas”, p. 43.

Código Penal de la Nación, en el año 2012.<sup>3</sup> Se estudiarán, en relación con ella, sus implicancias desde el punto de vista práctico y las posibles contradicciones que podrían surgir, a partir de determinadas interpretaciones, respecto de algunos principios fundamentales que rigen la materia penal.

## II. DIFICULTADES DEL LENGUAJE: IMPLICANCIAS EN LA INTERPRETACIÓN NORMATIVA

Si entendemos que la finalidad de la norma es la de regular o guiar conductas humanas, su interpretación resulta de gran trascendencia. La dinámica unidireccional que caracteriza la actividad legislativa reviste dicha tarea de una gran dificultad ya que, una vez sancionada una ley, no existe la posibilidad de consultar con el legislador qué quiso decir o qué casos pretendió abarcar.

Consciente de esta realidad, con el objetivo de esquematizar el proceso de interpretación, Alonso<sup>4</sup> retomó las tres etapas distinguidas por Bulygin:<sup>5</sup> a) la identificación de las normas; b) la sistematización de las normas y; c) la determinación de la coherencia de las normas.

Preliminarmente, corresponde centrarse en la primera de las etapas, es decir, aquella relacionada con el estrecho vínculo existente entre el derecho y el lenguaje. Como se ha adelantado, el lenguaje es el medio o vehículo mediante el cual se establecen y transmiten los derechos y las obligaciones de las personas. Vehículo que suele dar lugar, entre otros conflictos, a problemas de indeterminación semántica. Sobre esto se hará particular hincapié.

### II.A. El problema de la indeterminación semántica. Vaguedad

Todas las palabras que utilizamos en la cotidianeidad son potencialmente vagas o ambiguas. Esta problemática es inherente al lenguaje y se encuentra presente en todas las áreas de comunicación, y el ámbito jurídico no es la excepción a la regla. De hecho, es en el ámbito de las normas en

3. República Argentina, Ley 26.791, 2012, art. 80, inciso 1.

4. ALONSO, "Apuntes preliminares", p. 5.

5. BULYGIN, "Dogmática jurídica y sistematización del derecho".

donde el desconocimiento de estas dificultades trae las consecuencias más disvaliosas. No se puede trabajar sobre algo que se ignora, no solo por la función que cumplen las normas en la sociedad, sino también por los tecnicismos de los que suelen estar investidas es menester identificar las trabas que impiden su comprensión por parte de sus destinatarios: los ciudadanos.

A los fines de clarificar los conceptos, corresponde explicar que la ambigüedad tiene lugar cuando a partir de una formulación normativa –oración que expresa una norma– se pueden extraer normas no equivalentes entre sí.<sup>6</sup>

Cuando este problema lingüístico se presenta, quien analiza la formulación normativa tiene dificultades para determinar cuál de los sentidos se le debe dar en el caso concreto.

La vaguedad, por su parte, es lo opuesto a la precisión. Aquí el problema ya no es que exista una multiplicidad de sentidos, sino que no es posible determinar con claridad a qué casos es aplicable la norma.

Es posible identificar diferentes formas de vaguedad, como aquella en términos polares –no existe un límite divisorio que permita establecer entre dos polos en qué casos de aquellos que se encuentran en los segmentos centrales se aplica la norma– o la combinatoria –no es posible determinar qué presupuestos fácticos deben reunirse para que sea aplicable la norma–. Al respecto, también se ha dicho que el fenómeno de la textura abierta del lenguaje implica que:

[...] si bien pueden realizarse esfuerzos para limitar al mínimo la vaguedad, no puede garantizarse a priori que no puedan surgir casos dudosos, por la aparición de circunstancias que los usuarios del lenguaje no consideraron relevantes.<sup>7</sup>

Entonces, la ambigüedad y la vaguedad –ambos problemas presentados al momento de identificación– presentan desafíos diferentes a la hora de interpretar y aplicar las normas legales, lo que implica que una lectura literal de la norma pareciera no resultar suficiente.

Mientras que la ambigüedad se relaciona con la identificación de la norma genérica y los diferentes resultados posibles que puedan derivar de ella, la vaguedad implica la dificultad en el momento de subsumir un caso

6. ALONSO, “La identificación de las normas”, p. 13.

7. ALONSO, “La identificación de las normas”, p. 62.

individual dentro de un caso genérico. Es decir que la vaguedad implica un obstáculo al momento de aplicación de la norma.

Se han postulado diferentes soluciones para hacer frente a estas dificultades. Hay quienes sostienen que se debe realizar una interpretación subjetiva de la norma –como psicológica, histórica o teleológica– y que esta debe prevalecer sobre la objetiva –literalidad de la norma–; y hay quienes sostienen que únicamente se debe recurrir a la interpretación subjetiva en aquellos supuestos en los que una interpretación literal no sea suficiente para resolver el caso concreto.<sup>8</sup>

Por su parte, autores como Alonso proponen una estrategia general más bien coherentista –estrategia adoptada en este artículo y que se desarrollará más adelante–.

El presente trabajo se centrará en el problema de la vaguedad para analizar, como ya se ha adelantado, una de las disposiciones de nuestro Código Penal de la Nación: el artículo 80, inciso 1.

### *II.A.1. Lagunas de reconocimiento*

Las lagunas de reconocimiento o, como Hart las denomina, “problemas de penumbra”, tienen lugar cuando, debido a la falta de precisión semántica de ciertos conceptos, no queda del todo claro si un caso individual se incluye o no en un caso genérico.<sup>9</sup> Su existencia ya no es un problema del lenguaje, sino más bien un problema jurídico.

Cabe destacar que su presencia no afecta a la completitud del sistema normativo, pero implica una indeterminación conceptual de las normas que lo integran, que se vincula con problemas de vaguedad de las palabras o términos que las conforman. De este modo, “no se originan en una insuficiencia o defecto del sistema, sino que se deben a ciertas propiedades semánticas del lenguaje en general”.<sup>10</sup>

Ahora bien, a lo largo de este trabajo se intentará dilucidar si en el caso bajo análisis efectivamente existe una laguna de reconocimiento o si, por el contrario, a partir de una interpretación coherentista, es posible concluir que el ordenamiento jurídico ya otorga una solución frente al problema

8. ALONSO, “La identificación de las normas”, p. 65.

9. ALCHOURRÓN & BULYGIN, “El concepto de caso”, p. 50.

10 ALCHOURRÓN & BULYGIN, “El concepto de caso”, p. 51.

de indeterminación semántica que aquí compete: la vaguedad del término “relación de pareja”.

### *II.A.2. Un ejemplo de nuestro Código Penal de la Nación*

Los problemas de identificación son usuales en nuestra práctica legislativa. A continuación, se presentará un ejemplo para una mejor comprensión de cómo suelen solucionarse en la práctica.

Los artículos 76 bis, ter y quater del Código Penal de la Nación introducen el instituto de suspensión del juicio a prueba. En dichas disposiciones se plasman cuáles son los requisitos necesarios para el otorgamiento de la suspensión: que la pena del delito no supere los tres años y que haya posibilidad de acceso a la condena de ejecución condicional. Surge, sin embargo, el interrogante de si estos requisitos son conjuntos —ambas condiciones son necesarias— o disjuntos —el conocimiento de uno de los requisitos habilita la procedencia del instituto—. <sup>11</sup>

Frente a esta indeterminación, se han generado dos posturas doctrinarias: una estricta —los dos requisitos deben presentarse conjuntamente— y una amplia —los requisitos deben interpretarse como disjuntos—.

Como se puede observar, frente a este problema que se presentó en la primera de las etapas del proceso de entendimiento de la norma, los juristas plantearon dos posibles soluciones para resolver o analizar los casos concretos. Remitiéndose ya sea a interpretaciones objetivas o subjetivas, desarrollaron teorías que pretendieron sentar una solución al problema normativo en particular.

Lo mismo sucede con los restantes problemas del lenguaje. A partir de interpretaciones, que no son siempre las mismas, se formulan teorías que, según cuál sea la que se adopte, permiten llegar a un resultado o a otro.

A continuación, teniendo en cuenta esta dinámica, se estudiará con mayor profundidad otro de los ejemplos de este problema de identificación de las normas presente en nuestro Código Penal, junto con sus correspondientes teorías. A partir de dicho estudio, se intentará arribar a conclusiones que permitan un mayor acercamiento a una solución que sea respetuosa de los principios rectores del derecho penal.

11. ALONSO, “La identificación de las normas”, p. 9.

### III. HOMICIDIO AGRAVADO: VAGUEDAD DEL TÉRMINO “RELACIÓN DE PAREJA”

La norma por analizar será el artículo 80, inciso 1, del Código Penal de la Nación, que establece que: “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1º A su ascendiente, descendiente, cónyuge, excónyuge, o a *la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja*, mediere o no convivencia” (el resaltado me pertenece).

Corresponde mencionar que este artículo, incorporado en el Libro Segundo de nuestro Código Penal, prevé aquellas agravantes del delito de homicidio simple, regulado en el artículo 79 del mismo cuerpo normativo. Mientras que quien comete el tipo básico de homicidio será reprimido con una pena de prisión de entre ocho y hasta veinticinco años, quien realiza una conducta a encuadrarse en la figura agravada será reprimido con prisión perpetua.

La cadena perpetua es, en la actualidad, la sanción penal más severa y contundente dentro de nuestro marco jurídico. Su imposición conlleva un nivel de reproche extremadamente elevado hacia la conducta perpetrada por el autor de un delito y, como tal, su aplicación debe ser objeto de una minuciosa consideración. De esta forma, tal es la trascendencia y gravedad de esta pena, que su utilización debe venir de la mano de un análisis riguroso de los hechos y las circunstancias del caso concreto, para saber si se configuran o no los elementos del tipo penal. Aunque, de todas maneras, la taxatividad legal que prima en derecho penal vuelve esto obligatorio, cualquiera sea la pena por imponer.

Según la normativa vigente, uno de los supuestos en los que se puede y debe habilitar la imposición de esta condena es cuando una persona matare a otra con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja. Ahora bien, ¿qué alcance tiene el término “relación de pareja”? Poder delimitarlo resulta esencial, aún más en tiempos como los actuales en donde las relaciones interpersonales no poseen las mismas características que tiempos atrás. Lo cierto es que, hoy en día, el modelo de pareja tradicional –monogámica– está siendo dejado de lado, y comienzan a aparecer diferentes modalidades. En la actualidad, las parejas pueden ser heterosexuales u homosexuales, casadas o convivientes, monógamas o poliamorosas, e incluso pueden incluir a personas que no mantienen un vínculo convivencial.

A la luz de estos cambios sociales y culturales, resulta imperativo que quienes analizan las normas del sistema reconozcan la existencia de una gran diversidad de relaciones que podrían ser calificadas como “de pareja”. Esto implica superar los estereotipos y prejuicios arraigados a concepciones tradicionales y considerar que existen nuevas realidades, respetando la autonomía de las personas para definir sus propias formas de establecer vínculos afectivos.

Sin embargo, esta visión amplia con la que debe analizarse el fenómeno social no necesariamente debe ser la misma con la que se analiza el fenómeno jurídico-penal. En este sentido, de adoptarse una interpretación amplia del término “relación de pareja”, teniendo en cuenta la diversidad de significados que puede abarcar en la actualidad, se correría el riesgo de incluir una amplia gama de casos dentro del homicidio agravado, casos que no necesariamente parecerían justificar un mayor grado de reproche penal.

En otras palabras, una interpretación indiscriminada del término podría dar lugar a situaciones en las que se aplicaría la agravante de homicidio de manera desproporcionada, por atribuirle a casos en los que la naturaleza y gravedad del delito no se corresponden con el grado de reproche que la ley parecería pretender imponer. Por ello, resulta necesario tener en cuenta los elementos contextuales y las circunstancias específicas de cada caso concreto para determinar si realmente se configura una relación de pareja en el sentido buscado por la ley y si la imposición de una pena más grave es adecuada y justificada.

Por lo expuesto, si bien es de extrema importancia el reconocimiento de la diversidad de formas de vinculación sexoafectivas existentes, es igualmente crucial evitar una interpretación que conduzca a la aplicación desproporcionada de la agravante de homicidio, cuya consecuencia es la aplicación de la pena más grave de nuestro sistema. Es decir, ante la existencia de un término vago en una norma penal, debe tenerse en consideración su evolución social, pero también el principio de proporcionalidad y adecuación de las penas y, principalmente, el de legalidad —este punto se desarrollará más adelante—.

#### IV. SOLUCIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES

Desde su incorporación en el año 2012, el problema de vaguedad que afecta al término “relación de pareja” ha dado lugar a diversos debates

doctrinarios. Mientras que algunos autores, desde una mirada más amplia, consideran que se debe considerar como tal a cualquier vínculo afectivo, sin importar la formalidad legal o la duración de la relación, otros argumentan que debe estar respaldada por un reconocimiento legal –por ejemplo, la unión convivencial–.

Estas teorías se ven aplicadas en diferentes precedentes jurisprudenciales, que han abordado la cuestión de la relación de pareja al analizar el artículo 80, inciso 1, del Código Penal de la Nación. Los tribunales han tenido que resolver en casos concretos si un vínculo entre dos personas habilitaba o no la configuración de la agravante de homicidio.

Esta dificultad del lenguaje presentada en estos términos sigue generando controversia y deja espacio para interpretaciones divergentes, por lo que la búsqueda de criterios claros para determinar qué constituye una relación de pareja sigue siendo un desafío para los operadores jurídicos.

#### **IV.A. Tesis estricta. Precedentes**

Desde una mirada más bien restrictiva, hay quienes sostienen que para que un homicidio encuadre en el tipo penal agravado bajo análisis deben configurarse los requisitos de las “uniones convivenciales” que establece el artículo 509 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación. Dicho artículo dispone que:

Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.<sup>12</sup>

Por su parte, el artículo 510 del mencionado Código continúa estableciendo, entre otros requisitos, que para que sean aplicables las disposiciones relativas a las uniones convivenciales los integrantes deben ser mayores de edad y deben mantener una convivencia durante un período no inferior a dos años.<sup>13</sup>

12. República Argentina, “Código Civil y Comercial de la Nación”, art. 509.

13. República Argentina, “Código Civil y Comercial de la Nación”, art. 510.

La Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, en el fallo “Escobar”,<sup>14</sup> entendió que la relación de pareja es un elemento normativo del tipo y consideró pertinente buscar su definición dentro del propio ordenamiento jurídico, remitiéndose al Código Civil y Comercial. En este sentido, utilizó los elementos de la unión convivencial –con especial énfasis en los dos años de convivencia– para determinar si en el caso concreto efectivamente existía o no una relación de pareja y, así, identificar si correspondía o no la aplicación de la agravante. Se sostuvo, allí, que interpretar el término de forma indeterminada implicaba una afectación al principio de taxatividad legal que caracteriza al derecho penal y les otorga a los jueces un grado demasiado alto de discrecionalidad al momento de decidir.

En base al mismo criterio, se pronunció la jurisprudencia al descartar la aplicación de la agravante en un caso en el que se probó que el vínculo era clandestino y en un caso en el que se consideró que la relación no era estable por haber tenido una duración de aproximadamente seis meses.<sup>15</sup> Así, al no configurarse estrictamente todos los requisitos que prevé la normativa civil, los tribunales entendieron que correspondía rechazar la aplicación de la agravante.

Como se analizará más adelante, esta forma de análisis restrictiva pareciera ser la más respetuosa de los principios rectores que rigen en el derecho penal.

#### **IV.B. Tesis amplia. Precedentes**

Se encuadran, en este apartado, aquellas posturas doctrinarias que rechazan la equiparación del término “relación de pareja” a las uniones convivenciales reguladas en los artículos 509 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación.

En el precedente “Sanduay”,<sup>16</sup> la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional define el término como aquella unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas, sean o no del mismo sexo, pero sin considerar

14. Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, “Escobar, Daniela”.

15. Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, “Campanerutto s/ homicidio agravado en tentativa”; Cámara en lo Criminal y Correccional de Décimo Primera Nominación de la Ciudad de Córdoba, “Lizarralde, Gonzalo Martín”.

16. Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, “Sanduay, Sandro Mario”.

la convivencia como un elemento imprescindible. Es decir, si bien contempla aquellos elementos necesarios para la conformación de una unión convivencial en el marco de lo que establece el derecho civil, prescinde del elemento de la convivencia.

Se expresó, en dicha oportunidad, la importancia de constatar un efectivo aprovechamiento por parte del autor de la existencia de tal relación —aquí se funda la existencia del mayor reproche penal—. Con el mismo criterio se expidió el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires en el fallo "Aponte",<sup>17</sup> al considerar que la convivencia no constituye un requisito necesario para la configuración de una relación de pareja. También, en el fallo "Burgos Duarte",<sup>18</sup> oportunidad en la que resolvió aplicar la agravante por considerar que no era exigible una convivencia de dos años.

Por su parte, la Suprema Corte de la Justicia de la Provincia de Buenos Aires aplicó la agravante en un caso de homicidio en el que el autor y la víctima tenían una relación de noviazgo, aunque sin mediar convivencia y sin un particular proyecto de vida en común.<sup>19</sup>

A mayor abundamiento, existe cierta parte de la doctrina que no solo se aleja del requisito de la convivencia establecido para la configuración de las uniones convivenciales, sino que va más allá y también prescinde de otros requisitos como la singularidad.<sup>20</sup>

Estas consideraciones suelen venir de la mano de interpretaciones con perspectiva de género que pretenden abarcar aquellos supuestos en los que el vínculo afectivo entre las personas no es necesariamente notorio, pero no por eso inexistente.

Se trata, entonces, de posturas que, si bien contemplan y tienen en consideración los requisitos legales para la configuración de una unión convivencial, prescinden de algunos de ellos ante el análisis del caso en concreto. Suelen fundarse, como se mencionó, en el entendimiento de la existencia de una situación de mayor aprovechamiento por parte del autor, que nace a partir del vínculo afectivo que poseía con la víctima.

17. Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, "Aponte, Graciela del Valle".

18. Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, "Burgos Duarte, Ricardo Ramón".

19. Suprema Corte de la Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Altuve, Carlos A., Fiscal ante...".

20. BUOMPADRE, *Violencia de género, feminicidio y...*

En esta línea, se ha sostenido que, en caso de limitar la aplicación de la agravante a aquellas instituciones que contempla el Código Civil y Comercial,

todos los casos de relaciones de parejas consolidadas sin convivencia quedarían subsumidos en el tipo básico, descuidando que, para llegar a cometer el ilícito, el sujeto activo hizo uso y abuso de la confianza y del conocimiento que tenía de su víctima, y ese aprovechamiento es considerablemente más reprochable que un homicidio simple”.<sup>21</sup>

Este tipo de interpretación en materia penal es, como mínimo, cuestionable, en tanto puede dar lugar a la imposición de una misma pena –de hecho, la más dura– frente a hechos de diferente gravedad. Es decir, ¿merece el mismo reproche el homicidio que se da en el marco de un noviazgo de unos meses que si se tratara de una relación en la que hay convivencia? ¿En qué motivos se funda este reproche?

Se ha dicho, en relación con estos interrogantes y desde una mirada crítica, que “resulta desproporcionado que determinadas vinculaciones afectivas (ej. mero noviazgo) que desde el punto de vista del derecho civil no generan ningún efecto jurídico ameriten al mismo tiempo la respuesta punitiva más grave del ordenamiento jurídico-penal”.<sup>22</sup>

Además, también desde una mirada crítica, pareciera no corresponder que los tribunales den respuesta a esta problemática de forma discrecional y arbitraria, sin parámetros determinados, ya que supondría un ejercicio de la actividad legislativa por parte de un poder incompetente a tales efectos.

## V. PRINCIPIOS RECTORES EN MATERIA PENAL: LEGALIDAD. COHERENCIA DEL SISTEMA

El principio de legalidad, consagrado constitucionalmente, implica que ninguna persona puede ser sancionada penalmente si no es en virtud de una ley preexistente que así lo establezca. De esta manera, no es concebible

21. CHAVARRÍA, “Delimitando el alcance de la agravante...”, p. 5.

22. SANTOIANNI, “El alcance de la agravante del...”, p. 3.

aplicar una sanción frente a una conducta si esta no se encuentra tipificada como delito en una norma positiva. Es necesaria una clara correspondencia entre la conducta realizada y el tipo penal que la define, encontrándose prohibidas las interpretaciones analógicas que podrían llevar a una aplicación arbitraria de las disposiciones penales.

Frente a la existencia de problemas de indeterminación semántica, se presenta el gran desafío de no vulnerar dicho principio de legalidad.

En los casos de vaguedad, como aquel que aparece en el artículo 80, inciso 1, del Código Penal de la Nación, la incertidumbre sobre a qué casos individuales aplicar la norma puede resultar muy conflictiva en estos términos. Se pretende que los ciudadanos conozcan de antemano cuáles son las conductas punibles y las consecuencias jurídicas que dichas conductas conllevan para que sea justificado el ejercicio del poder punitivo estatal. Sin embargo, la existencia de estos problemas en la etapa de identificación normativa puede socavar este principio, en tanto dificultan la previsibilidad de las normas penales.

El principio *in dubio pro reo* establece que, en caso de duda sobre la culpabilidad de una persona acusada de un delito, se debe resolver a favor del imputado. Se trata de una derivación del principio de inocencia que busca equilibrar la diferencia de condiciones existentes entre el poder punitivo del Estado y aquel individuo que está siendo acusado.

Si se analizan armónicamente estos dos principios rectores y se tienen presentes a la hora de establecer los alcances del concepto de "relación de pareja", pareciera que aquella postura de equiparación del término al de "uniones convivenciales" es la más respetuosa de dichos preceptos. En este sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Acosta"<sup>23</sup> que, al evaluar la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, señaló que el principio de legalidad que rige en materia penal exige priorizar una interpretación restrictiva dentro del límite semántico de la norma. Es decir, manifestó que correspondía privilegiar aquella interpretación que más derechos implicara para el individuo frente al Estado.

En el caso concreto, gráficamente, existe una formulación normativa y dos posibles interpretaciones:

Por las razones expuestas con anterioridad, la adopción de una de las soluciones (i2) torna al sistema incoherente, mientras que la otra no lo hace

23. CSJN, "Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción...".

FN		“Relación de pareja”
i1	→	Se limita al cumplimiento de los requisitos del artículo 509 y ss. del Código Civil y Comercial (a partir de una interpretación restrictiva)
i2	→	Puede configurarse aun prescindiendo de algunos requisitos del artículo 509 y ss. del Código Civil y Comercial (a partir de una interpretación amplia)

(i1). El resultado de optar por i2 es que exista una incoherencia entre los principios rectores de la materia penal y la norma plasmada en el artículo 80, inciso 1, del Código. A los efectos de este análisis, se entenderá por coherencia –según Maccormick– a la “relación según la cual un conjunto de reglas se subsume en un conjunto de principios o valores relevantes; las reglas coherentes satisfacen o son instancias de esos principios o valores”.<sup>24</sup>

A mayor profundidad, entra aquí en juego la idea de derrotabilidad planteada por Schauer, según la cual “los principios pueden derrotar a una regla cuando la aplicación de esta es contraproducente para la afirmación, realización o cristalización del principio involucrado [...]”.<sup>25</sup>

En este caso, existe una regla que, de interpretarse de manera amplia, contraría un principio constitucional y fundamental en materia penal. Siguiendo la lógica de Schauer, de existir conflicto entre un principio constitucional y una regla penal —que en este caso se configura únicamente a partir de una de las interpretaciones—, quien resuelve deberá hacer prevalecer aquel principio, quedando derrotada la norma que lo contraría. A la luz del modelo moderado de coherencia,<sup>26</sup> analizando la jerarquía del principio presuntamente derrotante, podríamos afirmar que corresponde que la regla que nace de “i2” sea derrotada.

24. ALONSO, “La coherencia de las normas”, p. 185.

25. ALONSO, “Modelos jurídicos de coherencia”, p. 28.

26. ALONSO, “Modelos jurídicos de coherencia”, p. 34.

Ahora bien, si se interpreta esta regla de manera restrictiva (i1), el conflicto constitucional desaparece —o, al menos, resulta menos evidente—y, por tanto, si se respetan los lineamientos del modelo jurídico mencionado, no existiría razón suficiente para que dicha norma sea derrotada.

En este sentido, existen casos concretos en los que, si bien podría entenderse —desde una perspectiva amplia— que debe aplicarse la agravante, lo cierto es que, de hacerlo, el sistema perdería coherencia. Y, ello, habilitaría la derrotabilidad de la regla por contrariar principios esenciales del ordenamiento jurídico —en este caso, principalmente, el de legalidad—. Desde esta lógica, no cabe duda de que la elección de una interpretación restrictiva resulta la más prudente.

Adicionalmente, optar por la aplicación de teorías amplias e interpretaciones subjetivas implicaría una mayor indeterminación del término, permitiendo que encuadrar o no un hecho en el tipo penal agravado quede en completa discrecionalidad del juez, violentando la seguridad jurídica que busca preservar el principio de legalidad y volviendo al sistema incoherente.

## VI. CONCLUSIONES

El análisis de la indeterminación semántica en el derecho penal, específicamente en relación con el término "relación de pareja" estipulado en el artículo 80, inciso 1, del Código Penal de la Nación, ha evidenciado la complejidad que implica la subsunción de casos particulares ante normas que poseen conceptos vagos.

La vaguedad del término "relación de pareja" ha generado un amplio debate en la jurisprudencia y la doctrina, resultando en la formulación de diferentes teorías y enfoques interpretativos.

Sin embargo, a la luz de un modelo moderado de coherencia que contemple los principios fundamentales en juego, como lo es, principalmente, el de legalidad, pareciera pertinente optar por una interpretación restrictiva que equipare el concepto de "relación de pareja" al de "unión convivencial". Esto garantizaría una aplicación más precisa de la norma, evitando posibles abusos o interpretaciones excesivamente amplias que podrían poner en jaque indiscriminadamente los derechos de quienes son acusados de un presunto delito.

Analizar el sistema y la problemática desde una mirada coherentista otorga, entonces, una solución a un problema que parecía ser prácticamente imposible de desentrañar con firmeza.

Un estudio armónico de los principios y las normas en juego soluciona el problema de vaguedad del término conflictivo e impide la formación de una laguna de reconocimiento.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos E. & BULYGIN, Eugenio, “El concepto de caso”, en ALCHOURRÓN, Carlos E. & BULYGIN Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2da. ed., Astrea, 2017, Buenos Aires, cap. 2.
- ALONSO, Juan P., “Modelos jurídicos de coherencia”, en *Revista de Filosofía del Derecho*, 2012, Vol. 1, N.º 1, 05/2012, pp. 3-35.
- , “Apuntes preliminares”, en ALONSO, Juan P., *Interpretación de las normas y derecho penal*, Didot, 2016, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cap. 1, pp. 25-29.
- , “La coherencia de las normas”, en ALONSO, Juan P., *Interpretación de las normas y derecho penal*, Didot, 2016, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cap. 4, pp. 191-348.
- , “La identificación de las normas”, en ALONSO, Juan P., *Interpretación de las normas y derecho penal*, Didot, 2016, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cap. 2, pp. 32-93.
- BULYGIN, Eugenio, “Dogmática jurídica y sistematización del derecho”, en BULYGIN, Eugenio & ALCHOURRÓN, Carlos E., *Análisis lógico y derecho*, Trotta, 2013, Madrid, parte II. 26, pp. 483-503.
- BUOMPADRE, Jorge E., *Violencia de género, femicidio y Derecho Penal: los nuevos delitos de género*, Alveroni, 2013, Córdoba.
- Cámara en lo Criminal y Correccional de Décimo Primera Nominación de la Ciudad de Córdoba, “Lizarralde, Gonzalo Martín”, “Lizarralde, Gonzalo Martín s/ homicidio calificado y tentativa de homicidio calificado”, 22/10/2015.
- Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala II, “Escobar, Daniela”, “E., D. s/recurso de casación”, 18/06/2015, reg. N.º 168/2015.
- , Sala I, “Campanerutto s/ homicidio agravado en tentativa”, 12/02/2020, reg. N.º 164/2020.
- , Sala III, “Sanduay, Sandro Mario s/ homicidio simple en tentativa”, 06/09/2016, reg. N.º 686/2016.

- CHAVARRÍA, Magalí A., “Delimitando el alcance de la agravante “relación de pareja” del art. 80, inc. 1º del Código Penal”, en *Revista Código Civil y Comercial*; 17, La Ley, 2020. Año 6, Vol. 3.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1º párrafo Ley 23.737-causa N.º 28/05-”, 23/04/2008, *Id SAIJ: FA08000030*.
- República Argentina, “Código Civil y Comercial de la Nación”, Ley 26.994, 01/08/2015.
- , Ley 26.791 Código Penal Modificaciones, 14/12/2012.
- SANTOIANI, Juan P., “El alcance de la agravante del homicidio por la ‘relación de pareja’ a la luz del principio de legalidad”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año XIII, N.º 6, julio 2023, pp. 35-52.
- Suprema Corte de la Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “Altuve, Carlos A., Fiscal ante el Tribunal de Casación s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N.º 79.641 del Tribunal de Casación Penal, Sala I, seguida a R., F. S.”, 20/07/2020.
- Tribunal de Casación Penal Buenos Aires, Sala IV, “Burgos Duarte, Ricardo Ramón s/ recurso de casación”, 13/10/2020.
- , “Aponte, Graciela del Valle s/ recurso de casación interpuesto por agente fiscal”, 09/06/2016.



## SEGUIMIENTO POST ADOPTIVO: EL DILEMA DE LAS GARANTÍAS EN LOS CASOS DE MALAS INSERCIONES DE ADOPCIONES INTERNACIONALES EN ARGENTINA\*

MARTINA NASANOVSKY Y FÉLIX SAMOILOVICH\*\*

**Resumen:** El trabajo analiza el seguimiento post adoptivo de las adopciones internacionales en Argentina, en particular en casos de malas inserciones. En primer lugar, se encuadra el marco jurídico aplicable: la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), Convenio de la Haya de 1993 sobre adopción internacional y el Código Civil y Comercial Argentino. En este sentido, se profundiza, por un lado, en los efectos de la reserva argentina a la CDN y la decisión de no ratificar el Convenio de la Haya de 1993 y, por otro lado, en el comportamiento del Estado en diversas conferencias o en su legislación interna, para comprender por qué Argentina es un país de recepción de adopciones internacionales. A partir de ello, se desarrollan los estándares derivados del Convenio de la Haya de 1993 en materia de seguimientos post adoptivos y malas inserciones en contraste con la realidad argentina. Finalmente, se compara las mayores garantías que proporciona el Convenio frente al actuar del Estado argentino.

**Palabras clave:** adopción internacional — convenio de la Haya de 1993 sobre adopción internacional — convención sobre los derechos del niño — seguimiento post adoptivo — adopciones fallidas — mala inserción.

**Abstract:** This study critically examines the post-adoptive monitoring of international adoptions in Argentina, focusing on cases involving inadequate placements. It begins by contextualizing the relevant legal framework, encompassing the Convention on the Rights of the Child (CRC), the 1993 Hague Convention on International Adoption, and the Argentine Civil and Commercial Code. In this regard, it delves into the effects of Argentina’s reservation to the CRC and

\* Recepción del original: 04/10/2023. Aceptación: 19/10/2023.

\*\* Ambos estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

the decision not to ratify the 1993 Hague Convention. Additionally, it explores the State's conduct in various conferences and its domestic legislation to elucidate Argentina's role as a recipient of international adoptions. Subsequently, the study assesses the standards derived from the 1993 Hague Convention concerning post-adoptive monitoring and suboptimal placements, contrasting them with the current Argentine landscape. Finally, a comparative analysis highlights the enhanced safeguards offered by the Convention in comparison to the actions of the Argentine State.

**Keywords:** international adoption — The 1993 Hague adoption convention — convention on the rights of the child — post adoptive follow up — failed adoptions — inadequate placement.

## I. INTRODUCCIÓN

La imposibilidad de que un niño, una niña o adolescente (NNyA) crezca y se desarrolle en el seno de su familia en el país de sus orígenes, importa una decisión sumamente compleja que debe ser tomada con cuidado por las autoridades competentes de los Estados. Los principios del interés superior del niño y de doble subsidiariedad, consagrados respectivamente en los artículos 3 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)<sup>1</sup> y reiterados a lo largo del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (Convenio de la Haya de 1993),<sup>2</sup> indican los procedimientos y las garantías mínimas que deben avalar las autoridades, en toda ocasión que una o un NNyA sea puesto en una adopción internacional. Estos dos instrumentos constituyen parte del marco teórico del presente trabajo, junto con el Código Civil y Comercial (CCCN).<sup>3</sup>

La República Argentina no ha ratificado el Convenio de la Haya de 1993, por lo que sus adopciones internacionales son extraconvencionales. Ello implica que Argentina no tiene obligación de contar con las instituciones de cooperación o las garantías mínimas dispuestas en este Tratado. En

1. CDN, 20/11/1989, artículos 3 y 21.

2. Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, 29/05/1993, artículo 9 inciso c y e.

3. República Argentina, Código Civil y Comercial, artículo 600.

este sentido, el problema que nos planteamos investigar es cómo funciona el seguimiento post adoptivo de adopciones internacionales entrantes en Argentina, poniendo el foco en los casos en que se suscitan malas inserciones.

Este trabajo brindará un argumento por el que es conveniente que el Estado argentino revise su postura con relación al mantenimiento de la reserva a la CDN y, la no ratificación del Convenio de la Haya de 1993. De esta forma se tendrán en consideración los efectos que provoca que Argentina no sea un Estado parte del Convenio de la Haya de 1993 y, en consecuencia, que no exista obligación jurídica internacional para constituir ciertas instituciones propias del Convenio, cómo, por ejemplo, la Autoridad Central.<sup>4</sup>

En el desarrollo de esta investigación explicaremos por qué entendemos que la ausencia de una Autoridad Central en Argentina, y la consecuente tramitación judicial del seguimiento post adoptivo por parte de juzgados, que no están especializados en la materia, hace que los seguimientos sean insuficientes e ineficaces, especialmente en cuanto a las garantías en casos de malas inserciones. Consideramos que, si Argentina firma el Convenio de la Haya de 1993, existirán diferencias significativas en contraste con la situación actual, ya que el Convenio cuenta con un mecanismo para el seguimiento post adoptivo que permite brindar mayores garantías en casos de malas inserciones.

El trabajo comenzará analizando la reserva argentina a la CDN y sus fundamentos, junto con el Convenio de la Haya de 1993. En este sentido, examinaremos el hecho de que Argentina permita la recepción de NNyA mediante adopciones internacionales, tanto de Estados miembro del Convenio, como de Estados que no lo han ratificado aún. En segundo lugar, desarrollaremos el marco jurídico respecto a los seguimientos post adoptivos y los casos de malas inserciones. Una vez delimitado el marco jurídico específico, profundizaremos en cómo se efectúan los seguimientos post adoptivos en Argentina. A continuación, compararemos qué sería distinto si Argentina fuera parte del Convenio de la Haya de 1993. Por último, concluimos que el seguimiento post adoptivo y los casos de malas inserciones representan un argumento por el que Argentina debe considerar suscribir

4. Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, 29/05/1993, capítulo III.

el Convenio de la Haya de 1993 y levantar la reserva que mantiene sobre el Artículo 21 de la CDN, en relación con los beneficios derivados de la creación de una Autoridad Central.

## II. ARGUMENTACIÓN

### II.A. Las adopciones internacionales en la República Argentina

#### *II.A.1. La reserva argentina a la CDN y el Convenio de la Haya de 1993*

Por un lado, Argentina ratificó la CDN en 1990. Sin embargo, efectuó una reserva al Artículo 21, incisos b), c), d) y e), relativos a la adopción internacional de NNyA. En esa oportunidad la Argentina entendió que para que estos incisos se puedan aplicar en el ordenamiento interno, debía contar con un “riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta”.<sup>5</sup>

Es importante, al momento de analizar esta reserva, tener en cuenta el contexto histórico en el que se realizó, y en el cual se fundaba esta posición de fuerte disfavor. En definitiva, la reserva es de comienzos de los años noventa, con las heridas de la dictadura aún abiertas. Resulta evidente que el objetivo del Estado radicaba en proteger a los NNyA residentes en la Argentina del tráfico y la venta encubiertos, muchas veces, como se había demostrado en la historia argentina reciente, detrás de la figura de adopción.<sup>6</sup> A su vez, como contracara, la protección de la identidad de estos y estas NNyA, así como la preservación de su cultura y orígenes se tornó un valor fundamental en la política nacional.<sup>7</sup>

Con esta reserva, Argentina dio el primer paso de su larga misión de protección de los NNyA frente al tráfico, la trata y la venta, y el consecuente resguardo de su identidad, que consistió en medidas legislativas de fuerte restricción al instituto de adopción internacional, especialmente en lo que respecta a la adopción de niños residentes en la Argentina por extranjeros, residentes habituales en el extranjero.

5. República Argentina, Ley 23.849, artículo 2.

6. GOICOCHEA & CASTRO, “Adopción internacional: la Argentina como país...”, p. 5.

7. SCOTTI, “La internacionalidad en materia de adopción...”, p. 161.

No obstante, a pesar de la reserva y la subsecuente legislación interna de carácter restrictivo en cuanto a las adopciones internacionales salientes,<sup>8</sup> la Argentina fue encontrada responsable por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso “Fornerón e hija” (2012) por la ausencia de una ley que tipifique el delito de compraventa de NNyA.<sup>9</sup>

Por otro lado, Argentina no ha ratificado el Convenio de la Haya de 1993, que es el principal instrumento jurídico en la materia, el cual fue ratificado por 105 Estados.<sup>10</sup> La República Argentina se ha negado a su ratificación bajo el argumento de que no se encontraban dadas las condiciones para su incorporación que, a su vez, había justificado la reserva argentina al Artículo 21 de la CDN, respecto de las adopciones internacionales.

Es menester señalar que, más allá de las garantías en los casos de malas inserciones, la plataforma fáctica que llevó a Argentina a reservar el Artículo 21 de la CDN se ha modificado.

En particular, debe considerarse a la hora de mantener la reserva que en Argentina hoy hay 2.030 legajos de aspirantes a guarda con fines adoptivos, según lo indican las estadísticas de la Dirección Nacional de Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (DNRUA). Sin embargo, las pretensiones de los aspirantes no se corresponden con la situación de los NNyA en situación de adoptabilidad. Mientras a nivel nacional aproximadamente el 86 % de los aspirantes busca NNyA menores de 3 años, en CABA, donde el porcentaje de aspirantes para este grupo constituye el 88 %, el 98 % de los NNyA en situación de adoptabilidad son mayores de 4 años. Además, es necesario destacar que el otro limitante es la cantidad de NNyA que los aspirantes buscan: a nivel nacional, el 62 % buscan una adopción única y, el 38 % dos o más NNyA, y, en CABA, el 67 % buscan una adopción única, el 31 % hasta dos NNyA y 2 % para tres NNyA. Sin embargo, en CABA, el 50 % de los NNyA buscan ser adoptados en grupo; 68,8 % de los cuales buscan ser adoptados de a dos, 25 % de a tres y 6,3 % de a cuatro.<sup>11</sup>

Esto implica que la mayoría de NNyA no encontrarán una familia adoptiva y su destino es la institucionalización o la guarda temporal hasta

8. República Argentina, Ley 24.779, artículo 315.

9. Corte IDH, Caso “Fornerón e hija”, punto resolutivo N.º 4, p. 62.

10. HCCH, Estado actual del Convenio relativo a la Protección...

11. DNRUA, Estadísticas al 01/09/2023; Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Adopción. RUAGA, Datos estadísticos, Reporte Anual 2023.

la mayoría de edad. La apertura de una nueva posibilidad para estos NNyA, como puede ser una adopción internacional, constituiría un paso relevante a los fines de garantizar a ese NNyA una vida de familia.

### *II.A.2. Argentina cómo país de recepción de NNyA*

En el año 1999 se convocó en Santiago de Chile, dentro del marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), a una asamblea sobre el asunto de las adopciones internacionales. En esa oportunidad, y en línea con su visión negativa a la adopción internacional, la delegación argentina aclaró respecto de su postura lo siguiente:

Sin perjuicio de su conformidad con la declaración en general (la República Argentina) pone de manifiesto que su país no tiene previsto adherir a formas de adopción internacional que lo ubiquen como país de salida de niños, en razón de expresas prescripciones constitucionales y legales vigentes.<sup>12</sup>

Esta declaración determinó de manera tajante el claro disfavor argentino hacia las adopciones internacionales salientes —que constituirán a Argentina en país de origen de los niños—, pero no así respecto de las adopciones internacionales entrantes, las que establecen a la Argentina como país receptor. La aclaración hecha por la delegación argentina en la Declaración de Santiago de Chile de 1999 a su vez encuentra sustento en la Ley 24.779 (1997), que modifica los artículos del Código Civil de Vélez en materia de adopción internacional, incorporando en su artículo 315 el requisito para adoptar de acreditar la residencia permanente en la Argentina por un período mínimo de cinco años anteriores a la petición de la guarda.

En 2010 la Defensoría General de la Nación (DGN) emitió un dictamen sobre la adopción internacional, en el cual reconoce que la reserva al artículo 21, incisos b, c, d y e de la CDN no significa la prohibición o imposibilidad de reconocimiento de las adopciones internacionales entrantes. En este sentido la Defensora General de la Nación, Stella Maris Martínez, dijo:

12. Asamblea General de la OEA, AG/RES. 1632 (XXIX-O/99), p. 3.

Sin embargo, dicha reserva que implica que no regirán aquí las disposiciones mencionadas, no significa que nuestro país prohíba la adopción de niños extranjeros o que no la reconozca cuando emana de una sentencia extranjera que cumpla con todas las prescripciones legales.<sup>13</sup>

De esta forma, todo indicaría que, si bien la reserva del artículo 21 de la CDN se mantiene vigente, nada impide que la Argentina sea Estado de recepción de NNyA. De hecho, en el sentido que se han interpretado estos instrumentos, declaraciones y normas, surge que la preocupación del Estado se radica en la protección de los niños residentes en Argentina, pero no respecto de los niños residentes en el extranjero que ingresan en el territorio argentino en el marco de adopciones internacionales entrantes, ni en los aspirantes a adoptantes residentes en la República.

Hoy en día, y tras la sanción del CCCN podemos decir que este desfavor tampoco es tan tajante, sino más bien latente. A pesar de que la Argentina sigue sin admitir, en líneas generales, adopciones internacionales salientes de niños con domicilio argentino, admite ciertas excepciones en las cuales se puede dar esa posibilidad.<sup>14</sup>

Así, si bien el Estado mantiene su postura de no adherir al Convenio de la Haya de 1993, es cierto que existen adopciones internacionales en Argentina y se cuenta con un marco normativo que otorga cierta seguridad jurídica, delimitando la jurisdicción, el derecho aplicable, el reconocimiento de sentencias extranjeras y la conversión de las adopciones otorgadas en el extranjero en adopciones plenas.<sup>15</sup> En este sentido, es menester destacar que, en el Anteproyecto del CCCN, el actual artículo 2.635 incorporaba en un tercer párrafo, los mecanismos de cooperación internacional que las autoridades administrativas o judiciales argentinas debían prestar a las autoridades competentes extranjeras. Particularmente este párrafo mencionaba expresamente que esta cooperación correspondía a la presentación de los informes socioambientales de preparación o seguimiento, en casos de

13. DGN, dictamen del 23/02/2010, folio 31.

14. República Argentina, Código Civil y Comercial, artículo 600. Reza: “Plazo de residencia en el país e inscripción. [...] Inciso a) “resida permanentemente en el país por un período mínimo de 5 años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción; este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país”.

15. República Argentina, Código Civil y Comercial, artículos 2.635 a 2.638.

aspirantes a adoptar en el extranjero con residencia habitual en la Argentina —adopciones internacionales entrantes—. No obstante, este último párrafo fue suprimido del articulado del CCCN.<sup>16</sup>

Por todo lo anteriormente expuesto, ya sabemos que la Argentina se ha constituido en Estado receptor de niños, tanto en casos convencionales como extraconvencionales. Es decir, Argentina ha recibido, y continúa recibiendo, NNyA tanto de Estados de origen que forman parte del Convenio de la Haya de 1993, como es el caso de Colombia, México y Haití, pero también es común que reciba niños de Estados de origen que no forman parte de este Convenio, como sucede con Ucrania.

## II.B. El Seguimiento post adoptivo

### II.B.1. *El seguimiento post adoptivo bajo el Convenio de la Haya de 1993*

El Artículo 9 (e) del Convenio de la Haya de 1993 constituye el puntapié inicial para el desarrollo de los seguimientos post adoptivos al disponer que las Autoridades Centrales tomarán todas las medidas apropiadas para:

[...] responder, en la medida en que lo permita la ley de su Estado, a las solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular de adopción formuladas por otras Autoridades centrales o por autoridades públicas.

Complementariamente, el Artículo 9 (c) establece que los Estados deben promover dentro de sus fronteras “el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones”.<sup>17</sup>

Los seguimientos post adoptivos fueron un punto de disenso desde el comienzo de las negociaciones del Convenio de la Haya de 1993. Al momento de redactar la versión final del artículo 9, no pudo llegarse a un consenso sobre establecer una obligación de emitir informes post adoptivos,

16. Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, sección sexta, artículo 2.635.

17. Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, 29/05/1993, artículo 9 inciso c y e.

ya que varios representantes objetaron la injerencia que podría suponer en la soberanía nacional o a la privacidad familiar.<sup>18</sup>

En la Comisión Especial de 2005, también se debatió el tema de los reportes post adoptivos. En ese momento, se había determinado que las obligaciones de los Estados no se agotaban con el traslado del adoptado con los adoptantes y se determinaba la necesidad de reportes para poder realizar seguimientos postadoptivos. Sin embargo, también clarificó que no se deriva del Convenio la obligatoriedad de enviar estos reportes.<sup>19</sup> Finalmente, hubo una recomendación consensuada:

La Comisión Especial recomienda a los Estados de acogida que fomenten el cumplimiento de los requisitos de información post adopción de los Estados de origen; para ello podría elaborarse un formulario modelo. Del mismo modo, la Comisión Especial recomienda a los Estados de origen que limiten el período en el que exigen la presentación de informes posteriores a la adopción, en reconocimiento de la confianza mutua que proporciona el marco para la cooperación en virtud del Convenio.<sup>20</sup>

De esta forma la Convención ha dejado esta cuestión librada a la práctica de los Estados, sin un marco concreto de actuación para las Autoridades Centrales, lo cual devino en prácticas diversas y, en muchos casos, insuficientes. Si bien el Convenio no hace otras referencias a los seguimientos post adoptivos y los casos de adopciones fallidas, la Guía de Buenas Prácticas desarrolla este eje en el Capítulo 9, sección 3 (Informes de seguimiento de las adopciones a los Estados de origen).<sup>21</sup>

El punto 9.3 de la Guía N.º 1 de Buenas Prácticas (Informes de seguimiento de las adopciones a los Estados de origen) indica que los Estados tienen el deber de hacer reportes –art. 9 (e)– sobre aquellos NNyA trasladados hasta tanto se efectivice la adopción y que la obligación, en materia de seguimientos post adoptivos, es de “de tomar todas las medidas apropiadas, en la medida en que lo permita la ley de su Estado” para dar cumplimiento

18. PARRA-ARANGUREN, *Informe Explicativo del Convenio de 29...*, párrs. 238-239.

19. Comisión Especial de 2005, Informe y Conclusiones, párrs. 146 y 149.

20. Comisión Especial de 2005, Informe y Conclusiones, párr. 158.

21. Conferencia de la Haya de DIPr, Guía N.º 1 de Buenas Prácticas, capítulo 9,3.

a las solicitudes de seguimiento. En relación con el desarrollo de servicios de asesoramiento para el seguimiento de las adopciones (art. 9 inc. c), “[...] debe interpretarse en el sentido de que los Estados deben hacer todo lo posible dentro de sus facultades y recursos para cumplir con esta obligación”. Más aún, esta Guía destaca que son especialmente los Estados de recepción quienes deben asumir el compromiso de garantizar los servicios de seguimiento de las adopciones que son entrantes en sus Estados.<sup>22</sup>

Si bien este panorama parece desalentador, hay muchos Estados de origen que requieren en sus legislaciones estos seguimientos. En estos casos, la Guía de Buenas Prácticas se posicionó en favor de la existencia de una obligación —“deber”—, ya que el requisito era conocido por los adoptantes y la Autoridad Central de su país de residencia habitual y fue aceptado con anterioridad a la adopción. Además, los Estados de recepción no se oponen mayormente a emitir estos informes y, para su regulación, piden establecer ciertos límites temporales para que no resulte sumamente invasivo en la vida familiar del NNyA.<sup>23</sup>

La Guía de Buenas Prácticas señala que un eje central de una guía futura debe ser los servicios post adoptivos, refiriéndose a las Directrices sobre Servicios Posteriores a la Adopción preparadas por ChildONEurope.<sup>24</sup> Dichas directrices señalan que un asunto central es quién emite estos informes. Si la adopción internacional se da en el marco del Convenio de la Haya de 1993, el reporte debe ser emitido por la Autoridad Central u otra institución certificada. Si, por el contrario, se da fuera del marco del Convenio, la responsabilidad de enviarlo recae en la familia, pero la elaboración debe estar hecha por una autoridad competente del Estado de recepción.<sup>25</sup>

### *II.B.2. El seguimiento post adoptivo en Argentina*

Argentina no cuenta con una Autoridad Central en los términos del Convenio de la Haya de 1993, lo que a su vez significa que no cuenta con un sistema unificado de control y seguimiento de las adopciones internacionales por parte del Estado. En este sentido, en el año 2008, la

22. Conferencia de la Haya de DIPr, Guía N.º 1 de Buenas Prácticas, párrs. 579-581 y 590-592.

23. Conferencia de la Haya de DIPr, Guía N.º 1 de Buenas Prácticas, párrs. 597-598.

24. Conferencia de la Haya de DIPr, Guía N.º 1 de Buenas Prácticas, párr. 612.

25. ChildONEurope, Guidelines on Post-adoption Services, p. 27.

Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (Sennaf) del Ministerio de Desarrollo Social consultó a la Procuración del Tesoro de la Nación respecto de la posibilidad de establecer un criterio unificado de actuación estatal para cooperar en trámites de adopción internacional, ocasión en la que el Procurador del Tesoro emitió el dictamen 321/2008 donde concluyó:

[...] ante un supuesto de adopción internacional, los organismos públicos se abstendrán de actuar o intervenir en trámites relacionados con ella, a menos que esas solicitudes de intervención provengan de organismos oficiales competentes de Estados extranjeros y estén fundadas en sólidas razones humanitarias.<sup>26</sup>

Estos *organismos oficiales competentes* son por lo general las Autoridades Centrales de los Estados que forman parte del Convenio. Cuando se trata de adopciones internacionales salientes, estas Autoridades se constituyen como *autoridad de origen*; velan por el cumplimiento de la Convención, pero fundamentalmente, velan por que los principios que consagra sean respetados por las Autoridades Centrales de los Estados de recepción de NNA; en la práctica además se encargan de recopilar los informes y certificados de idoneidad, confeccionar legajos y encontrar la familia adecuada para recepción a los niños que son originariamente residentes en su país —lo que se conoce como “*matching*” o “*asignación*”—.<sup>27</sup>

Asimismo, las Autoridades Centrales de los Estados de recepción —cuando es una adopción internacional entrante— deben velar de igual manera por el cumplimiento del Convenio por parte de la Autoridad Central de origen, así como por el respeto de los principios fundamentales consagrados en el Convenio, debiendo presentar los legajos de los pretendidos adoptantes, así como brindar garantías para la seguridad de aquellos niños que ingresen a su Estado en virtud de una adopción internacional.

### II.B.2.a. Casos convencionales

En los casos en que la Argentina es Estado receptor de NNA cuyos Estados de origen forman parte del Convenio de la Haya de 1993, el

26. Procuración del Tesoro de la Nación, dictamen 321/2008.

27. Conferencia de la Haya de DIPr, Guía N.º 1 de Buenas Prácticas, glosario, p. 15.

seguimiento post adoptivo se encuentra comprendido dentro un marco que lo hace más sólido y confiable. En este sentido, la participación de las Autoridades Centrales del país de origen es fundamental. La información será remitida en la medida que requieran la presentación de información, en virtud de su deber de seguimiento de las adopciones internacionales a la luz del Convenio. Ya hemos resaltado que surgen del artículo 9 los deberes de las Autoridades Centrales en cuanto a la cooperación internacional, principalmente tomar medidas para recopilar, confeccionar, conservar, facilitar e intercambiar informes, evaluaciones y certificados tanto respecto a la idoneidad de los aspirantes a adoptar como sobre el seguimiento posterior de la adopción en el Estado de recepción, delimitando así el alcance en que las Autoridades Centrales cooperarán en el marco del Convenio.

En el caso de Argentina, para cumplir con la presentación de informes y certificados de idoneidad que son exigidos por los Estados de origen de NNyA, que a su vez son parte de la Convención, en la etapa preadoptiva, los y las adoptantes han recurrido a la vía judicial, mediante la acción de solicitud de información sumaria,<sup>28</sup> esto se debe a que, en la Argentina, la única vía oficial para obtener los informes psicológicos y socioambientales que suelen requerir las Autoridades Centrales de los Estados de origen de NNyA es la de un proceso judicial, en el que un juez dirima respecto a la idoneidad del solicitante.<sup>29</sup> Si bien los casos que han sido relevantes en la jurisprudencia nacional suelen referirse a los trámites previos a la adopción, particularmente sobre la determinación de la idoneidad de un aspirante a adoptar mediante la presentación de los informes correspondientes a las Autoridades Centrales, entendemos que el mismo proceso — de información sumaria— se debería aplicar a los fines de responder a las consultas y preocupaciones que pueda tener una Autoridad Central de origen respecto de la situación de NNyA en el Estado receptor, en lo que respecta al seguimiento post adoptivo en el marco de adopciones internacionales entrantes.

Es en este punto donde Argentina enfrenta un grave problema. La situación actual de descentralización deriva en un seguimiento ineficaz,

28. Sala II de la Cámara de Familia de Córdoba, “R. P. M. y otro / actos de jurisdicción voluntaria –sumaria información– recurso de apelación”; Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “F. E., V. s/ información sumaria”; Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “R., M. A. s/ información sumaria”.

29. SCOTTI, *La adopción internacional a la...*, p. 23.

insuficiente y en muchos casos inexistente por parte del Estado, a través de los juzgados, que de ninguna forma garantiza la inserción segura de los NNyA que ingresaron a la Argentina por adopciones internacionales entrantes. La justicia argentina aparecería recién ante el acontecimiento de un hecho de manifiesta violación a las garantías de esos NNyA en el contexto de un procedimiento de derecho interno, frente a una violación de los deberes de cuidado de los progenitores, o bien ante un requerimiento del Estado extranjero respecto del cumplimiento de las garantías que establece el artículo 26 del Convenio y el Derecho Internacional en general, en lo que respecta a la protección de NNyA. Podríamos decir entonces que no existe un marco de control ni seguridad en la etapa posterior de las adopciones, ni existe una contención; sino meramente una reacción del Estado de manera tardía, en los casos dónde se suscite un problema.

#### II.B.2.b. Casos extraconvencionales

Por otra parte, en aquellos casos extraconvencionales en los que Argentina es Estado de recepción de NNyA, cuyos Estados de origen tampoco forman parte del Convenio de la Haya de 1993, el seguimiento y control post adoptivo se torna casuístico y, por ende, más complejo, al no haber lineamientos unificados o autoridades centralizadas.

El CCCN, frente a los casos de adopciones internacionales entrantes, solamente regula las disposiciones de derecho internacional privado a los fines de reconocer una sentencia de adopción extranjera. Se trata de un reconocimiento de una situación, en el marco del cual el juez debe controlar el orden público con el filtro del interés superior del niño. Asimismo, nada dice nuestra legislación respecto de los seguimientos posteriores de estas adopciones, sino que queda librado al derecho aplicable, que es el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción.<sup>30</sup>

En definitiva, para el ordenamiento argentino, el seguimiento de estos casos finaliza con la sentencia que determina el reconocimiento de la sentencia de adopción extranjera. El seguimiento estatal en estos es inexistente: la responsabilidad suele recaer en los mismos adoptantes, quienes deben ocuparse de su emisión por el Estado argentino, de acuerdo con la normativa del Estado de origen del NNyA para cumplir con el seguimiento

30. República Argentina, Código Civil y Comercial, artículos 2.636 y 2.637.

establecido. Un ejemplo de esto es Ucrania; surge del Decreto del Gabinete de Ministros de Ucrania N.º 905, sobre el procedimiento de la adopción y supervisión de los derechos de los niños adoptados, que los adoptantes se comprometen a una serie de deberes, entre ellos

[...] permitir que el representante de la misión diplomática puede tener contacto con el niño y averiguar las condiciones de su vida y su educación [y] facilitar informes sobre las condiciones de vida y estado de salud del niño durante mínimo una vez al año en el transcurso de los tres primeros años después de la adopción, y en el posterior presentarlo una vez cada tres años, hasta que el niño cumpla 18 años.<sup>31</sup>

En definitiva, la inexistencia de un seguimiento en estos casos importa el desconocimiento del Estado respecto de las condiciones en que se encuentran los NNyA que ingresan por adopciones independientes o privadas a la Argentina, dejando deliberadamente la puerta abierta para que se produzcan adopciones inseguras e irregulares en desmedro de los NNyA.

Argentina, al no ser parte del Convenio de la Haya de 1993 se encuentra por fuera del alcance de las recomendaciones de la Guía de Buenas Prácticas para las Autoridades Centrales. En la práctica, Argentina cuenta con un control difuso y a requerimiento de los Estados extranjeros. Dependiendo de si se trata de un Estado convencional o extraconvencional el rigor de estos controles, los cuales van a ser realizados por juzgados que no se encuentran especializados y en muchos casos desconocen la materia. No obstante, el hecho de que Argentina se haya constituido como un Estado receptor es sumamente relevante en tanto el seguimiento de las adopciones internacionales entrantes es una situación con la que nuestro sistema debe lidiar, y a la que debe dar respuestas acordes al derecho internacional.

31. Gabinete de ministros de Ucrania, Decreto N.º 905: Sobre el procedimiento..., artículo 82.

## II.C. Los casos de malas inserciones en las adopciones internacionales

### II.C.1. Los casos de malas inserciones bajo el Convenio de la Haya de 1993

El Artículo 21 del Convenio de la Haya de 1993 regula los casos de malas inserciones (en inglés, *breakdown o disruption*). Este artículo señala que cuando la adopción internacional de un NNyA “ya no responde a su interés superior”, la Autoridad central del país de residencia habitual de los adoptantes debe intervenir para su protección. En particular, el artículo señala 3 posibilidades: a) retirar al NNyA y ocuparse de su cuidado, b) la incorporación al sistema nacional de adopción, previa conformidad de la Autoridad central del país de origen del NNyA y c) la devolución del NNyA, si así lo exigiera su interés superior. Por último, se dispone que, si el NNyA está en condiciones de ser consultado, debe buscarse su consentimiento respecto de la medida que se vaya a tomar.

Si bien el Convenio no hace otras referencias a los casos de adopciones fallidas, la Guía de Buenas Prácticas desarrolla este eje en su Capítulo 9.4 (Fracaso o interrupción de la adopción).<sup>32</sup>

Preliminarmente, es necesario destacar que el Artículo 21 solo se aplica cuando no se ha constituido todavía la adopción, pero el niño ha sido confiado a sus futuros padres adoptivos y desplazado al Estado de recepción. Ello sucede cuando los Estados exigen un periodo probatorio previo a la adopción internacional.<sup>33</sup>

Cuando una adopción internacional fracasa en su periodo probatorio, la primera medida que debe tomarse es separar al NNyA de la familia adoptante y la Autoridad Central quedará a cargo del cuidado provisional. Esta regulación permite amplitud para determinar si el cuidado temporal se dará en una institución estatal/privada, con una familia de acogida u otra. En miras a una solución definitiva, la Convención propone la colocación en el sistema doméstico, en consulta con la Autoridad Central del país de origen ya que, en definitiva, aún no se concretó la adopción del NNyA.<sup>34</sup>

32. Conferencia de la Haya de DIPr, Guía N.º1 de Buenas Prácticas, capítulo. 9.4

33. PARRA-ARANGUREN, *Informe Explicativo del Convenio de 29...*, párr. 360.

34. PARRA-ARANGUREN, *Informe Explicativo del Convenio de 29...*, párrs. 362-368.

La opción de que el NNyA regrese al Estado de origen “debe tener lugar solamente en ocasiones excepcionales”,<sup>35</sup> y deben haberse agotado “todas las medidas para encontrar una solución alternativa en el Estado de recepción y la permanencia del niño en ese Estado no ha de responder ya a su bienestar e interés”.<sup>36</sup>

Fuera del periodo probatorio, el Convenio no determina los pasos a seguir en casos de fracaso de adopciones ya concluidas. Ello es así porque “la protección del niño después de que haya tenido lugar la adopción no es responsabilidad del Estado de origen sino del Estado de recepción”. Consecuentemente, si la adopción internacional fracasa una vez concluida, la responsabilidad de brindar medidas efectivas para otorgar al NNyA a una nueva familia, recae exclusivamente en las autoridades competentes del Estado de recepción. Para respetar el principio de cooperación, las Autoridades Centrales de los Estados de recepción notifican al Estado de origen la nueva colocación del NNyA. Sin embargo, puede darse que la Autoridad Central no sea notificada y, consecuentemente, nunca se notifique a su par del Estado origen del NNyA.<sup>37</sup> En esos casos, será de aplicación la Convención de la Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños.<sup>38</sup>

Si bien podría parecer un problema menor, la cantidad de adopciones fallidas representa un número preocupante. En los Países Bajos, la *ratio* de adopciones internacionales fallidas es de 5,7 % pero aproximadamente la mitad pueden revertir ese estado. En Suecia se calculó que la tasa de adopciones fallidas ronda el 4 %, habiendo casos de revinculación satisfactoria con la misma familia adoptiva. En España, se estima que el 0,3 % de las adopciones internacionales fallan. En Estados Unidos, en 2015, fallaron 58 de 5648 (1 %) adopciones internacionales. Este número solo abarca aquellas adopciones dónde todavía intervenía la Autoridad Central norteamericana.<sup>39</sup> En 2020, Estados Unidos reportó 8 adopciones

35. Conferencia de la Haya de DIPr, Guía N.º 1 de Buenas Prácticas, párr. 609.

36. PARRA-ARANGUREN, *Informe Explicativo del Convenio de 29...*, párr. 371.

37. Conferencia de la Haya de DIPr, Guía N.º 1 de Buenas Prácticas, párrs. 610 y 611.

38. MARTÍNEZ MORA, “International conventions and intercountry adoption breakdowns”, p. 58.

39. PALACIOS, ROLOCK, SELWYN, & BARBOSA-DUCHARNE, “Adoption Breakdown: Concept, Research, and Implications”, pp. 132-133.

fallidas bajo el Convenio de la Haya de 1993 y otros 104 casos de NNyA extranjeros.<sup>40</sup>

El quiebre en las adopciones suele darse entre los 13 y 14 años del NNyA. No es usual que se presente inmediatamente después de la adopción, sino más bien es típico que los problemas comiencen lentamente en ese momento, persistan por varios años y escalen entrados en la adolescencia.<sup>41</sup> Las razones que llevan al fracaso de la inserción del NNyA en una familia son heterogéneas y múltiples, no pudiendo asignarse responsabilidad a un único factor.<sup>42</sup> Las circunstancias suelen implicar “una tríada de factores relacionados con el niño, los padres adoptivos y el apoyo y los servicios”.<sup>43</sup> La edad del NNyA tiene una alta incidencia en la disrupción de las adopciones.<sup>44</sup>

### *II.C.2. Los casos de malas inserciones en Argentina*

La falta de Autoridad Central impide hacer un seguimiento estadístico de las adopciones fallidas en los que Argentina sea Estado de recepción. Asimismo, implica la ausencia de herramientas específicas para manejar estos casos.

Ante una situación de estas características, el NNyA ingresa en el sistema doméstico de adopción ya que si la adopción proviene de un Estado que ha ratificado el Convenio de la Haya de 1993, bajo su óptica, la responsabilidad recae en el Estado receptor. Si la adopción proviene de un Estado que no ha ratificado el Convenio, el procedimiento es el mismo, y resulta aún más difícil toda comunicación con el Estado de origen del NNyA.

En 2020 se hizo pública la noticia de que los padres adoptivos de dos niños provenientes de Guinea Bissau los habían abandonado a 1.000 km. de su lugar de residencia, en una comisaría, alegando no poder sostener la

40. Child Welfare Information Gateway, “Discontinuity and Disruption in Adoptions and...”, p. 6.

41. PALACIOS, “When things don’t go as expected: Adoption breakdown”, pp. 1-2.

42. Para más información sobre las causas específicas véase: Child Welfare Information Gateway, Discontinuity and Disruption in Adoptions and Guardianships; BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, “Variables in defining adoption breakdown, variables...”, pp. 19-22.

43. PALACIOS, ROLOCK, SELWYN, & BARBOSA-DUCHARNE, “Adoption Breakdown: Concept, Research, and Implications”, p. 133.

44. THOBURN, “Understanding adoption breakdown: a socio-legal perspective”, p. 284.

convivencia. Conforme los medios periodísticos, en este caso, contaban con una sentencia de adopción plena en el país de origen y, aún no habían regularizado su situación. La respuesta del Estado argentino fue, por un lado, el inicio de una causa penal. Por otra parte, se estableció una cuota alimentaria en favor de los niños. Presuntamente, los chicos fueron alojados en guarda temporal e incorporados al sistema doméstico de adopción.<sup>45</sup>

### III. CONCLUSIÓN

Argentina mantiene su posición desde la década de los 90': permite ser Estado de recepción, pero no de origen, de las adopciones internacionales. Esta conclusión, que surge de la reserva argentina a la CDN y su consecuente no suscripción del Convenio de la Haya de 1993, junto con las declaraciones de los diplomáticos argentinos en la Conferencia de la OEA en Santiago de Chile y el dictamen de la DGN, ha sido ratificada por el CCCN que establece un mecanismo para homologar la sentencia de adopción extranjera en Argentina.

Sin embargo, este avance que se ha registrado con relación al reconocimiento de la adopción internacional, no se da en otras áreas como la cooperación o el seguimiento post adoptivo. La falta de Autoridad Central en Argentina implica que esta tarea recaiga sobre el Poder Judicial. Más allá de la sobrecarga actual del sistema judicial argentino, las autoridades judiciales carecen de especificidad técnica en materia de adopción internacional. Si bien el Convenio es escueto respecto de algunos puntos, es complementado con los diferentes reportes elaborados cada 5 años y la Guía de Buenas Prácticas. Implementar estos estándares a nivel doméstico permitiría, por un lado, una mayor efectividad y, por otro lado, un mayor conocimiento técnico y específico necesario para lidiar con las adopciones internacionales.

Es necesario reconocer que, bajo el Convenio, los informes post adoptivos no son obligatorios. Existen excepciones a la regla general como, por ejemplo, cuando el Estado de origen lo requiere con anterioridad a conceder la adopción internacional. A pesar de ello, la firma del Convenio

45. Infobae, “Hermanos africanos: los padres que...”, 30/11/2020; Télam, “Detuvieron a la pareja que había adoptado y luego abandonó a dos niños africanos”, 02/11/2022.

representa una ventaja con relación a quién desarrolla ese seguimiento, en caso de que se efectivice ya que sería ejecutado por la Autoridad Central y no por la autoridad judicial, con la consiguiente falta de capacidad técnica explicada anteriormente.

En relación con los casos de malas inserciones, entendidas como aquellas que el quiebre se da con posterioridad al otorgamiento de la adopción, y no durante el periodo probatorio, el Convenio dispone que es responsabilidad del Estado de recepción. En este sentido, pareciera entonces que la firma del Convenio de la Haya de 1993 no aporta un valor agregado. Sin embargo, la existencia de una Autoridad Central que coordine el proceso de relocalización del NNyA, a partir del propio listado de candidatos, implicaría una garantía mucho mayor en relación con la situación actual de incorporarse al sistema doméstico de adopción. En la situación actual, no se reconoce ninguna necesidad especial o prioritaria en insertar a ese NNyA, que se ha trasladado de país en pos de la adopción, en un nuevo núcleo familiar. También, permitiría mantener informado al Estado de origen y elaborar estadísticas para identificar causales para disminuir el porcentaje de adopciones internacionales fallidas.

En conclusión, podemos confirmar la hipótesis afirmando que la mayor capacidad técnica y efectividad que aportaría disponer de una Autoridad Central bajo el Convenio de la Haya de 1993, en materia de seguimientos post adoptivos y malas inserciones constituye un argumento en favor de la suscripción del Convenio y del levantamiento de la reserva a la CDN.

## BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, AG/RES. 1632 (XXIX-O/99), “Declaración de Santiago de Chile: Fortalecimiento de los sistemas nacionales y de la cooperación internacional en materia de adopción internacional”, 07/06/1999.
- BERÁSTEGUI, Pedro & VIEJO, Ana, “Variables in defining adoption breakdown, variables in adoption success”, en JEANNIN, Cécile, *Towards a greater capacity: Learning from intercountry adoption breakdowns*, International Social Service, 2018, Ginebra, pp. 19-22.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, “R., M. A. s/ información sumaria”, 28/12/2021, Expte. 41.210/2021.

- ChildONEurope, *Guidelines on Post-adoption Services*, *Secretaría de ChildONEurope, Italian Childhood and Adolescence Documentation and Analysis Centre Istituto degli Innocenti*, Florencia, 01/09/2007.
- Child Welfare Information Gateway, “Discontinuity and Disruption in Adoptions and Guardianships”, Department of Health and Human Services, Administration for Children and Families, Children’s Bureau, 01/08/2021, URL, [https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/s\\_discon.pdf](https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/s_discon.pdf), consultado el 15/09/2023
- Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (DIPr), “Guía N.º 1 de Buenas Prácticas: la puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de la Haya de 1993 sobre adopción internacional (Guía de Buenas Prácticas N.º 1)”, Bristol, Jordan Publishing, 2008.
- Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la CABA, Adopción. RUAGA. *Datos estadísticos. Reporte Anual 2022*, 2023, URL [https://buenosaires.gob.ar/sites/default/files/2023-04/Anuario-DONNASCP\\_2022\\_FINALOK.pdf](https://buenosaires.gob.ar/sites/default/files/2023-04/Anuario-DONNASCP_2022_FINALOK.pdf), consultado el 15/9/2023.
- Convención sobre los Derechos del Niño, 20/11/1989, Nueva York, Estados Unidos de América, e.v. 02/09/1990, texto aprobado por Ley 23.849, 27/09/1990.
- Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, 29/05/1993, La Haya, Países Bajos, e.v. 01/05/1995.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Fornerón e hija” vs. Argentina, 27/04/2012.
- Defensoría General de la Nación, Dictamen del 23/02/2010, folio 31, URL [https://oaip.mpd.gov.ar/files/Dictamen %20DGN %20sobre %20adopciones %20internacionales.pdf](https://oaip.mpd.gov.ar/files/Dictamen%20DGN%20sobre%20adopciones%20internacionales.pdf), consultado el 15/09/2023.
- Dirección Nacional de Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, Estadísticas al 01/09/2023, URL [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/01/estadisticas\\_al\\_1\\_septiembre\\_2023\\_pais.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/01/estadisticas_al_1_septiembre_2023_pais.pdf), consultado el 15/09/23.
- Gabinete de Ministros de Ucrania, “Decreto 905 sobre el procedimiento de la adopción y supervisión de los derechos de los niños adoptados”, 08/10/2008, URL <https://argentina.mfa.gov.ua/es/consular-issues/adopcion>, consultado el 02/07/2023.
- GOICOCHEA, Ignacio & CASTRO, Florencia, “Adopción internacional: la Argentina como país de recepción de niños. El Convenio de La Haya de 1993 y la reserva al art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en *Thomson Reuters La Ley* 0003/010110, 2010.

- Infobae, “Hermanos africanos: los padres que los abandonaron deberán mantenerlos hasta que otra familia los adopte”, SORIANO, Fernando, 30/11/2020, URL <https://www.infobae.com/sociedad/2020/11/30/hermanos-africanos-los-padres-que-los-abandonaron-deberan-mantenerlos-hasta-que-otra-familia-los-adopte>, consultado el 15/09/2023.
- MARTÍNEZ-MORA, Laura, “International conventions and intercountry adoption breakdowns”, en JEANNIN, Cécile, *Towards a greater capacity: Learning from intercountry adoption breakdowns*, International Social Service, 2018, Ginebra.
- PALACIOS, Jesus; ROLOCK, Nancy; SELWYN, Julie & otros, “Adoption Breakdown: Concept, Research, and Implications”, en *Research on Social Work Practice*, Vol. 29, N.º 2, 2019, pp. 130–142.
- PALACIOS, Jesus, “When things don’t go as expected: Adoption breakdown”, en *The future of adoption: beyond safety to well-being*, UMass Amherst, 2019, Massachusetts, pp. 1-6.
- PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, *Informe explicativo del Convenio de 29 de mayo relativo a la protección de niños y a la cooperación en materia de adopción internacional*, La Haya, Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, 1993, párrs. 238-371.
- Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), Dictamen 321/2008, 19/12/2008. <http://www.saij.gob.ar/ptn-julio-cesar-rivera-laura-huertas-buraglia-321-n0267526-2008-12-19/12345676-2576-20no-tseu-pmocnematcid>, consultado el 15/09/23.
- República Argentina, “Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, 2012. URL <http://www.colabogados.org.ar/archivos/proyecto-reforma-ccyc-anteproyecto-de-codigo-civil.pdf>, consultado el 02/07/23.
- \_\_\_\_\_, “Código Civil y Comercial de la Nación”, Ley 26.994, 01/10/2014.
- \_\_\_\_\_, “Ley de Adopción”, Ley 24.779, 26/03/1997.
- \_\_\_\_\_, “R. P. M. y otro / recurso de apelación”, 02/03/2012, Expte. N.º 319.290.
- \_\_\_\_\_, “F. E., V. s/ información sumaria” 01/06/2021, Expte. N.º 4.084/2021.
- SCOTTI, Luciana B., *La adopción internacional a la luz de las normas y de la jurisprudencia argentinas*, ed. Errepar, 2014, Buenos Aires, pp. 1-31, URL <https://societip.files.wordpress.com/2013/12/la-adopcic3b3n-internacional-a-la-luz-de-las-normas-y-de-la-jurisprudencia-argentinas-scotti.pdf>, consultado el 15/09/2023.

\_\_\_\_\_, “La internacionalidad en materia de adopción: encuadramiento e incidencias. Análisis del caso ‘Ch.C., M.P. s/adaptabilidad’ (Tupungato, Mendoza, 5/5/2016)”, en *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia*, N.º VI, Thomson Reuters La Ley, AR/DOC/4901/2016, Buenos Aires, 2016, p. 161.

Segunda Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (Comisión Especial de 2005), “Informe y Conclusiones”, La Haya, Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional Privado, 2006.

Telam, “Detuvieron a la pareja que había adoptado y luego abandonó a dos niños africanos”, 02/11/2022, URL <https://www.telam.com.ar/notas/202211/609686-ninios-africanos-abandonados-adopcion-pareja-detenido.html>, consultado el 15/09/2023.

THOBURN, June, “Understanding adoption breakdown: a socio-legal perspective”, en LOWE, Nigel & FENTON-GLYNN, Claire (Coords.), *Research Handbook on Adoption Law*, Edward Elgar Publishing, 2023, Massachusetts, pp. 269-284.

# ENTREVISTAS



## ENTREVISTA AL PROF. DR. MARCELO ALBERTO SANCINETTI\*

**Lecciones y Ensayos:** —*¿Cómo recuerda sus días de estudiante?  
¿Cómo era la facultad en aquella época?*

**Marcelo A. Sancinetti:** —Mi época de estudiante fue demasiado extensa como para describirla de un solo trazo. Hubo diversos segmentos. Cuando hice el año de ingreso, en 1969, tenía 18 años, había hecho mis estudios secundarios en el Liceo Militar y, a mayores, había ingresado luego al Colegio Militar, en marzo de ese año. Pedí la baja cerca de cuarenta días después... lo viví como “el primer fracaso de mi vida”, que sólo con el tiempo percibí como un acierto. Inmediatamente me inscribí en Derecho. Eso habrá sido en mayo de 1969... incluso tal vez a fines de abril. Hace un tiempo, una brillante colega de otra cátedra, durante una cena en la que estábamos con un tercer colega, me preguntó si esa inscripción había sido “*genuina*”. Respondí inmediatamente que “no”; “genuino” fue estudiar Derecho, una vez que hube de conocer a mi maestro, Enrique Bacigalupo, y más bien incluso después de leer el libro de Welzel, cuya lectura él me había recomendado. Quedé fascinado con Welzel. Yo pensaba: ¡cómo me gustaría poder dedicarme a cosas como las que dice este hombre! También había quedado fascinado con la forma de dar clases de Bacigalupo. Yo ya había tenido profesores buenos, pero Bacigalupo tenía un atractivo especial, un dominio completo del auditorio, a veces amplísimo (una vez conocí al novio de una estudiante, que no era él mismo estudiante de Derecho, pero que iba a escuchar las clases de Bacigalupo, a instancias de la novia). También se le notaba un dominio de las estructuras que mantuvo y desarrolló luego toda su vida. Y me inició en eso de “estudiar orientado por el mundo alemán”. Él me dijo un día: “estudie por autores europeos; después lea lo que le pidan aquí, para responder a lo que esperan de Ud.,

\*Marcelo Alberto Sancinetti es profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires (UBA 200). La entrevista fue realizada por los miembros del Consejo de Redacción de Lecciones y Ensayos el día 7 de noviembre de 2023.

pero fórmese por europeos” (las palabras no fueron exactamente ésas, pero esa era la idea general). Fue muy difícil seguir esas consignas. Además, justamente en “Obligaciones”, que cursé con el maestro Llambías y con sus discípulos Alterini y Ameal, poco después de haber rendido Derecho Penal, Bacigalupo me había dicho que leyera el libro de Andreas von Tuhr. No le hice caso; estudié por Llambías. Pero unos 34 años después, cuando investigué la cuestión de la relevancia de los cursos causales hipotéticos en el derecho civil y penal (con una beca de re-invitación de la Fundación Alexander von Humboldt) me veía leyendo el libro de Andreas von Tuhr en Freiburg i.Br.; justamente le escribí un mensaje a mi maestro, para avisarle que “le había hecho caso” varios lustros después. Pues especialmente en la doctrina civil alemana, sobre todo por influencia de Friedrich Mommsen (mediados del siglo XIX), era y es relevante, para fijar una indemnización, no el *status quo ante*, sino el estado que las cosas tendrían al momento de la demanda y al de ser dictada la sentencia, si no hubiera sido realizada la acción dañosa, es decir, considerando (también) los cursos causales que la acción dañosa, a su vez, impidió que se realizaran (y que habrían podido causar un resultado igual o peor). Si hubiera leído el libro de Obligaciones de von Tuhr, en mi época de estudiante, habría ganado mucho tiempo. Pero en “Contratos” sí le hice caso, porque la obra de Francesco Messineo sobre la “*Doctrina general del contrato*”, que Bacigalupo me había recomendado leer, fue troncal para mi formación. Volviendo al inicio de la pregunta, ya en octubre de 1974, Bacigalupo emigra primero a Alemania, para trasladarse luego a España, donde tuvo que comenzar de nuevo y llegó a catedrático –más allá de su paso por el Tribunal Supremo español–. Además, en la Argentina había un clima casi permanente de inestabilidad política. Poco tiempo después llega el golpe militar de marzo de 1976, y yo seguía casi “sin rumbo ni destino”. Entreveía que el Derecho me interesaba “genuinamente”, pero no sabía *cómo seguir adelante* en ese contexto. Por lo demás, en esos años cambió mucho la forma de la Facultad de Derecho. Hasta antes del breve gobierno del presidente Cámpora, la Facultad era muy restrictiva. Cursos había sólo para algunos estudiantes; un tercio entraba por promedio, otro tercio, por cantidad de materias aprobadas y el tercio restante, por sorteo. De no entrar en ningún curso, uno tenía que dar las asignaturas en condición de “libre”. Yo llegué a dar dos materias en esa condición (Introducción al Derecho y Derecho Político). Por promedio llegué a hacer un curso solamente, creo yo. Al menos Derecho Romano cursé por esa vía. Con el cambio de los tiempos políticos hubo cursos “para

todos”, pero también cambió mucho el cariz de los profesores. Casi se podría decir que había puestos de profesor “también para todos”. Había buenos maestros, pero había que asesorarse con alguien que le dijese a uno: “*tal* profesor es el que sabe” (a veces había “dos” especialmente buenos). El número de estudiantes creció exponencialmente; los audaces daban hasta siete o diez materias por año. Yo nunca supe manejar en ninguno de los contextos, por más que cada contexto era diferente al anterior. Y estudié, digámoslo así, como “penando el Derecho y el *status* de estudiante eterno”. A su vez, la inclinación a la investigación producía que en algunos cursos los profesores me trataran con desdén. Una vez un profesor, delante de todos, dijo: “¿Y a ver qué opina nuestro investigador?”. Y entonces yo dejaba esa clase de cursos. A su vez, en un largo epistolario con Bacigalupo, él me aconsejaba ir más rápidamente: “no puede convertir cada curso en un seminario”. Esa frase me llegó hondamente, pero no pude cambiar mi realidad, mi actitud. Fue doloroso para mí lo extenso que fue el periplo de los años de estudiante. En algún momento me rendí al constatar que iba a seguir todo así, como si me graduase “por usucapión”, es decir, en algún momento iban a acabarse las asignaturas. Por suerte pude conocer también muchos otros buenos profesores. A veces yo cursaba una misma asignatura como oyente dos o tres veces, antes de cursarla definitivamente. Si cada materia es escuchada por la enseñanza de distintos profesores o bien si a un mismo profesor se lo escucha varios cursos seguidos, de algún modo uno hace “varios posgrados” durante los estudios de grado. Por eso conocí a diferentes profesores y orientaciones de estudio. Me duele hacer nombres, porque quedarían preteridos muchos buenos profesores que ahora no me vienen a la mente. Pero Horacio D. Parodi, Augusto Belluscio, Agustín Gordillo, Héctor Mairal, Haydée Talavera y, en mi última asignatura: Antonio Boggiano... fueron algunos nombres de la última etapa de mi carrera. Esa fue una etapa menos hostil... porque el final se veía cerca. De hecho, me gradué el día anterior a cumplir 32 años. Soy de la opinión de que uno “cumple el año siguiente” el último día del “año anterior”, porque... el día de su cumpleaños, uno ya comienza a vivir el año “que le sigue”... digamos, p. ej., el primer día del año 33. Fue una época difícil de mi vida –si es que alguna lo fue menos–. Son años en que un joven tiene que madurar, definir las metas de su vida... optar, p. ej., entre el deporte y el reforzar el estudio, para dar un ejemplo del área *menos* sensible de la vida personal. Mucha gente piensa que yo tardaba en rendir las materias porque quería sacarme una nota alta. Pero quienes me conocieron bien en aquella época

saben que esa no era la razón. El motivo central era la falta de *adaptabilidad* de mi parte *al sistema...* algo que siguió siendo así, digamos, hasta hoy.

**Lecciones y Ensayos:** —¿*Cómo repercutió su recorrido académico sobre su actividad profesional y viceversa?*

**Marcelo A. Sancinetti:** —Creo que repercutió en el sentido de que, prioritariamente, me dediqué al estudio, investigación y producción de textos de doctrina científica y otros textos de mera “divulgación”, para servir a mi actividad docente. La vida profesional de abogado estaba en un segundo plano. Eso produjo que mis trabajos más importantes en la profesión hayan sido de apoyo a otros abogados en ciertos casos o bien que, otras veces, hayan consistido en dictámenes sobre determinados casos. En mi primera época de abogado trabajé (en verdad, desde el último año de estudiante), en un estudio de numerosos abogados; mi función era la de hacer fundamentaciones escritas, cualquiera que fuese el área. Pocas veces ejercí de manera directa un rol de defensor, p. ej., ante jueces. Si bien lo hice algunas veces, no me sentía cómodo con *el sistema*. Pero es bien posible que el sistema no pueda ser de otra manera; quizá en otros países sea ligeramente mejor, aunque no creo que “mucho mejor”. No se trata de la cualidad moral individual de las personas, sino de cómo compele el sistema a cada uno a ejercer el oficio de determinado modo. Lo más característico del *hombre* (dicho en sentido bíblico: mujer o varón) es su posibilidad de ser *arbitrario*. Esta constatación, más bien de los últimos veinte años de mi vida profesional, incidió en que pasase a enseñar Derecho con mucha menos “Fe en el Derecho”. Hay dos discursos míos dados en la Facultad, para actos de colación de grados, que son hallables en Internet bajo esa expresión, que se inspiran, por lo demás, en un libro de Rudolf v. Jhering: “La lucha por el Derecho”, que influyó mucho en mi vida de estudiante. Quiero aclarar que el segundo de esos textos fue grabado, al parecer, y transcripto por alguien de la Facultad y subido a un *link*, sin que me fuera pasado el texto previamente, para su revisión. Por ello, ese segundo texto no tiene mi redacción propia; de hecho, aparecen errores de ortografía allí, como la confusión entre el verbo “hallarse” y “se haya”, entre otras cosas. Lo más característico de la influencia de mi visión del Derecho en el ejercicio profesional fue el afán por llegar a la verdad, *si es que* se puede “llegar a la verdad”. Si ésta es accesible, al menos en parte, generalmente se oculta detrás de los detalles de las reconstrucciones de las situaciones de hecho. Dicho brevemente: ejercí la profesión en forma tenue, pero con el estilo con el que hice mis estudios universitarios y mis investigaciones científicas. También éstas eran una “lucha por la verdad”.

**Lecciones y Ensayos:** —*Usted ha ocupado el lugar de discípulo de distintos profesores (Bacigalupo o Jakobs), así como también el rol de maestro o mentor de muchos juristas, varios de ellos docentes de esta casa de estudios, así como también de otras universidades ¿Cómo describiría ese vínculo maestro-discípulo? ¿Qué tan fundamental cree que es en la formación de futuros juristas?*

**Marcelo A. Sancinetti:** —Fui un joven que necesitaba de “la mano de un orientador”, casi en todas las áreas. De hecho, mi padre murió cuando faltaba poco para que yo cumpliera 10 años. Ese “hueco en el universo” no se puede rellenar de ningún modo; uno apenas si puede hacer “reparaciones parciales”. Puesto que para mí fue importante tener un maestro en Derecho Penal, al que le escuché dictar unos tres o cuatro cursos seguidos (uno de ellos, “de verano”), entonces pensé que esa función sería una que yo podría desempeñar en favor de otros... en las generaciones que me siguieran. Bacigalupo me había conectado también con Leopoldo Schiffrin, que de algún modo fue un segundo maestro. Pero también con David Baigún y Julio Maier, entre otros. Mencionar a Jakobs como maestro mío iría “demasiado lejos”. De hecho, él no me considera discípulo suyo. En su contribución a un libro de homenaje a mi persona publicado en Alemania en 2020 (*Brücken bauen / Construir puentes*), él me clasifica como “discípulo de Armin Kaufmann”; en el discurso de él (a diferencia del sentido con el que Roxin había dicho lo mismo de mí unos cuantos años antes) suena a “despectivo” (al menos yo lo interpreto así). Ahora bien, cuando conocí a Jakobs, a mis cuarenta años, yo ya no estaba en edad “de tener maestros”. Por supuesto que él era una fuente de producción de ideas inagotable. Aun hoy, con 86 años, sigue escribiendo y produciendo textos incisivos y pujantes; es un autor sumamente creativo y maravilloso. Por encima de ello, a mí me cautivó su forma de ser como persona. No sé si puedo clasificarme a mí mismo como *maestro* de otros. Pero traté de serlo; es que esa era mi vocación inicial en la niñez: ser maestro. De hecho, no tengo registrado el recuerdo de cuando *leí una frase* “por primera vez”; tendría unos seis años. Pero me imagino que habrá sido una *emoción enorme* ver que uno podía expresar por escrito ideas que fluían de la mente, a la vez que leer frases de otros; es decir, que lo que “se decía hablando” también “se podía escribir”. Entonces, quienes me hubieran enseñado eso (mis primeras maestras) tenían que dedicarse a una función “esencial para la vida”. De allí viene, acaso, mi deseo de enseñar eternamente. En definitiva, el que quiso mucho a sus padres, quiere enseñar; porque, ¿quiénes,

si no *ellos*, le enseñan a uno las primeras cosas de la vida? Creo que tuve muchos discípulos; pero la pregunta de si yo fui, realmente, un “maestro” deberían responderla ellos. Hace muy poco tiempo tuve la satisfacción de que, en un acto de colación de grados y posgrados de una universidad privada, el posgraduado como *Magíster* con el mayor promedio de todos los posgrados de esa universidad me dio en público, en su breve y conmovedor discurso, el trato de “mi maestro” (por más que yo fui su profesor sólo en dos cursos de grado de la Universidad de Buenos Aires). El decano que dio uno de los discursos principales y el vice-rector de esa universidad, que también se hallaba presente, fueron –alguna vez– estudiantes en cursos míos de grado... en diferentes universidades. Es posible que muchos otros jóvenes o de edades maduras, digamos... entre veintitantos y sesentitantos años... me consideren, quizá, uno de sus maestros.

**Lecciones y Ensayos:** —*¿Cuál fue el proceso de escritura de Casos de Derecho penal? Entre los tres tomos, hay casi 430 casos sin contar análisis de sentencias y prolegómenos: ¿Se le ocurrían casos a partir de situaciones cotidianas que luego usted ajustaba de ser necesario? ¿Estaba especialmente atento a encontrar “casos de derecho penal” durante el tiempo que duró la producción de los libros?*

**Marcelo A. Sancinetti:** —El libro de *Casos...* tiene su historia. Cuando éramos ayudantes-alumnos de Bacigalupo él nos dijo, a un grupo de unos cuatro discípulos en formación o más: “Uds. deberían escribir un *libro de casos*, como para formar ya su *currículum*”. Yo tomé eso “al pie de la letra” y me zambullí en los manuales de Welzel, Maurach y, probablemente, Mezger. Ellos, sobre todo Maurach, traían *muchos ejemplos*, las más de las veces tomados de la jurisprudencia alemana. Entonces yo escribía un caso que se pareciera *al del ejemplo*, etc. Había también un libro de casos de Eduard Kern y otro de Jürgen Baumann (muy diferentes uno de otro). Así hice, en unos cinco meses, un librito pequeño, de unas doscientas y pico de páginas, de formato de bolsillo. Hoy en día es un ejemplar difícil de conseguir; pero cada tanto uno puede comprar uno usado. Dado que eso fue escrito cuando yo tenía aprobadas sólo unas seis o siete asignaturas, el dar a luz ese compendio de casos para resolver (y ofrecer la solución de algunos de ellos) posiblemente influyó después en mi forma de estudiar Derecho *en las demás asignaturas*, porque, luego, mientras leía un manual, se me ocurrían casos que desafiaban los límites de los conceptos. Muchas veces tuve la tentación de escribir libros de casos de otras materias. Demos un ejemplo: ¿cómo se debería interpretar un testamento en el que un

señor que no tiene herederos legitimarios hubiera escrito “dejo la *porción disponible* a mis dos sobrinos: *Fulana y Mengano*”? Si no hay herederos legitimarios, tampoco habrá, estrictamente, “porción disponible”, salvo que uno diga que ésta es *del 100%*; otra interpretación, en perjuicio de esos dos sobrinos, podría indicar que el causante creyó que un tío tenía la “porción disponible” de un padre y que, entonces, el resto de los herederos *ab intestato* tendrían derecho a concurrir en la herencia en la parte restante. De cualquier modo, sería un problema difícil de resolver y sería interesante darlo en un examen como “caso a resolver”, en derecho sucesorio, para ver cómo lo enfocaría un estudiante. Cuestiones de esa índole se me presentaban permanentemente *en todas las materias*. Un estudiante con espíritu crítico tendría que inventar numerosos casos en cada materia. Volviendo a mi libro de *Casos*, a medida en que yo fui investigando más temas, muchas más eran las situaciones de hecho que a mí me parecían problemáticas. En 1986 fue publicada la 2.<sup>a</sup> edición del libro de *Casos*. Fue una edición hecha “a las apuradas”, porque yo me hallaba en Madrid, al amparo de una beca del *Instituto de Cooperación Iberoamericana*, para investigar sobre “Tentativa y teoría de las normas”, con mi maestro Bacigalupo. De allí a la 3.<sup>a</sup> edición del 2005 (tres tomos) y 2006 (en volumen único) pasaron casi 20 años. En el ínterin yo había escrito dos tesis doctorales, la primera presentada en nuestra Facultad, en 1990, dirigida por Julio Maier; la segunda, que es el libro escrito en Alemania (1991-93), bajo la tutoría de Günther Jakobs, fue posteriormente mi tesis ante la Universidad Complutense de Madrid, dirigida por Enrique Gimbernat Ordeig (1994). Esas obras, por así decirlo, están “llenas de ejemplos”. Había que hacer un compendio *y ya*. En esa tarea me ayudó mucho mi querida discípula Andrea Paola Dropulich, quien luego –al igual que Marcelo Lerman– investigó como becaria DAAD bajo la tutoría de un discípulo de Jakobs: Michael Pawlik. Uno podría resumirlo así: mi libro de *Casos* representa la formulación, en situaciones de hecho, de una parte de lo que estudié e investigué, con más una cuota de “invención”, que nunca me fue ajena. Pero yo siempre estoy atento a los casos que me presenta la vida; así, p. ej., los *films* y series, hoy tan actuales. Hace muchos años, en un posgrado que di en Trelew, el examen final consistía en presentar una escena de un *video* y resolver el caso. Desde entonces, uso imágenes de películas para introducir un tema o plantear un caso problemático. La ventaja de los “casos filmicos” por sobre los “casos escritos” reside en que la escritura ya sugiere –muy especialmente en los delitos imprudentes– la solución posible. Dicho a modo

de ejemplo: una cosa es leer que el conductor dobló a la izquierda sin poner la luz de giro y otra bien diferente es captar en una imagen grabada o de la vida real que un conductor dobló a la izquierda sin poner la luz de giro, a raíz de lo cual se produjo un accidente (la idea de que no se debe usar la palabra “accidente” si hay responsabilidad de alguien es *errónea*, pues un “suceso eventual que altera el orden regular de las cosas” puede ser imputable al sujeto responsable del accidente; de otra opinión, el programa de instrucción para renovar el registro de conductor, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

**Lecciones y Ensayos:** —*Dado que la dogmática penal alemana alcanzó los exhaustivos niveles de desarrollo que vemos hoy en día, ¿cuáles cree que son los desafíos que deberán enfrentar en los próximos años los juristas del derecho penal?*

**Marcelo A. Sancinetti:** —No me es fácil dar una respuesta a esta pregunta. Uno podría pensar que el arsenal de estructura dogmática ya está muy desarrollado y es difícil que un joven pueda hacer una investigación novedosa sobre temas “clásicos”. Sin embargo, en Alemania siempre aparecen tesis nuevas sobre temas clásicos, de modo que la posibilidad de re-enfocar el sistema siempre existe. Así, p. ej., de Welzel a Jakobs pasó casi toda mi vida de jurista penal (computando como tal la época de estudiante, dicho en números: 51 años). Para la doctrina final de la acción era esencial la distinción entre consciencia *de lo que se hace* (el tipo penal) y consciencia de si lo que se hace *está prohibido* (la llamada “consciencia de la antijuridicidad”). Esto era visto como un punto cardinal del sistema, de modo que la fijación del dolo al conocimiento de los elementos del tipo objetivo era una “relación rígida” (si hay error sobre tales elementos, así sea sobre uno solo, no hay dolo); mientras que la consciencia de la antijuridicidad tenía una “regulación flexible”, como es aún hoy en el Código Penal alemán: un error de prohibición abre la facultad de atenuar la escala penal, si es *evitable* (y casi siempre es “evitable”). Sin embargo, en Jakobs se pone en duda que esa distinción sea posible, así como también que todo desconocimiento de los elementos del tipo excluya de por sí el dolo. Además, en una gran parte de los tipos penales, los que están cargados de “elementos normativos”, de intensa insinuación del carácter ilícito del hecho, el conocimiento de lo que se hace ya lleva implícito el saber que eso está prohibido. Entonces, en más de 50 años que hace que conocí a Bacigalupo, he visto pasar la pelota —dicho en términos futbolísticos— de un arco al otro, en “parábolas increíbles”. Por supuesto que, de todos modos, comprendo

que la pregunta se refiere, muy probablemente, a desafíos *actuales*, como los ámbitos del derecho penal económico o penal-tributario, así como la mal concebida “responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Pero incluso quien quisiera estudiar tales ámbitos debería tener una formación básica *intensa* en los temas capitales, “clásicos”, que son *eternos*. Ya en la *Ética nicomáquea* hay problemas de dogmática penal que aún hoy son complejos, como los casos de *actio libera in causa* y de *actio illicita in causa*. Fuera de estas cosas, que sabe todo el mundo, no tengo la destreza ni la intuición apropiada como para opinar sobre los cauces futuros. Porque mi formación es intensa en los ámbitos clásicos. Mi preocupación constante fue la de *en qué consiste la estructura de un acto ilícito* y la posibilidad de hacer *un juicio de reproche personal* por ese acto. Posiblemente eran mis interrogantes principales sobre la moral, en mi adolescencia. Los diferentes ámbitos de la llamada *parte especial* del Derecho Penal a mí no me resultan de especial interés, por más que estamos terminando de revisar las pruebas de página del tomo II del Manual de Parte Especial de Hilgendorf / Valerius, que hemos traducido, en grupo, con sumo esfuerzo. Pero esto es un aporte para la comunidad, no es que responda a mis intereses personales, que giran siempre en torno al núcleo al que antes me referí.

**Lecciones y Ensayos:** —¿*Sobre qué tema en materia penal tiene expectativas o desea que la jurisprudencia se pronuncie en estos próximos años?*

**Marcelo A. Sancinetti:** —Lamentablemente, no tengo expectativas positivas. Hace 40 años, la situación del Derecho Penal era mucho más segura que la actual. Hoy, especialmente en lo atinente a imputaciones por abuso sexual, pero también en muchos otros ámbitos, hay una cantidad enorme de condenados por hechos cuya existencia real se desconoce por completo; y en muchos casos se puede afirmar con alta probabilidad que la imputación es falsa; pero aun así se condena. La jurisprudencia, así como también gran parte de los abogados, siguen el ritmo que le marcan los tiempos. Los tiempos actuales son “punitivistas”. El colega Daniel Pastor hizo bien en llamarle a esta corriente “*neo-punitivismo*”; pero desde su artículo al respecto hasta hoy la situación se agravó mucho; creo que él, cuando escribió eso, ni se imaginaba la intensidad del “*neo-punitivismo que vendría luego*”. Este no es un problema aislado de la Argentina, sino una corriente universal, como lo fueron los juicios por brujería en la Edad Media. En 2020 un abogado alemán, de nombre Alexander Stevens, publicó un libro crítico sobre diferentes constelaciones de casos en que una

sentencia condenatoria se base exclusivamente en dichos de personas; el libro se titula, justamente: “Declaración contra declaración” (*Aussage gegen Aussage*); y su sub-título explica ya la orientación del libro: “Sentencias SIN pruebas” (*Urteile OHNE Beweise*). El primer capítulo, “Las lágrimas no mienten”, trata el caso de una condena por abuso sexual, en la que se enfrenta la declaración de una mujer que imputa y un político imputado. El autor hace análisis críticos de alta finesa y causticidad, en un lenguaje con elegancia y gracejo. El tercer capítulo (“La confesión del asesinato”) trata el caso de una familia entera (madre, hijas y el esposo de una de ellas), cuyos miembros se atribuyeron el asesinato del padre de la familia –por más que se hallaba desaparecido–, en interrogatorios llevados con “técnicas de persuasión”. Fueron condenados sobre la base de sus “confesiones”, a pesar de que éstas –una vez que los imputados tuvieron un defensor– habían sido *retractadas*. Según las auto-incriminaciones, el padre había sido matado de manera brutal y cruel. El cadáver había sido despedazado y dado de comer a los perros; el automóvil del padre, “triturado” por un chatarrero hasta su desaparición. Cuatro años después de la sentencia condenatoria el automóvil del padre de familia apareció en el fondo del Danubio, con el “cadáver del padre intacto”. No se pudo establecer si el hombre se había suicidado o había caído al río como consecuencia de ebriedad (solía tomar porrones de cerveza en una taberna del pueblo). Ese caso fue “escandaloso”, pero si el auto nunca hubiera aparecido... los condenados habrían seguido en prisión por largo tiempo y eso... ni siquiera habría provocado la “menor inquietud social”. En los libros de Psicología experimental hay sobrados estudios de las razones por las cuales alguien puede auto-atribuirse un hecho falsamente. En suma, resumiendo mucho: el problema actual es que la presunción de inocencia ha desaparecido y ha sido revertida en presunción de culpabilidad. Ya el hecho de que los políticos se incriminen unos a otros sobre la base de que “Fulano tiene una denuncia” muestra la poca cultura que rige en garantías del derecho penal. Porque una “denuncia” puede tener “todo el mundo”: la cuestión es la de si esa denuncia tiene un apoyo en datos fiables. Esto se agrava en razón de que el muestrario de “expertos televisivos” le dan a la palabra “garantía constitucional” el trato de a un “trapo de piso”. Los jueces son los que deberían resolver esta situación; pero tampoco *pueden* “solos contra el sistema”. Es notorio que los pedidos de enjuiciamientos a magistrados se originan en decisiones de sobreseimiento, absolución o anulaciones de pruebas incriminatorias (obtenidas, eventualmente, en forma ilícita). Por la condena *a un inocente*, salvo el caso en que, una vez,

fue puesta presa (arbitrariamente) la dueña de un diario hace muchos años, no recuerdo ningún caso de “pedido de enjuiciamiento”. Con todo esto de trasfondo desaparece la llamada “máxima de Trajano”, según la cual “es preferible dejar libre a un culpable que condenar a un inocente”. Más bien hoy se prefiere que un número indeterminado de inocentes sea condenado antes de que quede indemne un culpable.

**Lecciones y Ensayos:** —*Nuestro código penal cumplió su centenario en 2021. Este acontecimiento fue gestando diversas voces que se postulan por un nuevo código penal. Queremos preguntarle, debido a la situación política actual, ¿cree que es conveniente adoptar un nuevo código, o en todo caso, que se modifique el actual?*

**Marcelo A. Sancinetti:** —Sería de desear revisar el sistema de penas y medidas de seguridad. Pero un sistema moderno y eficiente requeriría un gasto enorme —sobre todo por la necesidad de construir establecimientos carcelarios *dignos de la condición humana*, para lo cual ni siquiera hace falta reformar el Código Penal—, que la sociedad no estaría dispuesta a dar por el segmento social que está en prisión. “Las circunstancias”, como diría el Rey cuyo planeta visitó el Principito, “*no son favorables*”. En el sistema dogmático del Código Penal argentino las reformas no son urgentes. La parte *especial* es un poco anticuada —y la parte “nueva”, muy deficiente—, pero allí no reside ningún problema central de la sociedad argentina. Y la inventiva de los políticos es siempre la misma: “vamos a endurecer las penas” del delito “*equis*”. El plexo social de nuestro país tiene problemas enormes a resolver que pesan mucho más que la redacción de un código penal algo más moderno. Esto —en mi opinión— no urge para nada.

**Lecciones y Ensayos:** —*¿Quiere comentarnos un poco sobre el proceso de elaboración del dictamen sobre el Caso Cabezas? ¿Qué cuestiones problemáticas recuerda que se suscitaron en dicho momento?*

**Marcelo A. Sancinetti:** —No creo que pueda contar *un aspecto particular* de cada uno de los dos tomos aludidos. El primer volumen, sobre “la instrucción”, requirió trece meses de estudio intenso de un expediente de unos 150 cuerpos, el cual, entretanto, devino en uno de 200. Eran jornadas de trabajo extenuantes, de unas 14 hs. por día, incluidos sábados y domingos. Mi estilo —en este caso, y en *los demás*— es el de “estudiar *los detalles*”, pues estos demuestran que *tal cosa* no puede ser cierta; aquella *otra*, tampoco, etc.; también es frecuente la constelación: o bien *esto* o bien *lo otro* (o *ninguna* de las dos cosas), pero *nunca ambas a la vez*, como sucede en muchos casos. En casos muy cruzados por intereses políticos o por presiones de los

medios de comunicación, es difícil encontrar puntos de apoyo fiables en todo el plexo probatorio. A menudo está “todo contaminado”. Muchos abogados de la provincia de Buenos Aires han leído ambos volúmenes. En Mar del Plata en particular, a comienzos de este siglo, fue hecho un seminario sobre el tomo I de un semestre o un año, en el que fue discutido aspecto por aspecto (creo que la iniciativa de entonces había surgido de María Fernanda Saumell y de Juan Tapia, hoy en día defensora pública y juez, respectivamente, pero puedo equivocarme en esta referencia). Tengo oído que luego hubo otro seminario sobre el tomo II, pero no estoy seguro de que ello sea cierto. Cada volumen tiene más de mil cien páginas. Yo sólo puedo remitir a la lectura de los libros; no puedo tratar aquí aspectos aislados.

**Lecciones y Ensayos:** —*En su tesis Teoría del delito y disvalor de acción, a grandes rasgos, usted plantea como punto de partida que el centro de reproche del quebrantamiento de las normas prohibitivas penales se asienta en la decisión del autor de motivarse de forma contraria a la norma, es decir, en el disvalor de acción. Ahora bien, si uno entiende que el fundamento del ilícito es el disvalor de acción, ¿qué lugar deben ocupar los especiales elementos subjetivos distintos del dolo en la atribución de responsabilidad penal?*

**Marcelo A. Sancinetti:** —Los llamados “especiales elementos subjetivos distintos del dolo”, en parte, tienen un fundamento cuestionable, sobre todo en el caso de “los motivos” que llevaron a delinquir. En todos los países hay agravantes “por motivos”. Pero un estado liberal debería evaluar las acciones y omisiones con prescindencia de los motivos. De una visión así se está *muy lejos* (quizá sólo yo piense así; además concedo que es más chocante que alguien mate *por codicia* que que lo haga por un disgusto del momento... pero habría que ver si esta intuición no es prejuiciosa; ¿por qué razón los disgustos serían menos gravosos que la codicia?; ¿no deberíamos controlar nuestros disgustos?). Entonces, suponiendo que las motivaciones y *otras* clases de elementos subjetivos tengan un fundamento *legítimo* como agravación de la pena (en algunos casos, como *fundamento* del tipo penal en sí, no sólo como “agravante”), estos elementos no plantean ningún problema particular para un enfoque subjetivista del ilícito. El ilícito sigue siendo “el acto final contrario al deber, y sólo él” (Zielinski), con “elementos subjetivos *especiales*” o *sin ellos*.

**Lecciones y Ensayos:** —*Ud. ha contribuido a la academia con una enorme cantidad de publicaciones, ¿hay algún tema sobre el cuál hoy en día tenga una opinión sustancialmente distinta a la que anteriormente sostuvo?*

**Marcelo A. Sancinetti:** —En los comentarios bibliográficos que publiqué de estudiante tuve alguna modificación menor, en algún punto secundario. Ahora bien, lo que sí sufrió un drástico cambio de mi primera tesis doctoral a la segunda es la restricción de la impunidad por desistimiento al caso de la tentativa inacabada (en algunos códigos de América Latina se le llamaba antiguamente “tentativa” en sí a la tentativa inacabada; y “delito frustrado”, a la tentativa acabada, por más que una tentativa también puede *frustrarse en el primer paso de acción*). Si bien eso a mí “no se me ocurrió por mí mismo”, sino que lo tomé de un artículo de Jakobs: “Desistimiento como modificación del hecho versus genérica conducta posterior al hecho”, creo que en el Código Penal argentino esa idea puede ser sostenida con más fuerza que conforme al Código Penal alemán (en confrontación con el cual Jakobs escribió ese artículo). La idea es sencilla: si el autor llega a un punto de su plan “de acción o de omisión” en el que ya *asuma la posibilidad de consumación* (p. ej.: dispara un arma de fuego contra la cabeza de la víctima), a partir de aquí sólo puede haber o bien *consumación* (y entonces ya no se habla más de problemas de tentativa) o bien *fracaso*; si una tentativa ha fracasado, la falta de consumación *no se produjo ya por causas “ajenas a la voluntad del autor”*, por lo cual, según el art. 42, CP, el autor debe sufrir las penas del art. 44, CP. El hecho de que, después de una herida fatal, el autor pueda desplegar acciones tendentes a evitar el resultado y que, eventualmente, pueda impedir la consumación —p. ej., por el auxilio de médicos a los que él ha llamado— es un episodio que no puede borrar el hecho de que, en un momento *anterior*, la consumación *no se produjo por circunstancias ajenas a su voluntad* (aun cuando también sea cierto que, *después*, en un acto posterior, no se haya producido por circunstancias que enraícen en *la propia voluntad*). Ese comportamiento posterior al hecho, por más que sea meritorio como *valor de acción*, debe evaluarse en la medición de la pena. Y dado que el Código Penal argentino prevé, para toda tentativa, una escala penal menor, el “impedir la consumación” *a posteriori* de un fracaso momentáneo, ya tendrá ponderado el valor de acción posterior en esa disminución de la pena. Pero un comportamiento posterior a aquel hecho que no logre el salvamento y que sea igual de meritorio que en el ejemplo anterior desde el punto de vista de las “buenas acciones” no tendría forma de reflejar esa misma atenuación. Por cierto, esa modificación de la tesis 2 respecto de la tesis 1 se podría decir que representa una *profundización de los mismos puntos de partida de la primera tesis*. Otro punto de mis publicaciones que me costó corregir después fue

una idea deslizada en el 2.<sup>a</sup> edición de mi libro de *Casos*, en la que armé una gran confusión entre el homicidio por omisión, cuando el autor está en posición de garante de impedir el resultado, y el “abandono de persona” (art. 106, CP). Eso fue un gran error, en el que fui seguido por muchos, que luego pasaron a decir que ningún tipo penal activo podía ser interpretado como abarcador de una omisión para quien tenga el deber de impedir el resultado. Ya he escrito al respecto varias veces; uno comete *un error*, y *justo ahí* los sigue “todo el mundo”.

Pero se podría agregar *otra cuestión* en la que he cambiado de opinión, aunque nunca formulé este cambio por escrito. En la obra concebida y publicada en coautoría con Marcelo Ferrante (*El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas. Argentina*, de 1999), hay un extenso desarrollo en torno al art. 29, CN, en el sentido de que los actos que impliquen auto-atribuirse la Suma del Poder Público no pueden ser amnistiados (ni indultados). Ese era mi argumento principal sobre la imposibilidad de amnistiar según el derecho interno, sin invocación a un difuso “Derecho Penal Internacional”, que no formaba parte de la opinión estándar de los juristas locales en los años en que los hechos fueron cometidos. Pero había una *extensa doctrina* sobre el art. 29, CN, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la que yo derivaba aquella consecuencia. Es posible que yo hubiera dicho eso también en mi libro anterior (*Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, de 1988, sobre todo en el cap. III, atinente a la “Obediencia debida”). Ahora bien, en aquel libro escrito con Ferrante o quizá en mi contribución al Libro de Homenaje a Bacigalupo (*Las leyes argentinas de impunidad y el art. 29 de la Constitución de la Nación Argentina*, en *Dogmática y Ley Penal – Libro Homenaje al Profesor Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 811-826), creo haber dicho que el carácter no pasibles de amnistía de los hechos pesaba *sólo* sobre los hechos cometidos *desde el ejercicio* de la “Suma del Poder Público”, pero no sobre los actos de *terrorismo de fuerzas insurgentes*, razón por la cual los indultos del presidente Menem valdrían a este último respecto. No recuerdo ahora dónde dije esto, pero creo haberlo dicho. Hoy pienso que *esa diferenciación es incorrecta*, pues realizar acciones que impliquen *querer atribuirse* la suma del poder público tendría que conducir a la misma imposibilidad de amnistiar. Por cierto, se trata de una *interpretación analógica* –como la que hice en su origen– pero esa analogía no deriva en la *ampliación de una ley penal*, sino en la restricción

de las facultades de los poderes legítimos para amnistiar o indultar. Por otra parte, respecto de los indultos del presidente Menem, si eran inválidos los que indultaban a un sector, también tenían que serlo los otros, pues cada decreto era causa del dictado del otro, de modo que una invalidez por la causa o contenido de uno de ellos tenía que acarrear *la invalidez* de lo demás.

Por supuesto que también me he preguntado, ocasionalmente, si *está bien* que una sociedad se impida a sí misma “actos de gracia” para determinados hechos. Tampoco son buenos tiempos como para hablar de este tema.

**Lecciones y Ensayos:** —*Usted publicó un trabajo sobre la Ley del Arrepentido. Casi al mismo tiempo en que se sancionó dicha ley, se sancionó la 26.683, que prevé el decomiso anticipado para bienes que provengan de delitos complejos (narcotráfico, corrupción y trata, entre otros), ¿qué opinión le merece esta ley?*

**Marcelo A. Sancinetti:** —En lo que atañe a la Ley del Arrepentido en sí, mi opinión es la misma que expuse ante el Senado de la Nación con motivo de la discusión del proyecto de ley; es una exposición breve, que puede ser vista en *YouTube*, con sólo escribir mi nombre, con más “Senado de la Nación”. A su vez, el breve dictamen de esa época coincide con un artículo que escribí en 1997, por una exposición que también había sido hecha ante el Senado de la Nación, cuando yo era asesor del senador Bernardo Quinzio (PJ, San Luis). Ese texto fue publicado en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal” (1997, n.º 7, pp. 791-818). Cuando el Estado, en ese instituto y en muchos otros, “negocia la acción penal”, rebaja a ésta al plano de los “objetos propios del mercado”. En el mercado, lo que decide es la *conveniencia* (incluso en este plano un fiscal puede hacer un “mal negocio”, como cualquier comerciante), *no* la justicia. Así, los principios del derecho penal decaen, y el Estado se rebaja a una condición similar a la de aquel a quien persigue penalmente, negociando en una “mesa de ofertas y demandas”. Además, la pretensión de que así se puede “penar al más importante” es ingenua; presupone que hubiera una línea prístina entre el subalterno y el superior en asociaciones criminales; también a ese respecto decidirá la arbitrariedad de quien ejerza “las razones de oportunidad”; no la justicia. El instituto termina siendo un aliento para la formación de bandas criminales; para salir indemne o *cuasi*-indemne, basta con mencionar a alguien que, al poder del fiscal del momento, le resulte “más importante”. Respecto del “decomiso anticipado”, lo considero contrario a la presunción de inocencia, como todo “anticipo de pena”. De hecho, eso lleva una

“inercia de condenación”, para que el Estado no quede como infractor ante el ciudadano inocente al que le ha decomisado toda su fortuna; es decir, es una invitación “a penar”, porque “no podemos ahora devolverle todo”. Con prescindencia de ello, esas leyes no deberían ser aplicadas a hechos anteriores a su sanción, porque toda regulación que “facilite la labor de condenar” (tomo esta expresión de Carlos Tozzini) queda regida por el principio de legalidad (art. 18, CN).

**Lecciones y Ensayos:** —*En 1987, concluido su primer año a cargo de una cátedra, en la clase de clausura del curso de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, dijo que su última y más importante enseñanza para sus alumnos era la de “velar realmente por la tremenda responsabilidad humana (moral) que pesa sobre los juristas”. En aquel entonces, trajo a colación una decisión que se estaba gestando en el cuarto piso de tribunales relativa al juzgamiento de la primera sublevación carapintada, ocurrida en Semana Santa de ese año. ¿cómo relee esa enseñanza 36 años más tarde y a la luz de la sociedad de hoy? ¿La sostiene?*

**Marcelo A. Sancinetti:** —No recuerdo la frase en particular, que aparece entrecomillada en la pregunta. Pero si Uds. la tienen en forma literal, es que habré de haberla dicho. En todo caso, esa frase sí se compadece bien con los sentimientos que yo tenía en ese entonces. Y sí recuerdo claramente haberme dirigido a los estudiantes, con preocupación, en el Aula Magna de la Facultad, con relación a aquellos episodios (aunque tal vez este último aspecto sea un “falso recuerdo”; en los últimos años he estudiado algo sobre *Psicología del testimonio*; la posibilidad de que formemos recuerdos erróneos en nuestra memoria es muy alta). Tal vez la frase esté en mi libro de *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*; no lo sé en este momento [en el diálogo personal con mis interlocutores, me fue aclarado que la frase se halla en Sancinetti, *La enseñanza del derecho y la responsabilidad social de los juristas*, en “Lecciones y Ensayos”, 1988, pp. 291-298, que luego pasé a leer]. Respecto de si “sostendría hoy lo mismo...” la respuesta es escéptica. Porque mi fe en que los juristas en sí puedan constituir una sociedad más justa ha decrecido. He estudiado varias causas de aquellas que fueron fomentadas de distintos modos en los medios de comunicación. Prácticamente nunca los hechos son como los narran los medios. Pero... ¿pueden los abogados y jueces contraponerse a los medios sin sufrir represalias? En caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿hasta qué punto podrían resistir contra *el sistema*? Dicho de otro modo: ni los abogados ni los jueces pueden ir contra la corriente o difícilmente puedan

hacerlo “todo el tiempo”, hasta “el final”. Por otra parte, tampoco hay una “moral objetiva” uniforme que sea común a todos los seres racionales. Lo demuestra la discusión en torno al derecho a la vida del ser humano en gestación. Si sobre el derecho a la vida humana hay zonas discutidas, entonces en todo ámbito jurídico puede haberlas. Por tanto, ¿cómo podría una “moral individual”, presumiblemente “común a todos los hombres” (dicho nuevamente en sentido bíblico), ser la garante de que el sistema no tenga rajaduras injustas?

Cuando me referí allí a la responsabilidad particular “de los juristas” lo decía en razón de que la comunidad de éstos es la que resuelve *los conflictos jurídicos*, no porque me parezcan más obligados al “comportamiento moralmente correcto” que los seres de otras profesiones u oficios (comoquiera que sea definido lo “moralmente correcto”).

Ahora bien, los cauces que tomaron los hechos políticos desde la Ley de Punto Final (ley 23.492, de 23/12/1986) y la Ley de Obediencia Debida (ley 23.521, de 4/6/1987) demuestran que, *de hecho*, los juristas no son freno de los actos de poder, si es que éstos los competiesen a una desviación del Derecho. Por lo demás, los funcionarios que convalidaron esas leyes en su momento fueron promovidos a cargos de mayor significación “en las estructuras”. Y eso no generó ni siquiera “sanciones sociales”. Al contrario, los juristas jóvenes los apañaron o emularon. Por ende, y volviendo al tema de vuestra pregunta, creo que hoy ya no me animaría a dar un discurso que implique una “fe en el Derecho” tan intensa, por más que no la haya perdido del todo.

Es notorio que, en la cultura hebrea, que en este punto no se diferencia de la cristiana, las invocaciones a Dios son hechas con frecuencia como único realizar de la justicia. Así se lo ve, p. ej., en el final del Salmo 98 (97), “El juez de la tierra”, cuando se anuncia que (Yahvéh) “...viene / a juzgar a la tierra / él juzgará al orbe con justicia, / y a los pueblos, con equidad.”

Seguramente esa tarea esté muy lejos de lo que pueda hacer *el hombre*.

Pero también se podría considerar, a la inversa, esa visión de Dios como muy “antropomórfica”, si es que yo interpreto bien ese salmo. Pues da la impresión de que allí se esconde la petición *de retribución*, y lo máspreciado de Dios debería ser su clemencia y misericordia, su perdón, por nuestras faltas, lo cual es tema recurrente, p. ej., en el Salmo 103 (102), “Dios es amor”: “(...) Clemente y compasivo Yahvéh, / tardo a la cólera y lleno de amor... (o bien: ‘rico en piedad’) ... no nos trata según nuestros pecados / ni nos paga conforme a nuestras culpas.”

Resumiendo mucho: quizá hoy me convoque más la reflexión sobre la idea de Dios que lo que puedo refrendar mi “fe en el Derecho”.

**Lecciones y Ensayos:** —¿*Qué opinión le merecen los juicios por la verdad?*

**Marcelo A. Sancinetti:** —No conozco este tema en profundidad. Creo que es algo que ideó Leopoldo Schiffrin en la época en que habían sido convalidadas las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida. A comienzos de 1998 hubo un intento —en el que yo también intervine— por revocar con carácter retroactivo esas leyes (lo que luego se hizo en 2003). Pero ese intento fracasó. El Congreso “derogó esa ley”, pero *para el futuro*; y para el futuro ningún caso caía bajo el régimen de la ley, que sólo regulaba actos del pasado. Por eso su vicio principal era el de la violación a la división de poderes; pues la cuestión de si en algún caso concreto un sujeto podía invocar “coacción” u “obediencia no revisable” era una que sólo podían resolver los jueces de la causa en particular; no una declaración general del Congreso (véase al respecto el voto en disidencia del doctor Jorge A. Bacqué, en la sentencia que, por mayoría, convalidó primeramente la ley de obediencia debida). Sobre la base de aquella “derogación” de 1998, hacia el futuro, Schiffrin construyó la idea de que, entonces, a fin de esclarecer la verdad de los hechos, podían reiniciarse causas de “esclarecimiento de la verdad”. Yo dudo de que haya una jurisdicción penal para el esclarecimiento de la verdad sin una pretensión de acción penal propiamente dicha. Pero no he estudiado esta cuestión en profundidad, como para dar una opinión responsable.

**Lecciones y Ensayos:** —¿*Qué opinión le merece el resurgimiento del retribucionismo en los últimos años?*

**Marcelo A. Sancinetti:** —Cuando yo estudiaba “teorías de la pena” por Maurach (por la traducción de la 2.<sup>a</sup> edición, de Córdoba Roda), se solía decir “*esencia y fines* de la pena”. Con eso se quería dar a entender que la *esencia* de la pena era la *retribución*; pero que además de esta “esencia” también había “fines”. Recientemente, un autor alemán, Wolfgang Wohlers, ha escrito un trabajo en el que, en el título, se pregunta si la retribución es algo más que un “tordillo blanco” (en la traducción se ha usado el giro “pleonasma”, en lugar de “tordillo blanco”, expresión ésta que yo habría preferido). Es decir, que la pena *es*, en sí, *retribución*. La cuestión reside en si la mera retribución puede justificarla. Porque hacerle un mal a un ciudadano en *aras de la justicia* “y nada más” no podría ser un fin legítimo del Estado, si la pena no se legitimase, más allá de eso,

por el cumplimiento de un fin. A mí me seduce el trabajo de Jakobs: “*La pena estatal: significado y finalidad*”, que está muy bellamente escrito (y traducido), en diseño y defensa de la *teoría de la prevención general positiva*. Algunos autores presentan a esta teoría como “la dominante hoy en Alemania” (así, p. ej., Frister); otros mencionan como dominantes las llamadas “teorías de la unión” (así, p. ej., Hilgendorf / Valerius). El hecho de que, en la “generación intermedia”, digamos, entre 35 y 60 años, hayan surgido posiciones de nueva fundamentación de tesis retribucionistas no es ninguna ofensa a la dignidad humana ni cosa similar (más allá de que haya cierto “esnobismo” en tener *cada uno su propia* “teoría de la pena”). Las posiciones se mantienen conocidas desde la Antigüedad. El sistema penal no se vuelve más inhumano por el hecho de que uno sea retribucionista; quizá sí, si uno se basa en la teoría de la prevención general *negativa*. Cada vez que un político usa la expresión “para que sirva *de ejemplo*”, se nota que no está muy formado en la cuestión. Si la pena se aplica “para que sirva *de ejemplo*” (es decir, *para los demás*), los penados pasan a cumplir la función de los antiguos *souffre-douleurs*. Hoy en día, esta expresión es la forma francesa de denominar el *bullying*. Pero se origina en que los antiguos príncipes no podían recibir correctivos corporales de sus maestros, en tanto eran “nobles”; entonces, el correctivo era recibido por su amigo o compañero, o sea: “el que recibía las bofetadas”. La pena debe ser aplicada porque, en caso de indiferencia ante el quebrantamiento de la norma, a la larga la erosión de la norma sería tan intensa que ésta perdería toda vigencia. La pena repara la pérdida de orientación cognitiva que produce el quebrantamiento de la norma; y esa reparación debe seguir a costa del infractor: No es que esto “tenga que servir para dar un ejemplo”. Esta última idea (prevención general *negativa*: coacción psicológica para la generalidad) tiene una inercia de incrementación injusta de la pena. La retribución, al menos tiene un componente de justicia, que impone la proporcionalidad en la reacción penal. La prevención general negativa no conoce ningún límite. Pero yo me inclino por la versión de la prevención general positiva. Eso no impide que, una vez impuesta una pena justa, se hagan todos los esfuerzos posibles por inculcar valores durante la ejecución de la pena; es decir, que, al momento de la ejecución, sólo queda por delante la “prevención especial” positiva o la reclusión de seguridad (prevención general negativa), en caso de delincuentes en sí peligrosos, cuyo peligro no se haya disipado durante la ejecución. Esta forma de reacción tiene como límite el “principio de proporcionalidad”.

**Lecciones y Ensayos:** —*¿Qué opinión posee respecto de la formación universitaria?*

**Marcelo A. Sancinetti:** —No soy un experto en educación universitaria. Hoy hay facultades que ofrecen distintas carreras en las que uno puede formarse para la capacitación general de estudios universitarios y dirección de carreras. Yo carezco de esa formación. He visto infinidad de clases de otros colegas; muchas de ellas, cuando era estudiante; pero muchas más presenciando clases de profesores adjuntos o incluso titulares. También he escuchado clases de profesores extranjeros, especialmente de Alemania o España. Cada tanto escucho clases de otras asignaturas; así, p. ej., en concursos para profesores titulares. Tengo una cierta formación, más bien *intuitiva*, en clases universitarias y de posgrado. Pero, p. ej., no sabría diseñar un plan de estudios de una Facultad de Derecho que estuviera por crearse. Quizá sí podría revisar un plan de estudios diseñado por otro. Si la pregunta, en cambio, apunta a qué me parece la formación universitaria *en Derecho*, creo que eso depende mucho de la diversidad que hay en las numerosas universidades existentes hoy en día. Como regla general, un estudiante “tomado al azar” no sabrá mucho, ni son tiempos favorables para la auto-exigencia. Pero en todo curso, y muy especialmente en la Universidad de Buenos Aires, hay un 10 % de estudiantes que son de *muy buenos a brillantes*; otro 25 % acompaña relativamente bien a aquel grupo principal. Pero una importante proporción es casi indiferente al conocimiento; sabe que el título de abogado puede abrirle diferentes puertas de trabajo. Estudiar Derecho en sí, a una importante proporción, no le parece relevante... sólo aspira a tener un título habilitante.

**Lecciones y Ensayos:** —*¿Qué consejo le daría a un/a estudiante que quiere proyectar una carrera académica?*

**Marcelo A. Sancinetti:** —Yo uso, como “inclusivo”, el masculino, que, en español, cumple la función de *neutro*. Si yo digo Fulana está cerca del “estudiante ideal” no incurro en ninguna falta de concordancia gramatical en la frase, pues “el estudiante ideal” no identifica un sexo; si se usa el femenino, sí se abarca sólo al grupo femenino, y, además, no queda claro si uno tiene “una estudiante ideal” de componente diferente al de “un estudiante ideal masculino”. Si uso el masculino y el femenino tiene que ser porque esté pensando en *dos regímenes diferentes*, pero, en este caso, sería elegante decir “damas y caballeros” y no “caballeros y damas”. Dicho de otro modo, decir “todos y todas” es un doble error gramatical; pues, con “todos” están incluidas “todas” y, además, si menciono *ambos* grupos

como entidades diferentes, lo recomendable sería expresar el grupo femenino con antelación. Ahora bien, el colmo de la desubicación gramatical en estilo “inclusivo modernizante” lo he escuchado recientemente en un discurso universitario, en el que el orador se dirigió a los graduados como “...queridas graduadas y graduados”. Literalmente, eso significa que los varones no son queridos, pues un adjetivo femenino no puede ser usado para denotar la condición de un sustantivo masculino.

Fuera de eso, y entrando al contenido de la pregunta, antes de aconsejar a alguien y presuponiendo que yo pudiera dar consejos, primero hay que identificar *cuáles son* las motivaciones propias de la persona a aconsejar, *cuáles son sus metas*. En Derecho es frecuente que un estudiante “no tenga ninguna meta, ninguna motivación”, etc., ya por el hecho de que una gran proporción de los estudiantes –tal como fue mi caso *ab initio*– se inscribe en Derecho sin saber bien *por qué*, posiblemente... por no tener definida “otra vocación”. Pero, si tiene un interés “genuino”, hay que ver si le interesa el Derecho *como área de investigación y producción de ideas* o si más bien quiere ser un *buen funcionario* o un *buen abogado*. En cada caso, los caminos son muy diferentes. Además, para el grupo de estudiantes que tiene interés en la investigación, primero hay que ver qué tanta vocación tendría como para aprender una lengua difícil y esquiva, como *la alemana*. Hoy en día los jóvenes que hicieron colegios secundarios buenos (incluso si fueron a colegios alemanes) saben muy bien *inglés* y prefieren orientarse –presuponiendo un interés en la investigación– por el mundo anglosajón. Pero si uno escoge el camino de la investigación, tiene que asumir que eso tiene *costos*, porque, al momento actual, no hay nada que rinda tanto, económicamente, como ser funcionario del Estado. Cuando uno es joven puede pensar que el dinero está en un segundo plano. Pero a lo largo de toda una vida se siente que el poner la investigación, el estudio y la enseñanza en un primer plano lo deja a uno rezagado en la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia (si es que uno quiere formar una familia). Por lo demás, no me atrevería a dar consejos, si no me fueran pedidos y, en este caso, pondría mucha atención al cuadro de expectativas de la persona que requiere el consejo. Tal cuadro condiciona mucho “lo aconsejable”.

**Lecciones y Ensayos:** —¿*Libro que recomiende (del género que desee)?*

**Marcelo A. Sancinetti:** —Creo que lo que aquí está en juego es un universo “inabarcable”. Cuando se me pregunta sobre libros suelo elegir dos: *Búsqueda sin término*, de Karl Popper (*Una auto-biografía intelectual*); y

*El Principito*, cuyo título sabe mejor en el original: *El pequeño Príncipe*. Pues no se trata de un príncipe “venido a menos”, como parecería indicar el diminutivo, sino de “*todo un príncipe*”, que es *pequeño* de tamaño (y enorme en su mundo espiritual). Ahora, libros... hay centenares de miles, también millones; pero, en su vida, uno puede leer sólo una escasa proporción... por cierto, ínfima, en comparación con los enormes y disímiles campos del conocimiento y de la narrativa que hay hoy en día a disposición.

**Lecciones y Ensayos:** —*¿Qué pregunta que le habría gustado que le hubiéramos hecho y no le hicimos?*

**Marcelo A. Sancinetti:** —Si uno entabla un diálogo auténtico entre dos personas con algún punto en común para ambas estando cada parte dispuesta a prestarle atención a la otra, el diálogo, en teoría, sería *infinito*, o tendría en todo caso “la finitud de la vida”. No se trata, además, de mis gustos personales en las preguntas, sino de las preguntas que Uds. deseen formular. No soy quién para pensar: ¡qué lástima que no se me preguntó sobre *tal cosa*! Y, además, si yo hubiera querido tocar determinado tema, las preguntas formuladas ya habrían dado una posibilidad suficiente como para que uno pudiera hacer entrar cualquier tema en las respuestas, à *la sauvette*.

## TRADUCCIONES



## LA CRIMINALIZACIÓN DE COMPORTAMIENTOS PARA PROTEGER LA DIGNIDAD HUMANA\*

TATJANA HÖRNLE\*\*

**Resumen:** El propósito de este artículo es discutir la criminalización de conductas sobre la base de argumentos relativos a la dignidad humana. Se propone una versión modesta de la integración del concepto de “dignidad humana” en los debates sobre la criminalización. Tras un examen crítico de ambas, tanto de la noción de “dignidad humana como valor objetivo”, así como de la suposición de que el significado de la dignidad humana puede explicarse remitiéndose a la filosofía moral de Kant, las violaciones de la dignidad humana se caracterizan como humillaciones graves.

**Palabras clave:** dignidad humana — derecho penal — criminalización.

**Abstract:** The purpose of this article is to discuss the criminalization of conduct based on human dignity arguments. It proposes a modest version of integrating human dignity into discussions about criminalization. After a critical examination of both the notion of “human dignity as an objective value” and the assumption that the meaning of human dignity can be explained by referring to Kant’s moral philosophy, human dignity violations are characterized as severe humiliations.

**Keywords:** human dignity — criminal law — criminalization.

### I. INTRODUCCIÓN

Si uno se preguntara si la dignidad humana debería desempeñar un papel en la elaboración de estándares normativos del sistema de justicia penal,

\* Recepción del original: 07/03/2024. Aceptación: 14/03/2024.

\*\* Traducción realizada por los miembros del Consejo de Redacción de Lecciones y Ensayos y revisada por Agustina Szenkman.

probablemente no sería difícil alcanzar cierto consenso sobre las regulaciones procesales. Las disposiciones del régimen jurídico que protegen a los acusados y testigos en investigaciones y juicios penales contra formas graves de presión y tratos muy degradantes pueden remontarse al deber de respetar la dignidad humana. En este trabajo, no examinaré la relevancia de la dignidad humana en las cuestiones procesales, sino que me centraré en un área menos explorada: si la dignidad humana debe influir en los discursos sobre la criminalización y de qué manera. En el marco de estos debates, los argumentos basados en la dignidad humana aparecen de dos modos diferentes. La dignidad humana puede ser una razón para restringir y limitar el alcance del derecho penal o, por el contrario, una razón que justifique una norma penal. La dignidad humana, como restricción, se evoca para apoyar la crítica de determinadas prohibiciones o sanciones.<sup>1</sup> Mi punto de vista será el segundo: el papel positivo de la dignidad humana al considerar la criminalización. ¿Podría ser la protección de la dignidad humana al menos una razón *prima facie* para la criminalización? ¿Se puede argumentar que las prohibiciones penales están justificadas porque cometer estos actos implica violar la dignidad humana?

Proponer normas jurídicas para la protección de la dignidad humana se enfrenta con objeciones de principios. La dignidad humana ha sido calificada como una "noción blanda y subjetiva",<sup>2</sup> un "concepto inútil"<sup>3</sup> o, desde el punto de vista de la teoría constitucional, como demasiado vaga.<sup>4</sup> El escepticismo es más antiguo que los debates actuales. El filósofo alemán Arthur Schopenhauer, en su típico estilo gruñón, expresó su desprecio con la frase "*shibboleth*<sup>5</sup> de todos los moralistas despistados e irreflexivos".<sup>6</sup> Voces contemporáneas critican la inflación de argumentos de política jurídica que hacen uso de la dignidad humana.<sup>7</sup> En los campos de la bioética

1. *Cfr.* GUR-ARYE & WEIGEND, "Constitutional review of criminal prohibitions affecting..."; GUR-ARYE, "Human dignity of 'offenders': A limitation on substantive criminal law".

2. PINKER, "The stupidity of dignity".

3. MACKLIN, "Dignity is a useless concept".

4. ROACH, "The primacy of liberty and proportionality...".

5. Nota del traductor: puede traducirse normalmente como aquellas palabras o dichos utilizados por los miembros ciertos grupos y que los demás suelen considerar vacíos de significado real.

6. SCHOPENHAUER, *Über die Grundlage der Moral*, p. 206.

7. NEUMANN, "Die Tyrannei der Würde"; BIRNBACHER, "Ambiguities in the concept of Menschenwürde", pp. 107-109; SCHÖNE-SEIFERT, "Philosophische Überlegungen zu 'Menschenwürde' und Fortpflanzungsmedizin".

y la medicina, es una jugada habitual apoyarse en la "dignidad humana" como comodín a favor de las prohibiciones (penales).<sup>8</sup> En los debates sobre el derecho penal, la "dignidad humana de las víctimas" puede invocarse de forma amplia e indeterminada para imponerse a las "libertades de los delincuentes".<sup>9</sup> Pero ser conscientes de las funciones problemáticas de los argumentos sobre la dignidad humana (ser conscientes de que a menudo son la expresión de ansiedades) no nos obliga a abandonar el concepto normativo. El escepticismo radical resumido en "la estupidez de la dignidad"<sup>10</sup> nos recuerda que debemos seguir desconfiando de los enfoques demasiado idealistas que ven la dignidad humana como algo tan directamente benigno y evidente que nos exime de seguir pensando en ello. De hecho, es necesario seguir reflexionando.

Las afirmaciones críticas apuntan a diferentes preocupaciones. La primera, que puede expresarse tanto para la filosofía moral como para la filosofía jurídica, es la noción de que la dignidad humana es inútil porque no va más allá de lo que se concede con los derechos de autonomía. En segundo lugar, el concepto de dignidad humana podría ser demasiado vago para aplicarlo en contextos jurídicos. En tercer lugar, las referencias a la dignidad humana podrían promover justificaciones antiliberales y moralistas de las prohibiciones legales. Y, en cuarto lugar, respecto de los delitos de expresión, evocar la dignidad humana podría significar sofocar las expresiones que no sigan normas estrictas de tacto, reflexión y tolerancia. Mi postura es que estas preocupaciones deben tomarse en serio, pero pueden rechazarse. A fin de cuentas, no es apropiado santificar el concepto de dignidad humana, como tampoco lo es forzar conductas virtuosas a través del derecho penal o expresar desprecio por el concepto. Los puntos que trataré de defender son los siguientes: las referencias a la dignidad humana pueden justificar la existencia de prohibiciones penales que tienen por objeto impedir conductas gravemente humillantes.<sup>11</sup> Esto no equivale al argumento de que la dignidad humana deba ser la única o principal justificación: el rol de los argumentos basados en la dignidad humana puede ser simplemente ofrecer una imagen más completa de la conducta ilícita

8. Véase, para los fundamentos religiosos y el fetichismo del cuerpo, DAN-COHN, "A concept of dignity", pp. 18-19, pp. 20-22.

9. Véase ROACH, "The primacy of liberty and proportionality...".

10. PINKER, "The stupidity of dignity".

11. Véase también HÖRNLE & KREMNITZER, "Human dignity as a protected interest..."

(además de los argumentos relativos a otros derechos). Mi versión es una versión modesta de la integración de la dignidad humana en los debates sobre la criminalización. Meir Dan-Cohen ha propuesto una versión más fuerte al sostener que “el principal objetivo del derecho penal es defender el valor moral único de cada ser humano”.<sup>12</sup> En mi opinión, el valor moral no debería ser la preocupación central en el contexto de la filosofía jurídica y las políticas legales, y el derecho a no ser humillado gravemente es un derecho junto a la multitud de otros derechos individuales.

El propósito de este artículo es analizar la criminalización de conductas con base en argumentos de dignidad humana. No es un artículo sobre la teoría de los derechos humanos, ni analiza los argumentos de dignidad humana en las decisiones de los tribunales constitucionales.<sup>13</sup> En los contextos de la teoría de los derechos humanos, la teoría constitucional y las sentencias de los tribunales constitucionales, los argumentos sobre la dignidad humana se construyen a menudo de forma fundacional: para enfatizar la dignidad humana como fuente de todos los derechos humanos, es decir, para explicar qué tienen de especial los seres humanos y así justificar por qué los seres humanos son portadores de (un conjunto de) derechos humanos.<sup>14</sup> Estas afirmaciones de origen o argumentos de tipo fundacional no pueden discutirse en detalle, no porque piense que son poco convincentes o innecesarios: las teorías sobre los derechos en general y los derechos humanos en particular necesitan ese enfoque general. Sin embargo, si se pasa a discutir prohibiciones legales específicas, las características de los derechos particulares, y entre ellos el derecho a la dignidad humana, se vuelven más importantes que la dignidad humana como fuente fundacional general.

En los discursos sobre la criminalización, hay que analizar detenidamente lo que significan las referencias a la dignidad humana. Criticaré tanto la noción de “dignidad humana como valor objetivo” como la suposición común de que el significado de la dignidad humana puede explicarse remitiéndose a la filosofía moral de Kant (“La dignidad humana como concepto jurídico”). El siguiente paso será esbozar qué tipo de conducta es incompatible con el derecho de otra persona a que se respete su dignidad

12. DAN-COHN, Harmful thoughts. *Essays on law, self and morality*, p. 150.

13. Para esto último, véase McCREDEN, “Human dignity and judicial interpretation of...”.

14. Véase, por ejemplo, ENDERS, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*; GRIFFIN, *On Human Rights*; KLEINIG, “Humiliation, degradation and moral capacity: a...”, p. 197; BIELEFELDT, *Auslaufmodell Menschenwürde? Warum sie in...*

humana. La idea básica es recurrir a la noción de humillación grave ("Sobre la definición de la dignidad humana"). Por último, mencionaré algunas implicancias para las prohibiciones penales contra los delitos de expresión y contra otros actos ("Implicancia para distintos tipos penales").

## II. LA DIGNIDAD HUMANA COMO CONCEPTO JURÍDICO

### II.A. Derechos subjetivos y valores objetivos

Los argumentos sobre la dignidad humana pueden basarse en diferentes fundamentos. Hay que distinguir entre los reclamos sobre la dignidad de la humanidad y la dignidad como valor objetivo, de los reclamos sobre los derechos subjetivos que protegen la dignidad individual de los humanos. En la literatura constitucional alemana y en las sentencias judiciales, el término "dignidad humana" se refiere no solo a los derechos subjetivos de las personas, sino también a un valor objetivo. Esta perspectiva hace hincapié en una "dignidad de la humanidad" o "dignidad de la especie humana".<sup>15</sup> En su libro *Human Dignity*, George Kateb habla de la "estatura humana" de forma similar. Señala los logros de la especie humana (lenguaje, pensamiento, conocimiento) que nos hacen merecedores del atributo "dignidad".<sup>16</sup> El elogio de la dignidad de la especie humana puede ser merecido, o tal vez no, si uno es más pesimista.<sup>17</sup> Para mi propósito, no es necesario decidir sobre esto en general. El punto más estrecho es más bien: ¿se puede justificar la prohibición de una conducta al señalar su incompatibilidad con la "dignidad de la humanidad?"

La "dignidad de la humanidad" se cita para prohibir comportamientos dirigidos contra individuos concretos que prestan su consentimiento respecto de esas conductas, pero también se utiliza para prohibir conductas no respaldadas por el consentimiento. La primera versión de los argumentos de la "dignidad humana como valor objetivo" es paternalista ("hacemos esto por tu propio bien"), la segunda versión puede ser un ejemplo de puro

15. HÖFLING, "Kommentierung von Art. 1 GG"; pero véase también el análisis crítico de DREIER, "Vorbe-merkungen vor Artikel 1 GG", pp. 116-120.

16. KATEB, *Human Dignity*, p. 136 y ss.

17. No es improbable que la imprudencia colectiva de los humanos en la reproducción conduzca al desastre tanto para la especie humana como para las demás.

moralismo jurídico. En la versión paternalista, invocar la “dignidad como valor objetivo” se enfrenta a los derechos de autonomía. Un ejemplo es el caso alemán resuelto por el Tribunal Administrativo Federal en el que el Tribunal dictaminó que los actos indecentes de mujeres adultas en los llamados *peep-shows* pueden prohibirse en aras de la dignidad humana como valor objetivo.<sup>18</sup> Esto provocó críticas que pueden resumirse claramente en la expresión alemana de que *Würde* se convierte en *Bürde* (la dignidad se convierte en una carga).<sup>19</sup> En la segunda versión, el enfoque moralista jurídico, que se refiere a la dignidad humana como un objetivo no se enfrenta necesariamente con los derechos de autonomía: por ejemplo, si el actor fuera capaz de clonar seres humanos, los clones no podrían haber dado su consentimiento y otros seres humanos implicados tampoco. Los argumentos sobre la dignidad humana aparecen en forma de la simple afirmación de que una conducta debe prohibirse porque viola la dignidad de la especie humana.<sup>20</sup>

Soy crítica con las dos versiones de los argumentos de la “dignidad humana como valor objetivo”, la versión paternalista del “por tu propio bien” y la versión de la “especie”. El enfoque de la criminalización que subyace a mi trabajo puede describirse como centrado en los derechos. Necesita ciertas explicaciones porque no encaja en algunas descripciones contemporáneas de la literatura inglesa. Si se dividen las teorías de la criminalización en dos categorías denominadas “principio del daño” y “moralismo legal”,<sup>21</sup> no es fácil incorporar un enfoque centrado en los derechos. Se asemeja, pero no coincide, con las nociones comunes de daño como “disminución de recursos” u otros reveses tangibles en la calidad de vida de los individuos.<sup>22</sup> Esta forma de describir el daño está orientada al futuro: la conducta se describe como dañina porque tiene un impacto negativo en la vida futura de las personas. Sin embargo, las violaciones de la dignidad humana que se describirán en las secciones siguientes mostrarán (esperemos) que la razón para calificarlas de “ilícitas” no es un impacto medible

18. BVerwGE, “Peep-show”. Véase similar en DAN-COHEN, *Harmful thoughts. Essays on law, self and morality*, p. 154 y ss.

19. NEUMANN, “Die Menschenwürde als Menschenbürde—oder wie...”, pp. 59-60.

20. Véase, por ejemplo, KERSTEN, *Das Klonen von Menschen*, p. 504 y ss.

21. DUFF, FARMER & MARSHALL y otros, “Introduction: The Boundaries of the Criminal Law”, p. 14 y ss.

22. Véase VON HIRSCH & JAREBORG, “Gauging criminal harm: A living-standard analysis”.

de forma empírica en la psique de las víctimas. Se pueden describir las consecuencias psicológicas de una conducta que atenta contra la dignidad humana de los demás, pero establecer que se ha violado un derecho no depende de que se produzcan tales consecuencias. Comparto la opinión de que el principio del daño es inadecuado para comprender plenamente la ilicitud de, al menos, algunos delitos.<sup>23</sup> No obstante, no hay que suponer que esto deja solo al moralismo jurídico como alternativa. La mejor alternativa es más bien un enfoque centrado en los derechos.<sup>24</sup>

El moralismo jurídico amenaza con socavar la distinción entre filosofía jurídica y filosofía moral. Esta distinción es una de las impresionantes innovaciones de la metafísica de la moral de Kant (mucho más que varias secciones de la *Tugendlehre*, su filosofía moral aplicada, que se basan en las costumbres y convenciones del siglo XVIII). El derecho sirve, según la famosa definición de Kant, para "hacer compatibles los deseos de una persona con los deseos de otra persona bajo una ley general de libertad".<sup>25</sup> No cito esto porque piense que los escritos de Kant proporcionan una fuente para afirmaciones normativas que no necesitan más justificación (como parecen suponer algunos filósofos jurídicos alemanes). Pero la cita es útil como resumen conciso, no anticuado, de un concepto liberal del derecho. Bajo estas premisas, los derechos subjetivos son instrumentos de protección no solo contra el Estado y sus instituciones, sino también contra los deseos de otros seres humanos. El objetivo de las prohibiciones legales es dar fuerza a aquellos intereses humanos que merecen ser reconocidos como derechos protectores, y la justificación de las prohibiciones legales debe adaptarse a este objetivo. Por lo tanto, en el contexto de la filosofía jurídica (salvo, tal vez, en la filosofía moral), no debería permitirse que los valores objetivos prevalezcan sobre los derechos subjetivos. Las regulaciones legales solo son admisibles en la medida en que sean necesarias para encontrar soluciones a deseos en conflicto. En cuanto a los conflictos potenciales, tienen que asignar los espacios en los que los individuos pueden ejercer sus derechos subjetivos. Pueden insistir en sus derechos, pero también pueden renunciarlos al consentir los actos de los demás. Dentro de un concepto derecho-centrista de las normas, sería una noción extraña

23. DAN-COHEN, *Harmful thoughts. Essays on law, self and morality*, p. 151 y ss.; STEWART, "The limits of the harm principle".

24. STEWART, "The limits of the harm principle".

25. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, p. 337.

suponer que la dignidad como valor objetivo debe imponerse frente a la decisión autónoma de una persona. Las prohibiciones legales deberían limitarse a las constelaciones en las que la persona afectada pudiera alegar que su derecho se ha quebrantado contra su voluntad.

## **II.B. La necesidad de un concepto *jurídico* de la dignidad humana**

¿Cuál es la forma adecuada de especificar el contenido de un derecho que podría denominarse derecho de la dignidad humana? ¿Qué tipos de conducta son incompatibles con aquel? Un obstáculo importante en el camino hacia una respuesta es el uso múltiple del término dignidad humana. Aparece en diferentes ámbitos y discursos: juicios morales cotidianos, filosofía moral, teología, derecho constitucional, política jurídica, filosofía del derecho. Es importante reconocer las diferencias y evitar las transferencias directas de un ámbito a otro. Probablemente no resulte difícil convencer a los lectores de esta revista de que es problemático recoger argumentos en el ámbito de la teología para extraer conclusiones en materia de política jurídica. Pero una advertencia similar existe para la práctica generalizada de las transferencias de la filosofía moral a la filosofía jurídica.<sup>26</sup> Dentro de la filosofía moral contemporánea, el respeto y la dignidad, así como las obligaciones morales y los derechos basados en la dignidad, ocupan un lugar destacado.<sup>27</sup> Sin embargo, estas ideas no deben fluir el ámbito de la filosofía jurídica sin filtro. Los derechos en una perspectiva jurídica deben distinguirse de los derechos morales. La pregunta “¿es esto moralmente incorrecto?” es distinta de la pregunta “¿cuán amplio debe ser el ámbito de la libertad individual y qué instrumentos de protección concede la ley?” Por supuesto, la cuestión de “cuánta libertad” no se decidirá de forma totalmente independiente del marco moral de una sociedad determinada. Habrá puntos de contacto con el moralismo jurídico a la hora de argumentar qué derechos merecen la protección del derecho penal. Pero el contenido de los derechos jurídicos no puede derivarse simplemente de la filosofía moral.

Esto debe subrayarse porque recurrir directamente a la filosofía moral es una práctica habitual. Por ejemplo, la doctrina constitucional alemana y

26. Véase para una opinión similar WALDRON, “Dignity, rank, and rights”, p. 210.

27. Véase, por ejemplo, DARWALL, *The second-person standpoint: morality, respect...*, cap. 10.

el Tribunal Constitucional Federal alemán favorecen este enfoque. El Tribunal utiliza la denominada fórmula del objeto para definir las violaciones de la dignidad humana y se pregunta si una persona es tratada como "un mero objeto".<sup>28</sup> Esta expresión entró en el repertorio del Tribunal después de que un profesor de derecho constitucional, Günter Dürig, la acuñara.<sup>29</sup> Dürig probablemente se basó en una lectura superficial de Kant (a quien no citó), en particular de los *Fundamentos de la Metafísica de la Moral* y del famoso imperativo:

[...] obra de tal modo que trates a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, nunca meramente como un medio, sino siempre al mismo tiempo como un fin.<sup>30</sup>

Con un número creciente de autores,<sup>31</sup> no creo que la dignidad humana como concepto jurídico pueda desarrollarse de forma sencilla adoptando los requisitos morales "no instrumentalizar a los demás" o "no tratar a los demás como meros objetos". El concepto jurídico debe definirse de forma diferente a la apelación común a la segunda formulación del imperativo categórico de Kant (que Kant desarrolló como parte de su filosofía moral, no en el tratamiento que dio a los principios jurídicos).<sup>32</sup> La fórmula "meramente como un medio" es demasiado amplia y vaga, pero al mismo tiempo también demasiado estrecha para nuestro propósito. Los filósofos morales discuten en qué condiciones un agente trata a otros meramente como medios o, en una expresión relacionada, en qué condiciones los agentes instrumentalizan a otros.<sup>33</sup> Aunque la prohibición de utilizar a los demás

28. BVerfGE, "Mikrozensus", part. 6; BVerfGE, "Kind als Schaden", part. 399; BVerfGE "Luftsicherheitsgesetz", párr. 154.

29. DÜRIG, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde", p. 127.

30. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, p. 61.

31. DREIER, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", art. 1 nr. 53; BIRNBACHER, "Annäherungen an das Instrumentalisierungsverbot"; HILGENDORF "Instrumentalisierungsverbot und Ensembletheorie der Mensch-enwürde".

32. Las referencias más explícitas de Kant a la dignidad son escasas. Se limitan estrictamente a la filosofía moral y se evitan en sus escritos sobre filosofía política y jurídica, véase VON DER PFORDTEN, "On the dignity of man in Kant".

33. SCANLON, *Permissibility, meaning, blame*; SCHABER, *Instrumentalisierung und Würde*.

“como meros medios” se considera “atractiva”,<sup>34</sup> sigue sin quedar claro cómo distinguir lo moralmente permisible de lo no permisible. E, incluso, si hubiera consenso en el ámbito de la valoración moral sobre si se puede afirmar que determinada conducta merece reproche moral porque utiliza a otra persona como mero medio o la instrumentaliza, esto no implica una razón *prima facie* para el castigo penal. Para la política jurídica y, en particular, si la cuestión es la criminalización, necesitamos definiciones que permitan unos límites bastante claros y un ámbito reducido de conductas reprochables, en lugar de una vaga fórmula magistral.

Además, son concebibles casos graves de maltrato a una persona que no pueden encuadrarse en el segundo imperativo categórico de Kant porque su ámbito de aplicación es demasiado estrecho. Tratar a alguien meramente como un medio implica que la víctima es tratada como un instrumento para alcanzar algún objetivo (en un esquema utilitarista, promover la felicidad de la comunidad u otro objetivo a elección del agente). Para instrumentalizar a otra persona y utilizarla como medio para conseguir un fin, el agente tiene que perseguir un plan que vaya más allá de maltratar a otra por el mero hecho de maltratarla. Si los agentes son funcionarios del Estado que actúan en nombre del Estado o a la luz de su interpretación de los intereses del Estado, esta condición (persecución de un plan más amplio) estará normalmente presente, como en los casos de tortura para hacer confesar a los sospechosos o los casos de maltrato a “enemigos políticos” para intimidar a la oposición. Pero este tipo de planificación racional (inhumana) no tiene por qué estar presente, especialmente si se amplía la noción de “violación de la dignidad humana” más allá de los actos de los funcionarios del Estado a todos los actos de crueldad de seres humanos hacia otros seres humanos. Su finalidad puede ser la mera expresión del desprecio como tal, sin un objetivo ulterior para el que se instrumentaliza a la víctima.<sup>35</sup>

34. SCANLON, *Permissibility, meaning, blame*, p. 89.

35. Véase BIRNBACHER, “Ambiguities in the concept of Menschenwürde”, pp. 111-112.

### III. SOBRE LA DEFINICIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA

#### III.A. La búsqueda de las cualidades humanas

¿Cómo debemos proceder para identificar las conductas que vulneran el derecho de otra persona a que se respete su dignidad? El enfoque más común consiste en identificar las cualidades importantes de los seres humanos. Si podemos señalar esas cualidades, entonces, sabremos por qué los seres humanos tienen dignidad. Una primera variante busca la dignidad en la posición y los logros individuales de las personas; una segunda, en las cualidades inherentes a todos los seres humanos. Ver la dignidad como un atributo que es consecuencia del rango social, pero también (en menor medida) de los propios logros, es la visión tradicional. Se puede encontrar, por ejemplo, en antiguos escritos romanos sobre "*dignitas*", "*honestas*" y "*nobilitas*".<sup>36</sup> En la filosofía moral contemporánea, la noción de dignidad como virtud personal recibe cierta atención.<sup>37</sup> En la filosofía jurídica y la teoría constitucional, sin embargo, las descripciones de la dignidad basadas en distinciones de origen social y/o logros personales no son populares. Los puntos de vista tradicionales sobre la dignidad y la perspectiva de la ética de la virtud tienen una característica en común que los hace muy poco atractivos para el debate jurídico contemporáneo: la dignidad adquirida difiere de una persona a otra. Esto colisiona con una premisa muy extendida en la era de los derechos humanos: una *concepción igualitaria* de la dignidad humana.<sup>38</sup>

La actitud igualitaria contemporánea se puede ilustrar desde varios ángulos. Un enfoque destaca la evolución histórica que puede describirse como la "gran nivelación". Jeremy Waldron, en su conferencia Tanner sobre "Dignidad, rango y derechos", sigue esta vía descriptiva. Sostiene que no existe una ruptura fundamental entre el concepto tradicional de rango y la noción moderna de dignidad humana, sino que la dignidad humana hunde sus raíces en la comprensión inicial del rango. Lo que ocurrió es, según esta historia, un proceso de igualación que extendió a todos los seres humanos las actitudes dignitarias antes reservadas a las personas de

36. CANCIK, "Dignity of man' and 'persona' in...".

37. MEYER, "Dignity as a (modern) virtue".

38. Véase, por ejemplo, KATEB, *Human Dignity*, pp. 5-6.

alto estatus social (nobles).<sup>39</sup> El pensamiento normativo que promovió una comprensión igualitaria de la dignidad humana dejó huellas en la literatura filosófica mucho antes de que su impacto pudiera verse en la nivelación real del siglo XX. Para justificar normativamente por qué todos los seres humanos merecen una actitud digna, el paso crucial fue hacer hincapié en ciertas cualidades de los seres humanos. Un texto clásico es la *Oración sobre la dignidad del hombre* de Giovanni Pico della Mirandola de 1486, retomada recientemente por James Griffin.<sup>40</sup> En las declaraciones contemporáneas son aún más populares las citas de Immanuel Kant:

[...] como persona (*homo noumenon*), debe ser valorada [...] como un fin en sí misma y por sí misma, es decir, posee una dignidad (un valor interior absoluto) por la que se hace respetar por todos los seres racionales del mundo, con los que puede medirse y valorarse en pie de igualdad.<sup>41</sup>

En la literatura filosófica moderna se pueden encontrar diferentes formas de identificar las cualidades humanas relevantes, por ejemplo, al hacer hincapié en la capacidad de reflexionar y evaluar los propios deseos y motivos en un segundo nivel superior.<sup>42</sup>

No pretendo cuestionar el esfuerzo por describir rasgos característicos de nuestra especie. Al llamar a nuestra especie *Vernunftwesen* (seres racionales), como hizo Kant, es plausible suponer que se pueden captar a grandes rasgos las diferencias entre los humanos y otras criaturas.<sup>43</sup> La capacidad de desarrollar normas morales mediante el razonamiento y la capacidad de convertir normas abstractas de conducta en un mandato normativo individual para la situación concreta son cualidades humanas

39. WALDRON, "Dignity, rank, and rights", p. 225 y ss.; WHITMAN, "On Nazi 'honor' and the new...".

40. GRIFFIN, *On Human Rights*, p. 31 y ss.

41. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, p. 569.

42. FRANKFURT, *The importance of what we care about*.

43. Un problema de la cita de Kant es su referencia al *homo noumenon*, que distinguió cuidadosamente del *homo phaenomenon*, creando así un punto débil en un pilar crucial de su construcción. Si uno asume (como yo) que la filosofía jurídica debe basarse en principios aplicables a los seres humanos reales, al *homo phaenomenon* en términos de Kant, sigue siendo posible, sin embargo, utilizar expresiones como "seres racionales y autónomos".

importantes. Por supuesto, hay que reconocer la importancia de los aspectos subconscientes e irreflexivos de la toma de decisiones, pero los seres humanos pueden (en distintos grados) reflexionar sobre las fuerzas de los instintos, los impulsos y los deseos no solo en abstracto, sino también en la toma de decisiones prácticas. El panorama general justifica que se llame a los seres humanos "agentes autónomos".

El reto está en otra parte. Señalar algunas cualidades únicas y (en relación con otras especies) posiblemente superiores no es suficiente para nuestro propósito. Las grandes descripciones de los logros y capacidades de la especie humana tienen un interés limitado para un enfoque del derecho penal centrado en los derechos. Las descripciones entusiastas de la raza humana ocupan un lugar destacado en el contexto del moralismo jurídico (si se adopta el argumento de la "dignidad humana como valor objetivo"). El centro de atención debe desplazarse de la cuestión de qué son los seres humanos a la cuestión de cómo debemos tratarnos los unos a los otros, o más exactamente, qué es lo que nunca debemos hacernos los unos a los otros. Si la noción de dignidad humana se reduce al derecho protector a no ser tratado de determinada manera por los demás, hay que explicar por qué ese tipo de trato es inaceptable. Concentrar los debates sobre la dignidad humana exclusivamente en la afirmación de que poseemos dignidad humana no es útil. Si los argumentos sobre la dignidad humana hacen hincapié en que "ningún ser humano puede perder *jamás* su dignidad humana" (que suele ser el núcleo de los tratados sobre la dignidad humana como valor fundacional), la conclusión inevitable es que nadie puede violar jamás la dignidad humana de otro. Obviamente, esto crea un problema: el objetivo de introducir la dignidad humana en los catálogos de derechos humanos era precisamente reconocer la vulnerabilidad de los seres humanos. Exagerar la solidez de la dignidad humana como una cualidad indestructible de todos los miembros de la especie humana es peligroso. Este tipo de afirmaciones resultan contraproducentes cuando se trata de describir cómo se viola la dignidad humana. La visión interna de la dignidad humana debe sustituirse por un análisis de las relaciones entre las personas. Se trata de entender la dignidad humana como un concepto relacional<sup>44</sup> y no como una cualidad innata.

44. Véase HOFMANN, "Die versprochene Menschenwürde", p. 364.

### III.B. La limitada superposición de la autonomía y la dignidad humana

¿Se podría argumentar desde la premisa "los seres humanos son agentes autónomos y deben ser tratados como tales" hasta la conclusión "este tipo de conducta viola el derecho a la dignidad humana de este individuo"? La forma más directa de relacionar una cualidad con la exigencia de prohibir una conducta es demostrar que la conducta en cuestión daña la cualidad. Pero esto no funciona demasiado bien para nuestro tema. Cuando un agente de policía administra descargas eléctricas para inducir una confesión o los soldados violan a las mujeres del grupo enemigo, ellos torturan y lesionan a sus víctimas, pero no pueden afectar la condición de la víctima como agente racional y autónomo.<sup>45</sup> Sea cual sea el impacto sobre la integridad física y psicológica de las víctimas, lo que se daña no es su cualidad como agente autónomo. Esta condición solo se cumpliría en casos muy especiales, por ejemplo, intervenciones quirúrgicas, químicas o de otro tipo en el cerebro humano que incapaciten a la víctima para tomar decisiones, actuar racionalmente, comprender normas o formar deseos de segundo orden.

Otro intento de identificar conductas incompatibles con la dignidad humana podría ser el siguiente: hay que abstenerse de tratar a otros seres humanos como si no fueran agentes autónomos. Sin embargo, aunque suponer que toda forma de menosprecio de la autonomía viola también la dignidad humana podría ser conceptualmente defendible dentro de una comprensión fundacional de la dignidad humana, no nos lleva muy lejos en lo que respecta a la delimitación de la dignidad humana como derecho subjetivo por sí mismo. Mi enfoque parte de una relación horizontal (dos derechos) más que de una relación vertical (la dignidad humana es la fuente de la autonomía, o la autonomía es la fuente de la dignidad humana; ambas concepciones teóricas podrían desarrollarse). No obstante, esto deja un margen limitado para algunas constelaciones en las que el desprecio sistemático de la autonomía y el desprecio de la dignidad humana se solapan. Se pueden imaginar formas de

45. Si uno suscribiera la diferencia radical de Kant entre *homo noumenon* y *homo phaenomenon*, incluso en el caso de destruir el cerebro de alguien uno podría preguntarse qué significa esto para el *homo noumenon*. Se ha argumentado que se puede "cortar la cabeza" de un homo-fenómeno mientras que el *homo-noumenon* (meramente ficticio) permanece intacto, véase MOXTER, "Unterwegs zum Recht. Eine Vorerinnerung an...", p. 81.

utilizar sistemáticamente a las personas como si no fueran seres autónomos, sino como si fueran, por ejemplo, burros guardados para el transporte de mercancías. Los textos sobre la dignidad humana citan a menudo la esclavitud como prototipo de violación de la dignidad humana. Esto es realmente convincente porque la esclavitud significa exactamente esto: tratar a un ser humano como si fuera un animal que puede ser entrenado para tareas útiles y que, por lo tanto, debe ser cuidado mientras se niega sistemáticamente la capacidad del ser humano para determinar asuntos cruciales por sí mismo. Por lo tanto, no creo que la dignidad humana y la autonomía sean conceptos totalmente independientes como parece sugerir Meir Dan-Cohen.<sup>46</sup> Se pueden identificar casos de violaciones de la dignidad humana debido a que los derechos de autonomía se ignoran de forma muy grave. Pero estoy de acuerdo con Dan-Cohen en que sería un error suponer que estos conceptos son idénticos ("hay [...] más en la idea de respetar a una persona que respetar su autonomía").<sup>47</sup> Espero demostrar en la siguiente sección que hay un núcleo distinto de ilicitud que debe entenderse como una violación de la dignidad humana que va más allá de la violación de los derechos de autonomía.

Ampliar la noción de dignidad humana más allá de los derechos de autonomía no implica afirmar que la dignidad humana tiene prioridad sobre los derechos de autonomía. La opinión contraria<sup>48</sup> está inextricablemente ligada a la postura de que los derechos de autonomía tienen que retroceder en favor de la dignidad humana como valor objetivo. Esto podría ser defendible si la persona en cuestión tuviera un deber contra sí misma. Dentro de la filosofía moral, la idea de Kant de un deber moral contra uno mismo, por ejemplo, un deber moral de mantener las condiciones para el respeto a uno mismo, encuentra cierto apoyo.<sup>49</sup> La culpa moral puede ser apropiada si alguien decide comportarse de forma indigna o consiente que otros le humillen. En el ejemplo del *peep-show* o en el caso de la prostitución, los amigos de quienes se prostituyen pueden reprocharles que se están humillando. Sin embargo, este argumento moral no puede trasladarse a un contexto jurídico. Puede haber deberes morales contra uno mismo, pero los deberes jurídicos se limitan a los deberes contra los demás.<sup>50</sup>

46. DAN-COHEN, *Harmful thought. Essays on law, self and morality*, p. 157 y ss.

47. DAN-COHEN, *Harmful thought. Essays on law, self and morality*, p. 159.

48. DAN-COHEN, *Harmful thought. Essays on law, self and morality*, pp. 159-160.

49. SCHABER, *Instrumentalisierung und Würde*, p. 65 y ss.

50. VOSSENKUHL, "Paternalismus, Autonomie und Rechtspflichten gegen sich selbst".

### III.C. El interés en no ser gravemente humillado

Partir de la premisa de un enfoque de la criminalización centrado en los derechos significa que, en algún momento, hay que explicar cómo se van a construir esos derechos. Hamish Stewart, que también propone centrarse en los derechos en lugar de en los daños, señala dos construcciones diferentes: por un lado, lo que él denomina “derechos kantianos” y, por otro, las versiones de los derechos basadas en los intereses.<sup>51</sup> Si un análisis comienza con cierto escepticismo acerca de la versión tradicional, es decir, naturalista del daño, basada en la noción de “recursos disminuidos” (recursos físicos y psicológicos), parece, de hecho, un paso natural terminar con una versión “kantiana” de los derechos.<sup>52</sup> Dentro de la teoría de los derechos humanos, se suele argumentar que las personas tienen derechos simplemente por el hecho de ser humanos.<sup>53</sup> En este contexto específico, dentro de la teoría de los derechos humanos y los discursos prácticos sobre los derechos humanos, tales afirmaciones podrían ser defendibles. Sin embargo, sigo siendo escéptico sobre si pueden justificarse más allá de su función como postulado simple y políticamente poderoso. Un anclaje más sólido de los derechos debe darles un significado que vaya más allá del mero postulado de que “poseemos” derechos. Al menos, si el contexto es la criminalización, debe demostrarse por qué la concesión de derechos de protección y, por tanto, la creación de razones *prima facie* para una prohibición penal, es importante para quienes son portadores de estos derechos. La forma de hacerlo es mediante la identificación de intereses humanos intersubjetivamente importantes. No hace falta explicar mucho que los deseos pasajeros,<sup>54</sup> los gustos y/o las preferencias personales que no se comparten intersubjetivamente no bastarán para conceder derechos de protección. Pero hay intereses importantes que los seres humanos comparten en no ser tratados de ciertas maneras, incluso si esto no es perjudicial en el sentido de disminuir los recursos o reducir las opciones para el futuro e incluso si esto no afecte su autonomía y libertad.

Mi justificación de un derecho a la dignidad humana se basa en el argumento de que los seres humanos comparten el interés por no ser sometidos

51. STEWART, “The limits of the harm principle”.

52. STEWART, “The limits of the harm principle”, p. 34.

53. GRIFFIN, *On Human Rights*, p. 2.

54. FEINBERG, *Harm to others*, p. 55.

a humillaciones graves.<sup>55</sup> Esto presupone la importancia de las relaciones sociales y la posibilidad de ataques a través del significado. El filósofo alemán Ernst Cassirer utilizó la descripción del hombre como *animal symbolicum* para subrayar la importancia de los símbolos en la forma de interpretar el mundo de los seres humanos.<sup>56</sup> Los símbolos y los mensajes dan forma a nuestro universo.<sup>57</sup> Dentro de estas redes de significados, los seres humanos son vulnerables. La vulnerabilidad en este sentido no se refiere a contratiempos en los recursos tangibles, sino a problemas menos tangibles. A pesar de su lugar en un mundo simbólico, se trata de una vulnerabilidad real de seres humanos reales, y no ser el destinatario de estas vulnerabilidades es un interés que puede justificarse independientemente del daño psicológico que pueda o no producirse (no si el ser humano en cuestión tiene la piel gruesa o es muy confiado y psicológicamente estable).

Quienes hacen hincapié en la "humillación"<sup>58</sup> suelen citar el libro de Avishai Margalit, *La sociedad decente*. Margalit distingue niveles de desarrollo social: desde una sociedad "domesticada" o "controlada" que, al menos, se abstiene de cometer atrocidades físicas hasta una sociedad "decente" y una sociedad justa. Según él, el elemento decisivo de una sociedad decente es que sus instituciones no humillen a las personas sometidas a su influencia.<sup>59</sup> La expresión "dignidad humana" no desempeña un papel importante en *La sociedad decente* porque el autor se ocupaba de esbozar las estructuras de las sociedades y no de los derechos individuales. Sin embargo, su idea básica es útil para nuestro debate: los seres humanos comparten

55. Hay problemas en lo que respecta a la terminología. John Kleinig ha brindado argumentos en contra del término "humillación" (en Hörnle & KREMNIETZER, "Human dignity as a protected interest in criminal law"). De acuerdo con su forma de verlo, sería preferible utilizar, en lugar, el término "degradación" (KLEINIG, "Humiliation, degradation and moral capacity", p. 174). Para mí, tanto los significados de "humillación" como de "degradación" son algo confusos o, al menos, esa es la impresión que obtuve luego de consultar con personas nativas de habla inglesa. De acuerdo con mi propio entendimiento de los conceptos (que ciertamente podría ser engañoso ya que el inglés no es mi lengua materna), degradación está más relacionado a una cuestión de estatus que humillación, implicando la primera una disminución del estatus.

56. CASSIRER, *Versuch über den Menschen*, p. 51.

57. Para ese punto véase también DAN-COHEN, *Harmful thought. Essays on law, self and morality*, pp. 161-162; RAZ, *Value, respect and attachment*, pp. 172-175.

58. Véase, por ejemplo, NIDA-RÜMELIN, *Über menschliche Freiheit*, p. 131 y ss.; STOECKER "Menschenwürde und das Paradoxon der Entwürdigung".

59. MARGALIT, *The decent society*, p. 1.

el interés fundamental de no ser gravemente humillados. El interés general por no sufrir humillaciones graves no se limita a un entorno cultural concreto. La gente no está de acuerdo sobre lo que se considera exactamente humillación y humillación grave, pero la afirmación de que los seres humanos no solo dependen de sus recursos tangibles y de su entorno físico, sino también de su mundo socialmente construido, puede hacerse sin prestar atención a las características de una cultura específica.

La alegación de un interés compartido en no ser gravemente humillado no demuestra todavía que los legisladores tengan que proporcionar mecanismos de protección. Existen dudas y objeciones previsibles que deben abordarse si se dan nuevos pasos para pasar del interés al derecho y al derecho protegido por el derecho penal. Una primera objeción podría plantearse con las siguientes preguntas: ¿queremos proteger a las personas para que no se sientan ofendidas? ¿Puede ser tarea de las prohibiciones penales proteger los sentimientos? Mi respuesta sería: no, no basta con señalar los sentimientos heridos. La tarea del derecho penal es proporcionar normas objetivas de conducta que no pueden construirse en torno a la intensidad altamente personal de las reacciones emocionales. Pero la noción de humillación no depende de los sentimientos de humillación. El fenómeno de la humillación puede describirse de forma objetiva. La humillación es una cuestión de significado, no de sentimiento. Nuestras acciones, lo que hacemos y lo que decimos, pueden evaluarse a distintos niveles. Más allá de los efectos visibles y del significado literal de las palabras, el sentido y el significado pueden describirse desde una perspectiva externa que va más allá de las percepciones individuales de los directamente afectados.<sup>60</sup> Esta evaluación del significado social desde el punto de vista de una tercera persona puede denominarse significado objetivo. La pregunta es: ¿qué mensajes transmite este tipo de conducta en nuestro mundo socialmente construido?

Otro punto para aclarar es el siguiente: ¿es necesario mostrar con más detalle por qué la humillación grave es perjudicial? Con frecuencia, se da por sentado que el análisis posterior debe centrarse en el tópico de la autoestima.<sup>61</sup> Si se sigue esta línea, por ejemplo, el filósofo suizo Peter Schaber sostiene que la dignidad humana debe explicarse en términos de

60. DAN-COHEN, *Harmful thoughts. Essays on law, self and morality*, pp. 162-163.

61. STATMAN, "Humiliation, dignity and self-respect".

la importancia del respeto por uno mismo.<sup>62</sup> Mi posición es que la noción de autorrespeto no es útil para aclarar lo que implicaría una violación de la dignidad humana. No se gana mucho si se define la "humillación grave" al señalar la "disminución del respeto por uno mismo". Si se quiere evitar una mera interpretación subjetiva, tampoco puede bastar con el sentimiento de disminución de la autoestima. La pregunta crucial sería entonces: ¿tenía esta persona buenas razones para sentirse rebajada en su autoestima? Para responder esta cuestión, hay que recurrir al significado social de lo que se hizo o dijo. La clave está en captar y evaluar las redes de significado. No es necesario dar un rodeo desde la humillación hasta la autoestima.

Otra objeción debe tomarse más en serio. Si se recurre al derecho penal para evitar humillaciones graves, ¿implica esto adoptar puntos de vista formados culturalmente? ¿Debemos fomentar valores y normas sociales de subculturas que son muy sensibles, quizá demasiado, en cuestiones de honor y dignidad? A la primera pregunta hay que responder afirmativamente. He argumentado anteriormente que el interés por no ser gravemente humillado es un interés que puede encontrarse en todas las culturas. Sin embargo, si tenemos que evaluar lo que se considera una humillación grave en lugar de una ofensa leve o una broma inocua, los factores culturales adquieren importancia. Lo que algunos pueden considerar una expresión verbal o gestual normal de crítica o ironía aceptable, puede ser percibido por miembros de otras culturas como humillación. Pero definir la dignidad humana como ausencia de humillación grave en el contexto de la teoría del derecho penal no significa que la gravedad deba evaluarse según los criterios de grupos especialmente sensibles o que la ironía y la sátira deban despreciarse. Esto es especialmente obvio si, en el trasfondo de las sensibilidades de grupo, se encuentran suposiciones problemáticas sobre el rango social relacionado con el género u otras estratificaciones sociales. Pero incluso si no es el caso, incluso si las normas culturales están moldeadas por patrones sociales arraigados que en sí mismos no son censurables: la hipersensibilidad de una actitud no puede ser decisiva para determinar el alcance de la conducta delictiva. El derecho penal debe ser parco. Su tarea no consiste en imponer normas colectivas de decencia y buenos modales. Esto requiere que nos tomemos en serio el requisito de severidad en la "humillación grave". La afirmación de que la dignidad humana conlleva

62. SCHABER, *Instrumentalisierung und Würde*, p. 72 y ss.

exigencias positivas y ambiciosas, es decir, la exigencia de "transmitir una actitud de respeto a las personas",<sup>63</sup> debe evitarse en lo que respecta al derecho penal. Solo el núcleo de la conducta circunscripta de forma negativa, como la humillación grave, adquiere relevancia en este contexto.

#### IV. IMPLICANCIAS PARA DISTINTOS TIPOS PENALES

¿Qué significa esto para la evaluación de las leyes penales existentes o de posibles enmiendas? ¿De qué manera puede la dignidad humana, entendida como ausencia de humillación grave, desempeñar un papel en tales decisiones? En el ámbito de este artículo, no es posible abarcar todas las implicancias de forma exhaustiva; sin embargo, la siguiente sección pretende ofrecer algunos ejemplos.

##### IV.A. Delitos de expresión oral

La categoría de delitos de expresión plantea dificultades particulares. Es necesario distinguir entre los ataques a la dignidad humana y los ataques verbales menos graves como el simple insulto u otras expresiones de falta de respeto. Esta distinción es especialmente apremiante si, como en la Constitución alemana, una disposición exige la protección absoluta de la dignidad humana, sin tener en cuenta los intereses compensatorios y las limitaciones colaterales, especialmente la libertad de expresión.<sup>64</sup> Pero incluso más allá de este trasfondo constitucional, debe evitarse una interpretación extensiva de la dignidad humana por varias razones. En primer lugar, los delitos de expresión deben considerarse, en general, con ojo crítico si se quiere que el derecho penal siga siendo parsimonioso y no se utilice como instrumento general para mejorar el civismo y las buenas costumbres. En segundo lugar, es una cuestión de etiquetado justo hablar de una "violación de la dignidad humana" solo en casos extremos. Los casos de humillación grave mediante actos distintos de la expresión que

63. DAN-COHEN, *Harmful thoughts. Essays on law, self and morality*, p. 161; GUR-ARYE "Human dignity of 'offenders': A limitation on substantive criminal law", p. 199.

64. Véase HÖFLING, "Kommentierung von Art. 1 GG", Art. 1 N.º 11, para la interpretación del Art. 1 I Basic Law, que sostiene que no es posible tener en cuenta razones compensatorias una vez que una conducta es incompatible con la dignidad humana.

se analizarán a continuación, son de naturaleza bastante grave, y sería desproporcionado añadir una amplia gama de comentarios ofensivos a esta categoría. Debo dejar abierto hasta qué punto el derecho (civil o penal) debería reconocer otros derechos subjetivos (relacionados con la reputación, por ejemplo, o con el honor) o mantener la paz pública al proteger a las minorías vulnerables contra los comentarios racistas y otras difamaciones de grupo.<sup>65</sup> En cualquier caso, se devaluaría la seriedad del mensaje vinculado a la etiqueta "violación de la dignidad humana" si esta se aplicara de forma generalizada a todos los casos de injurias a individuos y grupos. En este contexto, poner el énfasis en la humillación grave es especialmente importante.

Hay que reconocer que el uso de la palabra "dignidad" en el lenguaje corriente (sobre todo, creo, en el inglés, probablemente algo menos en el alemán) es un obstáculo para el enfoque selectivo que aquí se propone. Es común asociar "irrespetuoso" con "ataque a la dignidad". La noción de que podría haber una diferencia entre la falta de respeto y los ataques a la dignidad humana no ha calado en el lenguaje cotidiano. Pero esto no significa que sea imposible distinguir los casos de dignidad humana de la clase más amplia de comentarios irrespetuosos y ofensivos. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha acuñado, en una sentencia temprana, una frase que merece citarse aquí porque es más útil y algo más precisa que las referencias más frecuentes al "mero objeto". Según el Tribunal, se viola la dignidad humana si *se niega en principio la cualidad de sujeto de un ser humano*.<sup>66</sup> Con esta fórmula, se puede diferenciar entre comentarios insultantes o racistas, por un lado, y violaciones de la dignidad humana, por otro. Si alguien afirma que los miembros del grupo A tienen un coeficiente intelectual inferior al de los miembros del grupo B, se trata de un comentario racista (si los grupos se definen según alguna noción de "raza"). Si el orador afirma erróneamente que todos los miembros de la familia X tienen condenas penales, se trata de un insulto. Pero estos comentarios no alcanzan el umbral de la dignidad humana. *En principio*, no niegan la calidad de sujeto. Las violaciones de la dignidad humana deben ir más allá de los comentarios negativos sobre cualidades o conductas concretas: deben negar en principio el derecho de las personas a ser aceptadas como

65. Véase WALDRON, "Dignity and degradation: the visibility of hate".

66. BVerfGE, "Abhörurteil", parr. 25; BVerfGE, "Überwachung von Wohnraum", parr. 312.

conciudadanos. Este sería el caso si alguien llamara a los miembros del grupo A “escoria de la tierra” y exigiera su asesinato o deportación.

En el caso de simples comentarios insultantes y ofensivos, la libertad de expresión puede tener una gran importancia como posible justificación. Cuando se suprime un discurso áspero y drástico, se puede estar sofocando una crítica que es legítima en su propósito general. Pero la cuestión de la libertad de expresión no aparece en el caso de una violación de la dignidad humana entendida tan estrictamente como se propone aquí. Si uno se basa en la fórmula de la “negación de la cualidad de sujeto en principio”, la libertad de expresión pierde su significado como interés compensatorio: negar la cualidad de sujeto de otras personas, *en principio*, siempre excederá los límites del debate legítimo.

Para el debate sobre las prohibiciones penales contra la negación del Holocausto o la negación de otros genocidios, la dignidad humana como derecho subjetivo solo tiene una relevancia limitada. Quienes deseen justificar el acontecimiento histórico pueden hacerlo, aunque no es necesario, que nieguen en principio la cualidad de sujeto de las víctimas (aunque esto no tiene mucho sentido para quienes niegan el hecho histórico de que se produjeran los asesinatos). Pero incluso si un orador reconoce las muertes y más bien ataca a las víctimas en el núcleo de su persona (“se lo merecían porque...”), esto no viola necesariamente los derechos subjetivos. Por regla general, las víctimas deben estar vivas para tener un derecho subjetivo contra un ataque verbal a su dignidad humana. Volveré sobre la cuestión de si se pueden atribuir derechos de dignidad humana a personas fallecidas. Mi opinión es que hay derechos que sobreviven, pero deben considerarse excepciones y no pueden sobrevivir décadas después de la muerte. Por lo tanto, en los casos de justificación del genocidio, solo si el orador incluye a miembros del mismo grupo que viven hoy (“todos X merecen ser asesinados”), viola la dignidad humana como derecho subjetivo. En otros casos de negación del genocidio, señalar la dignidad humana sería invocar la dignidad humana como valor objetivo, un enfoque que he criticado porque equivale al argumento: “castiga esto porque es inmoral”.

## IV.B. Otros actos

### IV.B.1. Esclavitud, trata de seres humanos

¿Qué formas de tratar a los seres humanos violan el derecho a la dignidad humana de esas personas? Ya se ha mencionado un ejemplo: la prohibición penal de mantener a seres humanos en estado de esclavitud puede justificarse alegando la dignidad humana de los esclavos. Con respecto a este ejemplo, existe una conexión entre los derechos de autonomía y la dignidad humana. El punto de la esclavitud es una negación completa de los derechos de autonomía en una perspectiva a largo plazo. Para captar la esencia de lo que se hace al esclavizar a seres humanos, la descripción "violación de la dignidad humana" ofrece una imagen más completa, pero, en este ejemplo, el mensaje "humillación grave" se deriva del hecho de que se trata de una de las intrusiones más graves en los derechos de autonomía imaginables. Lo mismo ocurre con los actos de venta de seres humanos.

Las reflexiones anteriores se referían a las víctimas involuntarias de la esclavitud y la trata de seres humanos. Considerando el caso (ciertamente poco realista) de que se cumplan las condiciones para un consentimiento válido: ¿puede ser la dignidad humana la razón para prohibir tal conducta?<sup>67</sup> Al tratar el caso del *peep-show*, he argumentado que la dignidad humana como valor objetivo no debería utilizarse para anular la autonomía de las personas. La cuestión es si esta postura debe mantenerse también en el supuesto más extremo de la esclavitud consentida. Este es un caso en el que incluso aquellos que están de acuerdo conmigo en el caso del *peep-show* (otros no tienen ningún problema en dejar que la moralidad anule la autonomía) podrían considerar seriamente una exención de la norma. Esto puede hacerse sin renunciar a la noción general de que el concepto de dignidad humana como valor objetivo no debe utilizarse para anular la autonomía individual. Las cosas son diferentes con la esclavitud consentida: el precio no es solo la humillación, sino algo más. El derecho a la autonomía se emplea para renunciar a la autonomía no solo de momento, sino de forma permanente. Esto transmite un mensaje claro: este estatus no es importante. Dado que esto contradice un pilar normativo fundamental de nuestras sociedades (posiblemente el pilar más importante), la idea

67. DAN-COHEN, *Harmful thoughts. Essays on law, self and morality*, p. 157.

de proteger los valores normativos incluso contra la libre elección real de un individuo podría tener otro significado. Al final aceptaría prohibiciones que incluyeran la autoesclavitud consentida y la venta consentida de seres humanos.

#### *IV.B.2. Venta de órganos humanos.*

El razonamiento para el caso extremo de la esclavitud voluntaria no se aplica a otros casos con mayor relevancia práctica: la venta de órganos humanos o de óvulos con el consentimiento del donante. En tales circunstancias, no cabe invocar ni los derechos de la dignidad humana (a los que se renuncia) ni la dignidad humana como valor objetivo que prevalezca sobre la autonomía. Puede haber *otras* razones para prohibir la venta de órganos. De hecho, hay que considerar varios argumentos (dudas sobre la validez del consentimiento en determinadas circunstancias; intervenciones paternalistas en aras de los intereses a largo plazo de los donantes; el interés común de no ser una sociedad que explota a los pobres). Pero si se presta un consentimiento válido, las prohibiciones no pueden justificarse como protección de la dignidad humana. La concesión hecha anteriormente para la esclavitud consentida no implica el reconocimiento de una gama *más amplia* de deberes legales contra uno mismo.

Distinto es el caso si se utiliza a personas para “extraer” órganos contra su voluntad. Este sería uno de los ejemplos en los que el principio del daño naturalista capta grandes segmentos del ilícito, porque el impacto en la integridad física y, en la mayoría de los casos, en la salud futura a largo plazo será considerable; sin embargo, no aprehende plenamente el alcance del mal cometido. Queda una dimensión importante que va más allá del resultado físico, más allá del deterioro de la condición corporal. El vandalismo dirigido contra el cuerpo de otra persona tiene el significado social de “humillación grave”. Este significado social de las violaciones graves de la integridad corporal ha sido mencionado por otros autores con términos diferentes, pero relacionados. George Kateb caracteriza la dimensión adicional con la expresión “existencial”; distingue el elemento existencial del elemento de sufrimiento real.<sup>68</sup> John Stanton-Ife, en su análisis de los “crímenes horribles”, sostiene que hay algo distinto en

68. KATEB, *Human Dignity*, p. 10.

ciertos delitos como la mutilación, la violación o el asesinato. Afirma que esos delitos son horribles porque violan algo más que los derechos de las víctimas: violan a las propias víctimas.<sup>69</sup> Los incidentes que Stanton-Ife denomina "crímenes horribles" pueden describirse en el marco de los derechos. El derecho a no ser gravemente humillado también es un derecho. No es necesario señalar la "maldad" además de la "ilicitud" (que es la solución de Stanton-Ife),<sup>70</sup> lo que Stanton-Ife denomina maldad también puede describirse como ilicitud. Es un mal hecho a otra persona que tiene derecho a no ser gravemente humillada. Pero el punto de acuerdo con Kateb y Stanton-Ife es la idea de que hay algo que captar con expresiones como "existencial" u "horroroso" o "dignidad humana", que va más allá del derecho a la integridad corporal.

#### *IV.B.3. Intervenciones en el cerebro*

Las intervenciones en el cerebro humano tendrán algún efecto en la integridad física. Pero la ilicitud de tratar a las personas contra su voluntad de un modo que altera su capacidad de actuar de forma autónoma, no puede comprenderse adecuadamente señalando cortes y puntos de sutura o alteraciones de las condiciones químicas del cerebro. En tales circunstancias, los derechos de la dignidad humana deben defenderse además y con mayor importancia que la integridad física. Las prohibiciones penales deben redactarse de modo que se refleje la mayor ilicitud de tal conducta (en comparación con otras intrusiones en el cuerpo). Una vez más, se plantea la interesante cuestión de cómo deben juzgarse las manipulaciones consentidas que tienen el efecto de destruir la autonomía del paciente. Me inclino por responder esta pregunta con una respuesta similar a la que se dio para la autoesclavización autónoma: si (pero solo si) la intervención destruye permanentemente funciones cerebrales que son esenciales para las decisiones autónomas, este es uno de los rarísimos casos en los que podrían restringirse las elecciones autónomas.

69. STANTON-IFE, "Horrific crimes", pp. 148-149 y p. 162.

70. STANTON-IFE, "Horrific crimes", p. 157.

#### *IV.B.4. Delitos contra la integridad sexual*

Los delitos sexuales también pertenecen al grupo de violaciones de la dignidad humana. Esto no resulta evidente si se examinan los comentarios escritos para el Código Penal alemán (y los materiales para otros códigos penales, supongo). La explicación estándar es: estas prohibiciones sirven para proteger la autonomía sexual. Pero esto necesita alguna ilustración porque se quedaría corta como explicación exhaustiva si el énfasis se pusiera en la “violación de la autonomía”. La pregunta es: ¿por qué el componente *sexual* hace que las intrusiones sean especialmente censurables? Imaginemos un extranjero que comprende el interés por la integridad física, el interés por la libertad de movimiento y el interés por decidir de forma autónoma cómo pasar el tiempo. Pero el alienígena viene de un planeta sin género y sin sexualidad y no está familiarizado con nuestras construcciones sociales en torno a la sexualidad. Para él, los casos de violación son restricciones a corto plazo de la autonomía y la libertad de movimiento. Pero si no hay violencia grave ni lesiones corporales, para él el suceso debe parecer menos grave que, por ejemplo, una pelea de bar que deja a la víctima herida. Tendemos a hacer una valoración diferente de las relaciones sexuales forzadas. Esto se debe a que consideramos el contacto físico no deseado como una humillación grave si afecta partes de nuestro cuerpo que se consideran “partes íntimas”. Se podría deliberar sobre cómo se puede apoyar esta valoración de “humillación grave” con argumentos normativos. No es evidente: después de todo, se podría considerar el sexo como una simple actividad de ocio y la noción de partes íntimas podría ser totalmente convencional. Pero el hecho es que, en nuestro planeta, a través de diversos contextos culturales y, a pesar de actitudes bastante diversas hacia la sexualidad consentida, existe un acuerdo sobre el significado social de los actos sexuales no deseados: significan una grave humillación de la otra persona. La gravedad de los delitos sexuales solo puede explicarse al señalarse que no solo se violan los derechos de autonomía, sino también el derecho de la víctima a la dignidad humana.<sup>71</sup>

71. GARDNER & SHUTE, “The wrongness of rape”, pp. 205 y ss.

#### *IV.B.5. Maltrato de cadáveres humanos*

No es posible debatir aquí en profundidad la cuestión de si los derechos de la dignidad humana prohíben el trato abusivo de seres humanos muertos. Mi opinión, en resumen, es que los derechos pueden sobrevivir a sus titulares, aunque esto pueda parecer inverosímil en un principio. Un punto crucial es que el deber de respetar los derechos de los demás no depende ni de la capacidad del otro para hacer valer este derecho en persona (véanse los derechos de los niños) ni siquiera de la existencia continuada del titular de este derecho. Esto puede demostrarse en relación con los derechos de autonomía: no es (o no solo) la consideración hacia los vivos lo que nos hace respetar y ejecutar las últimas voluntades, sino, más bien, un derecho de supervivencia de los muertos. Esta noción puede extenderse al destino del cadáver: el hecho de que no descuarticemos seres humanos muertos para producir comida para perros no se debe solo a las emociones de los afligido (algunos mueren sin dejar parientes), sino también a los derechos de dignidad subsistentes.

Partiendo de esta premisa, uno se encuentra pronto con el reto de marcar las fronteras. No toda manifestación de falta de respeto contra un cadáver debe considerarse una violación de la dignidad humana. El problema subyacente es el mismo que en el caso de los delitos de expresión: el significado de "dignidad" en el lenguaje ordinario y el concepto jurídico de dignidad humana no son idénticos. Es bastante común calificar de "indignas" las aberraciones de nuestra todavía bastante estricta etiqueta social en relación con los muertos y los funerales. Pero la etiqueta "violación de la dignidad humana" quedaría devaluada y disuelta si se utilizara para cubrir casos ordinarios de desconsideración o malos modales. En primer lugar, sugeriría que, para violar un derecho a la dignidad subsistente, debe seguir existiendo una conexión entre la persona fallecida y su cadáver de forma perceptible. Por ejemplo, el concepto se llevaría demasiado lejos si se reivindicaran prohibiciones basadas en el derecho a la dignidad individual cuando se trata de las cenizas que quedan tras la cremación. En segundo lugar, una vez más, el énfasis en la humillación grave es importante. El derecho a la dignidad humana subsistente solo se viola en casos extremos, como el ejemplo de la comida para perros.<sup>72</sup>

72. HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von...*, p. 371.

Si la persona fallecida hubiera ordenado que se dispusiera de su cadáver de este modo, incluso eso sería permisible. Esta afirmación podría suscitar objeciones: vuelve a surgir la cuestión de la dignidad humana frente a la autonomía. Pero argumentar que se debe ignorar la última voluntad de hacer comida para perros con el propio cuerpo (y castigar a quienes actúen en consecuencia) sería invocar la dignidad humana como valor objetivo. Hacer retroceder aquí los derechos de autonomía no protege, como en el caso de la esclavitud autoelegida, importantes fundamentos normativos. Más bien protege un tabú que permanece de miedos muy antiguos en torno a los muertos.<sup>73</sup> En mi opinión, la protección de los tabúes no es un argumento lo suficientemente sólido como para justificar que se ignoren los derechos de autonomía.

#### *IV.B.6. Contenido multimedia*

Otro tema aún más amplio es si las prohibiciones penales dirigidas contra el contenido transmitido por los medios de comunicación pueden justificarse como intentos de proteger la dignidad humana. Hay ejemplos en los que los derechos subjetivos de la dignidad humana pueden ser decisivos: cuando se representa a personas reales, cuando estas no dieron su consentimiento para ser mostradas en fotos o películas, y si la exhibición pública supone una grave humillación. Un ejemplo es la pornografía en Internet que muestra a personas que no consintieron el acto sexual (siempre es el caso de la pornografía infantil porque los niños no pueden dar un consentimiento válido). La exhibición pública prolonga el proceso de humillación. Además, la humillación grave puede lograrse al mostrar personas que mantuvieron relaciones sexuales consentidas, pero no sabían de la presencia de una cámara o, al hacer pública pornografía producida con fines privados. La humillación grave no se limita a contextos sexuales. Otras representaciones de personas reales sin su consentimiento en situaciones gravemente humillantes también colisionan con los derechos de la dignidad humana.

Los problemas más difíciles se refieren a la dignidad humana como valor objetivo cuando se trata del contenido de los medios de comunicación. Esta podría ser una posible línea argumental detrás de las prohibiciones

73. Véase FREUD, *Totem and taboo*, p. 19.

que incluyen contenidos ficticios: imágenes o textos con seres humanos que visiblemente no son personas reales, por ejemplo, en juegos de computadora o en cómics. Si el contenido es sexual (pornografía infantil ficticia o violación ficticia) o muestra otro tipo de trato gravemente humillante, una cuestión que debe plantearse es si algunos consumidores podrían imitar lo que ven. Dado que es difícil evaluar el impacto de las escenas de ficción en los espectadores, el recurso a la dignidad humana como valor objetivo podría parecer una alternativa<sup>74</sup> pero, de nuevo, esto supondría desviarse de la norma liberal de que la libertad no debe restringirse para defender valores morales.

#### *IV.B.7. Tortura*

Por último, hay que mencionar lo que primero viene a la mente de muchos cuando oyen o leen la frase "dignidad humana": la tortura. Los códigos penales modernos prohíben que los funcionarios del Estado maltraten a las personas para obtener confesiones de delitos pasados. Pero no veo la necesidad de restringir las disposiciones penales a los funcionarios del Estado como delincuentes potenciales ni tendría sentido limitar la legislación contra la tortura a la extorsión de confesiones. La cuestión de la dignidad humana adquiere relevancia más allá del uso de la tortura como medio para obtener declaraciones. Los malos tratos pueden producirse por motivos meramente expresivos, para manifestar desprecio y odio, con el propósito de entretenerse o, con el fin de sembrar el miedo entre un grupo. Supongo que todos hemos visto las fotos tomadas en Abu Ghraib: parece que los malos tratos no tenían como único objetivo recabar información. En estos casos, el sentido de la actuación es el humillante. Si se alcanza el umbral de la humillación grave, se violan los derechos de dignidad humana de las víctimas. Si los torturadores se abstienen de atentar físicamente contra la integridad corporal, estos casos solo pueden describirse reconociendo la dignidad humana como el derecho protegido. Pero también con las lesiones y el dolor corporal, el componente de dignidad humana es esencial para comprender lo que se ha hecho.

Los casos obvios son el trato con significado sexual, el trato que equipara a los seres humanos con animales dominados por un dueño humano

74. HÖRNLE & KREMNIETZER, "Human dignity as a protected interest in...", pp. 166-167.

(como ser obligado a adoptar la postura corporal de un perro al final de la correa de un perro) y otros tratos que son una *mise-en-scène* de sumisión humillante. En la determinación de la gravedad del trato humillante intervienen las relaciones de poder. Lo que puede ser una simple falta de respeto y de tacto entre dos personas de la misma posición puede tener un significado más grave si se inflige a un preso o detenido en el estado general de subordinación relacionado con la detención involuntaria.

## V. OBSERVACIONES FINALES

Una breve observación final: es posible encontrar un camino entre Escila y Caribdis. No conviene promover referencias demasiado amplias a la dignidad humana que equivalgan a proteger una amplia gama de opiniones convencionales sobre la moralidad y la decencia, los tabúes, los sentimientos ofendidos y las sensibilidades de grupo, pero no es necesario rehuir por completo la noción de dignidad humana. Centrarse en el enfoque de los seres humanos como agentes autónomos conduce a muy pocos ejemplos de violaciones de la dignidad humana: no se debe destruir ni poner en peligro la capacidad de un ser humano para actuar de forma racional y autónoma; esto solo pone límites a las intervenciones en el cerebro humano o a tratar a los seres humanos como si fueran ganado (esclavitud). La categoría más importante abarca los casos en los que la conducta en cuestión tiene el significado de humillación grave. Si nos centramos en los derechos subjetivos y nos tomamos en serio la tarea de llegar a una interpretación estricta de la "humillación grave", la dignidad humana puede y debe desempeñar un papel en los debates sobre la criminalización. Aunque probablemente sea menos difícil llegar a un consenso sobre la humillación grave con respecto a las agresiones sexuales, el descuartizamiento de cadáveres humanos y la tortura; la aplicación del concepto de "humillación grave" suscitará más escepticismo si se aplica a los delitos de expresión. Pero la preocupación de no etiquetar cada comentario ofensivo, racista o insultante con el firme veredicto de "violación de la dignidad humana" puede satisfacerse con un alcance limitado de la violación de la dignidad humana mediante la mera expresión que, en principio, se centra en la negación de la cualidad de sujeto de los demás.

## BIBLIOGRAFÍA

- BIELEFELDT, Heiner, *Auslaufmodell Menschenwürde? Warum sie in Frage steht und warum wir sie verteidigen müssen*, Herder, 2011.
- BIRNBACHER, Dieter, "Ambiguities in the concept of Menschenwürde", en BAYERTZ, Kurt (editor), *Sanctity of life and human dignity*, Kluger Academic Publishers, 1996.
- , "Annäherungen an das Instrumentalisierungsverbot", en BRUDERMÜLLER, Gerd & SEELMANN, Kurt (editors), *Menschenwürde. Begründung, Konturen, Geschichte*, Verlag Königshausen & Neumann, 2008, Würzburg.
- Bundesverfassungsgericht, "Luftsicherheitsgesetz", 15/02/2006, 1 BvR 357/05, BVer-fGE 115, 118.
- , "Kind als Schaden", 12/11/1997, 1 BvR 479/92, BVerfGE 96, 375.
- "Mikrozensus", 16/07/1969, 1 BvL 19/63, BVerfGE 27, 1.
- "Abhörurteil", 15/12/1970, BVerfGE 30, 1.
- "Überwachung von Wohnraum", 03/03/2004, 1 BvR 2.378/98, BVerfGE 109, 279.
- Bundesverwaltungsgericht, "Peep-Show", 15/12/1981, BVerwGE 64, 274.
- CANCIK, Hubert, "Dignity of man' and 'persona' in stoic anthropology: Some remarks on Cicero, De Officiis", en KRETZMER, David & KLEIN, Eckart (editors), *The concept of human dignity in human rights discourse*, Kluwer Law International, 2002, The Hague.
- CASSIRER, Ernst, *Versuch über den Menschen*, Felix Meiner Verlag, 2007.
- DAN-COHEN, Meir, *Harmful thoughts. Essays on law, self and morality*, Princeton University Press, 2002.
- , "A concept of dignity", en *Israel Law Review*, 2011, Vol. 44, N.º 1-2, "Symposium: Human Dignity and the Criminal Law", pp. 9-23.
- DARWALL, Stephen, *The second-person standpoint: morality, respect and accountability*, Harvard University Press, 2006.
- DREIER, Horst, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", en DREIER, Horst (publicator), *Grundgesetz-Kommentar*, Mohr Siebeck Verlag, 2013.
- DUFF, Antony, FARMER, Lindsay & MARSHALL, Sandra y otros, "Introduction: The Boundaries of the Criminal Law", en *The Boundaries of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 1-26.
- DÜRIG, Von Günter, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1956, Vol. 81, N.º 2, pp. 117-157.
- ENDERS, Christoph, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, Mohr Siebeck. 1997, Tübingen.

- FEINBERG, Joel, *Harm to others: The moral limits of the criminal law*, Oxford University Press, 1984.
- FRANKFURT, Harry, *The importance of what we care about*, Cambridge University Press, 1988, Cambridge.
- FREUD, Sigmund, *Totem and taboo*, Routledge, 1950.
- GARDNER, John, & SHUTE, Stephen, "The wrongness of rape", en HORDER, Jeremy (editor), *Oxford essays in jurisprudence*, Oxford University Press, 2000, Oxford, pp. 193-217.
- GRIFFIN, James, *On Human Rights*, Oxford University Press, 2008.
- GUR-ARYE, Miriam, "Human dignity of 'offenders': A limitation on substantive criminal law", en *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 6, N.º 2, 6/2012, pp. 187-205.
- GUR-ARYE, Miriam, & WEIGEND, Thomas, "Constitutional review of criminal prohibitions affecting human dignity and liberty: German and Israeli perspectives", en *Israel Law Review*, 2011, Vol. 44, N.º 1-2, "Symposium: Human Dignity and the Criminal Law", pp. 63-89.
- HILGENDORF, Eric, "Instrumentalisierungsverbot und Ensembletheorie der Menschen-würde", en PAEFFGEN, Hans-Ullrich & BÖSE, Martin & KINDHÄUSER, Urs y otros (editores), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, 2011, Berlin, pp. 1653-1671.
- HÖFLING, Wolfram, "Kommentierung von Art. 1 GG", en SACHS, Michael (editor), *Grundgesetz-Kommentar*, 5 ed., Verlag C.H. Beck, 2009.
- HOFMANN, Hasso, "Die versprochene Menschenwürde", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1993, Vol. 118, N.º 3, pp. 353-377.
- HÖRNLE, Tatjana, *Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Gefühlen, Moral und Tabus*, Vittorio Klostermann Verlag, 2005.
- HÖRNLE, Tatjana., & KREMNIETZER, Mordechai, "Human dignity as a protected interest in criminal law" en *Israel Law Review*, 2011, Vol. 44, N.º 1-2, "Symposium: Human Dignity and the Criminal Law", pp. 143-167.
- KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* en Werkausgabe, Suhrkamp Verlag, 1974, Frankfurt, VOSSENKÜHL, Wilhelm (editor), Vol. VII.
- , *Die Metaphysik der Sitten* en Werkausgabe, Suhrkamp Verlag, 1977, Frankfurt, VOSSENKÜHL, Wilhelm (editor), Vol. VIII.
- KATEB, George, *Human dignity*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, Cambridge, Massachusetts.
- KERSTEN, Jens, *Das Klonen von Menschen*, Mohr Siebeck Verlag, 2004, Tübingen.

- KLEINIG, John, "Humiliation, degradation and moral capacity: A response to Hörnle and Kremnitzer", en *Israel Law Review*, 2011, Vol. 44, N.º 1-2, "Symposium: Human Dignity and the Criminal Law", pp.169-183.
- MACCLIN, Ruth, "Dignity is a useless concept", en *British Medical Journal*, 2003, Vol. 327, pp. 1419-1420.
- MARGALIT, Avishai, *The decent society*, Harvard University Press, 1998, Cambridge, Massachusetts.
- MCCRUDDEN, Christopher, "Human dignity and judicial interpretation of human rights", en *The European Journal of International Law*, 2008, Vol. 19, N.º 4, pp. 655-724.
- MEYER, Michael J., "Dignity as a (modern) virtue", en KRETZMER, David & KLEIN, Eckart (editores), *The concept of human dignity in human rights discourse*, Kluwer Law International, 2002, La Haya.
- MOXTER, Michael, "Unterwegs zum Recht. Eine Vorerinnerung an die Horizonte des Würdebegriffs", en BAHR, Petra & HEINIG, Hans M. (editores), *Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung*, Mohr Siebeck Verlag, 2006, Tübingen.
- NEUMANN, Ulfrid. "Die Tyrannei der Würde", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1998, Vol. 84, N.º 2, pp. 153-166.
- "Die Menschenwürde als Menschenbürde-oder wie man ein Recht gegen den Berechtigten wendet", en KETTNER, Matthias (editor), *Biomedizin und Menschenwürde*, Suhrkamp Verlag, 2004, Frankfurt, pp. 42-62.
- NIDA-RÜMELIN, Julian, *Über menschliche Freiheit*, Reclam Verlag, 2005, Stuttgart.
- PINKER, Steven, "The stupidity of dignity", en *The New Republic*, 28/05/2008.
- RAZ, Joseph, *Value, respect, and attachment*, Cambridge University Press, 2002, Cambridge, Massachusetts.
- ROACH, Kent, "The primacy of liberty and proportionality, not human dignity, when subjecting criminal law to constitutional control", en *Israel Law Review*, 2011, Vol. 44, N.º 1-2, "Symposium: Human Dignity and the Criminal Law", pp. 91-113.
- SCANLON, Thomas. M., *Permissibility, meaning, blame*, Belknap Press of Harvard University Press, 2008, Cambridge, Massachusetts.
- SCHABER, Peter, *Instrumentalisierung und Würde*, Mentis Verlag, 2010, Münster.

- SCHÖNE-SEIFER, Bettina, "Philosophische Überlegungen zu 'Menschenwürde' und Fortpflanzungsmedizin", en *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 1990, Vol. 44, N.º 3, pp. 442-473.
- SCHOPENAUER, Arthur, "Über die Grundlage der Moral", en *Zürcher Ausgabe, Werke in zehn Bänden*, Diogenes Verlag, 1977, Zürich, HÜBSCHER, Arthur (editor), Vol. IV.
- STANTON-IFE, John, "Horrific crimes", en DUFF, Antony, FARMER, Lindsay & MARSHALL, Sandra y otros (editores), *The Boundaries of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 138-162.
- STATMAN, Daniel. "Humiliation, dignity and self-respect", en KRETZMER, David & KLEIN, Eckart (editores), *The concept of human dignity in human rights discourse*, Kluwer Law International, 2002, La Haya.
- STEWART, Hamish, "The limits of the harm principle", en *Criminal Law and Philosophy*, 2010, Vol. 4, N.º 1, 08/2009, pp. 17-35.
- STOECKER, Ralf, "Menschenwürde und das Paradoxon der Entwürdigung", en STOECKER, Ralf (editor), *Menschenwürde. Annäherung an einen Begriff*, öbv & hpt Verlag, 2003, Viena, pp. 133-151.
- VON DER PFORDTEN, Dietmar, "On the dignity of man in Kant", en *Philosophy*, Vol. 84, N.º 329, 07/2009, pp. 371-391.
- VON HIRSCH, Andrew, & JAREBORG, Nils, "Gauging criminal harm: A living-standard analysis", en *Oxford Journal of Legal Studies*, 1991, Vol. 11, N.º 1, pp. 1-38.
- VOSENKÜHL, Wilhelm, "Paternalismus, Autonomie und Rechtspflichten gegen sich selbst", en VON HIRSCH, Andrew, NEUMANN, Ulrich & SEELMANN, Kurt (editores), *Paternalismus im Strafrecht*, Nomos Verlag, 2010, Baden, pp. 275-288.
- WALDRON, Jeremy, "Dignity and degradation: the visibility of hate", en *Harvard Law Review*, 2010, Vol. 123, N.º 7, 5/2010, pp. 1596-1657.
- "Dignity, rank, and rights", en *The tanner lectures on human values*, 2011, Vol. 29, pp. 207-253.
- WHITMAN, James Q., "On Nazi 'honor' and the new European 'dignity'", en JOERGES, Christian & SINGH GHALEIGH, Navraj (editores), *The darker legacies of law in Europe*, Hart, 2003, Portland, pp. 243-266.

## **TERM REVIEW**



## LA CORTE SUPREMA EN 2023: ¿UN NUEVO FEDERALISMO REPUBLICANO?\*

SEBASTIÁN GUIDI\*\*

**Resumen:** El presente artículo examina las intervenciones recientes de la Corte Suprema de Justicia la Nación Argentina en cuestiones de política judicial y elecciones provinciales. A lo largo de 2023, la Corte fue protagonista en decisiones sobre reelecciones de gobernadores en San Juan y Tucumán, suspendiendo elecciones por inconstitucionalidades en las candidaturas. Durante el trabajo se explora el impacto de estos fallos y cómo podrían reconfigurar la estructura del Estado argentino, sugiriendo un cambio hacia una doctrina más cautelosa frente a las reelecciones indefinidas y su posible incompatibilidad con la forma republicana de gobierno.

**Palabras clave:** corte suprema de justicia de la nación — federalismo — reelección indefinida — forma republicana — inconstitucionalidad.

**Abstract:** The present article examines the recent interventions of Argentina’s Supreme Court of Justice in matters of judicial politics and provincial elections. Throughout 2023, the Court played a key role in decisions regarding the re-elections of governors in San Juan and Tucumán, suspending elections due to the unconstitutionality of certain candidacies. The article explores the impact of these rulings and how they could potentially reshape the structure of the Argentine state, suggesting a shift towards a more cautious doctrine regarding indefinite re-elections and their possible incompatibility with the republican form of government.

**Keywords:** supreme court of justice of the nation — federalism — indefinite re-election — republican form of government — unconstitutionality.

\* Recepción del original: 17/04/2024. Aceptación: 25/04/2024.

\*\* Abogado (UBA). Magister y doctor en Derecho (Yale).

## I. INTRODUCCIÓN

Durante 2023, la Corte Suprema de Justicia de la Nación recibió más atención por lo que pasaba en el Palacio del Congreso que lo que pasaba en el Palacio de Justicia. Mientras la Corte alcanzaba sus acuerdos semanales, a pocas cuadras la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados se reunía para acusar a sus cuatro miembros, en un procedimiento que predeciblemente se agotó sin resultados.<sup>1</sup> Mientras tanto, la Corte intervino en política judicial en abierto conflicto con la mayoría del Senado: ratificó que la división del bloque mayoritario del Senado (a la que juzgó fraudulenta) era inoponible para la integración del Consejo de la Magistratura<sup>2</sup> y, contra un acuerdo de prórroga brindado a una jueza de más de setenta y cinco años, especificó que el mandato de los jueces concluye el día que cumplan esa edad si el Senado no los hubiera ratificado antes.<sup>3</sup>

Quedará para los historiadores del futuro separar lo anecdótico de lo trascendente de este año exaltado. Sin embargo, puestos a anticiparnos, durante 2023 se sucedió una serie de fallos que tal vez resalte en esta historia y algún día termine hasta por reconfigurar la propia estructura del Estado argentino. El martes 9 de mayo, la Corte Suprema, a pedido de la oposición política en San Juan y Tucumán y en ejercicio de su competencia originaria, ordenó cautelarmente suspender las elecciones provinciales que se disputarían el domingo siguiente con fundamento en la posible inconstitucionalidad de las candidaturas de los entonces gobernadores Sergio Uñac y Juan Luis Manzur.<sup>4</sup> La renuncia de Manzur a su candidatura nos ha privado, por ahora, de un fallo sobre el fondo;<sup>5</sup> la persistencia de Uñac, por el contrario, llevó a la Corte a invalidar su candidatura de modo definitivo.<sup>6</sup>

1. En diciembre de 2023, dieciséis de los treinta y un integrantes de la comisión firmaron un dictamen de acusación contra los cuatro miembros de la Corte. Cabe mencionar que varios integrantes de la Comisión no estuvieron dispuestos a firmar el dictamen, por lo que renunciaron ese mismo día y fueron reemplazados por otros que sí lo estaban. Según el reglamento de la Cámara, estos dictámenes conservarán estado parlamentario durante 2024. A la fecha de entrega de este trabajo no parece plausible que dos tercios de la Cámara acuerden impulsar el proceso.

2. CSJN, “Juez, Luis Alfredo c. Honorable Cámara...”.

3. CSJN, “Actas del acuerdo de superintendencia – art...”.

4. CSJN, “Partido por la Justicia Social c/ Tucumán...” y CSJN, “Evolución Liberal”.

5. CSJN, “Partido por la Justicia Social c/ Tucumán...”.

6. CSJN, “Evolución Liberal”.

Esta intervención de la Corte en elecciones provinciales esperanzó a opositores en otros distritos que buscaron, también, la invalidación de la candidatura de sus oponentes. Por una parte, en la Ciudad de Buenos Aires el candidato Jorge Macri buscaba su elección a pesar de no contar con los cinco años de residencia inmediata en la Ciudad que la Constitución local —en su interpretación más extendida— le exigía. La Corte entendió que la cuestión de la residencia del candidato no formaba parte de su competencia originaria y declinó la invitación a entender en el asunto.<sup>7</sup>

Una esperanza similar se despertó en la oposición al gobierno de Formosa: si a Uñac se le había impedido competir por un tercer mandato, ¿qué no haría la Corte para impedir que Gildo Insfrán compitiera por el octavo?<sup>8</sup> Sin embargo, sobre el caso formoseño la Corte Suprema ha guardado, hasta hoy, silencio.<sup>9</sup>

En este trabajo me propondré explorar preliminarmente las gravitantes consecuencias de esta serie de fallos y, en particular, “Evolución Liberal”. Los vaivenes políticos que han rodeado la causa durante 2023 acaso hayan oscurecido un análisis desapasionado de las implicancias de estos fallos (de hecho, apenas dictados, varios diputados del entonces oficialismo presentaron un pedido de juicio político ante la Cámara de Diputados).<sup>10</sup> Ahora que los clivajes políticos que organizaron el 2023 están en descomposición, tal vez sea el momento adecuado para intentar una interpretación del fallo que prescinda de las simpatías por sus ganadores y perdedores contingentes.

En el Capítulo II de este trabajo, analizaré la jurisprudencia que ha prefigurado el fallo “Evolución Liberal”. Desde 2013, la Corte ya había ingresado en el resbaladizo terreno de las elecciones provinciales con el fin de impedir la reelección del gobernador. En esos casos, la Corte se proclamaba fiel al texto de la Constitución provincial: solo ante un “apartamento ostensible” de su texto —nos decía— intervendría para impedir determinada candidatura. Mostraré que, de todos modos, esta línea jurisprudencial ya prefiguraba lo que ocurriría en “Evolución Liberal”.

7. CSJN, “Biasi”.

8. Décimo mandato si computamos sus dos mandatos como vicegobernador.

9. Así, pueden mencionarse los expedientes iniciados por los otros dos principales candidatos a gobernador de la provincia: “Carbajal, Fernando c/ Provincia de Formosa s/ acción...” y “Paoltroni, Francisco Manuel c/ Provincia de Formosa...”.

10. HCDN, “Promover juicio político al Sr. Presidente...”, Expte. 2156-D-2023.

En el Capítulo III analizaré las medidas cautelares dictadas en las causas “Partido por la Justicia Social de Tucumán” y “Evolución Liberal”, y mostraré que ya prefiguraban el viraje jurisprudencial definitivo que llegaría con el fallo de fondo. En el Capítulo IV, analizaré el fallo de fondo en la causa “Evolución Liberal” y me detendré en las diferencias centrales entre ambos votos que lo componen. Sin embargo, me interesará demostrar que ambos coinciden en lo central: el alejamiento de la doctrina del “apartamento ostensible” —invocada en la medida cautelar— y la inauguración de una nueva jurisprudencia más recelosa de las reelecciones. En el Capítulo V, repasaré brevemente los fallos que no fueron en la Provincia de Formosa y en la Ciudad de Buenos Aires. En el Capítulo VI, y permitiéndome un homenaje a Pedro Bonifacio Palacios, finalmente, me permitiré especular con la significancia de este cambio de doctrina para el futuro de la jurisprudencia acerca del federalismo y, acaso, para la forma de Estado en la Argentina del siglo XXI.

## II. EL CAMINO DE SANTIAGO

“Evolución Liberal” no llegó sorpresivamente. Desde 2013, la Corte ha intervenido con intensidad creciente pero dispar en el terreno antes vedado de las elecciones provinciales.<sup>11</sup> Al principio tímidamente, y con cada vez más determinación, la Corte Suprema intervino para impedir reelecciones de gobernadores que a su juicio contravenían la “forma republicana de gobierno”. El sentido de esta violación, de todos modos, ha cambiado radicalmente desde entonces: si en 2013 lo que tornaba inconstitucional la candidatura del gobernador Gerardo Zamora era el “ostensible apartamiento del unívoco sentido” del texto de la Constitución de Santiago del

11. Estoy excluyendo el caso aislado de la elección de Corrientes de 1991, en la que la Corte creó el estándar del “ostensible apartamiento del sentido unívoco” de las normas locales, aunque sin el mayor desarrollo teórico que le daría a partir de 2013. En el caso de Corrientes, esta concisión tal vez se deba a que, al haber tramitado el caso por vía del recurso extraordinario, la intervención de la Corte podría haber encontrado fundamento también en la doctrina de la arbitrariedad, que prevé el similar estándar de la “prescendencia del texto legal aplicable” que torne a la sentencia “inconcebible dentro de una racional administración de justicia” como una causal que habilita la intervención de la Corte. Véase CSJN, “Electores y apoderados de los partidos (...)”.

Estero,<sup>12</sup> diez años después la candidatura del gobernador sanjuanino Sergio Uñac devenía inconstitucional por la mera acumulación de mandatos consecutivos.<sup>13</sup>

El pasaje de una tesis a la otra, sin embargo, no se dio de manera sorpresiva. En “UCR Santiago del Estero”<sup>14</sup> ya se preveía que el problema de la candidatura de Zamora, para la Corte, no era meramente el incumplimiento del texto constitucional, sino que la Corte da especial atención al hecho de que dicho desconocimiento se realizara con “el único objetivo de otorgar cuatro años más en el ejercicio de la máxima magistratura provincial a quien ya lleva ocho años ininterrumpidos en ella”.<sup>15</sup> En los fallos que seguirían, “FpV Río Negro” y “UCR La Rioja”, esta tendencia antirreeleccionista se acentuaría aún más. De hecho, luego de falladas estas causas, ya se observó que “si bien [esas] decisiones [...] afirman ser hijas de ‘Santiago’, el razonamiento allí esbozado es diferente al de su antecesor” ya que “...[t]anto las preguntas que lo guían como el nivel de deferencia de los escrutinios son diferentes”.<sup>16</sup> Para comprender acabadamente la significación de “Evolución Liberal”, entonces, debemos hacer un repaso de sus antecesores.

## II.A. UCR Santiago del Estero

Gerardo Zamora asumió el cargo de gobernador de Santiago del Estero tras ganar las elecciones de 2005, luego de la intervención federal de la provincia. Ese mismo año, se realizó una reforma constitucional que estableció, para la reelección de gobernador, una cláusula análoga a la de la Constitución Nacional: el gobernador y el vicegobernador “[p]odrán ser reelectos o sucederse recíprocamente, por un nuevo período únicamente”.<sup>17</sup> Para regular la cuestión del mandato en curso, la reforma también incluyó una cláusula transitoria análoga a la nacional: “El mandato del gobernador de la Provincia en ejercicio al momento de sancionarse esta reforma [es

12. Véase el análisis en *infra*, Capítulo II.

13. Véase el análisis en *infra*, Capítulo IV.

14. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero”.

15. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero”, considerando 44.

16. MÉNDEZ MONTENEGRO & VITALIANI, “Haz lo que yo digo, pero...”.

17. Constitución de Santiago del Estero, art. 152.

decir, Zamora] deberá ser considerado como primer período”.<sup>18</sup> Así las cosas, cuando Zamora fue reelecto para el mandato 2009-2013 todo indicaba que ese sería su último mandato consecutivo.

Sin embargo, quien venía de ser electo con el 85 % de los votos no entregaría el poder tan fácilmente. En 2013, entonces, Zamora decidió competir para un tercer mandato. Para superar el escollo constitucional, acudió (más bien, alguien acudió por él)<sup>19</sup> a la Justicia provincial que —en un argumento tan curioso como poco original—<sup>20</sup> concluyó que la limitación a Zamora para competir en un tercer mandato era inconstitucional por violentar su derecho a la igualdad con respecto a otros funcionarios que no estaban alcanzados por la misma prohibición.<sup>21</sup> No cabía otra conclusión, afirmó el Tribunal, que habilitar su candidatura.

La Unión Cívica Radical cuestionó la candidatura en la instancia originaria de la Corte. Cinco días antes de la que habría sido la fecha del comicio, la Corte dictó una medida cautelar suspendiendo las elecciones hasta tanto se resolviera la situación de Zamora. Unos días después, el gobernador renunció a su candidatura (en la que fue remplazado por su esposa) y la provincia solicitó que el caso sea declarado abstracto. La Corte, sin embargo, decidió fallar la causa para sentar jurisprudencia al respecto y para contestar las referencias del gobernador de que su renuncia a la candidatura estaba destinada a evitar la “injerencia” de Buenos Aires.<sup>22</sup>

La Corte hizo un esfuerzo notable para argumentar que no se estaba inmiscuyendo en cuestiones de derecho local (“...[b]aste indicar que este Tribunal no se ha entrometido”, dijo),<sup>23</sup> sino que intervenía únicamente

18. Constitución de Santiago del Estero, Cláusula transitoria 5.

19. En el fallo de fondo, de hecho, la Corte reprocha a Zamora haber consentido las presentaciones judiciales realizadas para habilitar su candidatura (CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero”, considerando 29).

20. Argumentos similares se han sostenido en varias ocasiones en las que se trató de habilitar la reelección de un presidente que estaba vedado constitucionalmente a hacerlo. En la Argentina, un argumento similar utilizó el juez cordobés Bustos Fierro para habilitar cautelarmente la reelección de Carlos Menem para el periodo 1999-2003. Este fallo le valdría luego un pedido de destitución por parte del Consejo de la Magistratura, que sería rechazado por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación.

21. STJ Santiago del Estero, “Partido Movimiento Viable s/ Acción Meramente...”.

22. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero”, considerando 8.

23. ARBALLO, “Republicanismo y discreción judicial. Postales del...”.

para garantizar la “forma republicana de gobierno”, condición que el art. 5 de la Constitución Nacional impone a las provincias para permitirles gozar de su autonomía institucional. Sin embargo, la Corte no había dicho nunca que la reelección en cargos ejecutivos fuera en sí misma un problema a la luz del principio republicano de gobierno. Si algo indicaba la jurisprudencia, en todo caso, era lo contrario: si bien la Corte había encontrado que no había un derecho individual a la reelección,<sup>24</sup> también había dejado muy claramente establecido que las constituciones locales no tenían por qué replicar el modelo de la Constitución Nacional<sup>25</sup> y había, hasta el momento, declinado intervenir en casos en los que se cuestionaba la integridad del proceso electoral<sup>26</sup> o la reelección del gobernador.<sup>27</sup>

La cuestión era un intrínquilis. De un costado, la Corte no parecía dispuesta a afirmar que un tercer mandato de Zamora habría sido, en sí mismo, violatorio de la forma republicana de gobierno. Además, no podía soslayarse que la interpretación de la Constitución provincial era una cuestión reservada a las autoridades judiciales locales, que ya habían permitido la candidatura. Y, sin embargo, permitir a Zamora competir en abierta contradicción con el texto constitucional parecía también inadecuado.

Para salir de esta situación, la Corte optó por un argumento innovador. En el fallo, la violación a la forma republicana de gobierno no se presenta por la candidatura en sí, sino por el “ostensible apartamiento del unívoco sentido” de la cláusula constitucional que impedía un tercer mandato consecutivo. El tribunal provincial que había habilitado su candidatura había incurrido en un “exceso en sus facultades” ya que ha pretendido “suplir la voluntad del constituyente expresada claramente en esa cláusula”.<sup>28</sup> La Corte parecía estar manteniendo su tradicional postura de flexibilidad en el diseño institucional local, pero agregándole un requisito de compromiso: cada provincia es libre de adoptar el diseño institucional que desee, pero una vez que lo hace, debe respetarlo.

Esta conclusión simple, de todos modos, se enfrenta con algunos problemas. En primer lugar, puede ser claro que el “ostensible apartamiento”

24. CSJN, “Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe”.

25. CSJN, “Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe”.

26. CSJN, “Córdoba - convocatoria a elecciones de gobernador...”.

27. CSJN, “Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe”.

28. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero”, considerando 33.

del texto de una norma puede lesionar garantías individuales como el debido proceso, como ocurre rutinariamente con las sentencias que son juzgadas arbitrarias por “prescindir del texto legal aplicable”.<sup>29</sup> Lo que falta explicar, entonces, es cuál es la relación entre la forma republicana de gobierno y el respeto por el texto de la constitución. Una respuesta posible parece encontrarse al final del fallo:

[...] la soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político pero, al mismo tiempo, y para cumplir con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación.<sup>30</sup>

Volveré sobre esta vinculación entre la soberanía popular y la forma republicana de gobierno en el Capítulo VI.

Otro aspecto que presenta alguna complejidad es que Zamora no se presentó a una candidatura en violación al texto de la constitución a secas: Zamora consiguió que la justicia local declarara inconstitucional la cláusula transitoria que le prohibía presentarse. Sin ese estorbo, ya no había texto válido del que apartarse, ostensiblemente o no. El argumento del tribunal local había sido relativamente absurdo (aunque no tanto como para merecer la destitución del juez que lo realiza, al menos según el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación),<sup>31</sup> pero su descarte exige, necesariamente, algo más que una mera constatación textual. Después de todo, si la propia Corte federal ha considerado inconstitucional una cláusula de la Constitución Nacional,<sup>32</sup> ¿por qué no habría podido

29. La Corte invoca otros precedentes en los que se había utilizado el estándar del “ostensible apartamiento”, aunque en estos casos se buscaba proteger el derecho al debido proceso de particulares en el contexto de recursos extraordinarios. El “ostensible apartamiento” en estos casos no necesariamente causaba, parecería, una ruptura de la forma republicana de gobierno.

30. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero”, considerando 34.

31. Véase la absolución al juez que había dictado un fallo análogo en Jurado de Enjuiciamiento de la Nación, “Doctor Ricardo Bustos Fierro s/ pedido de...”.

32. A la fecha del fallo continuaba vigente la doctrina del fallo Fayt, que declaraba la inconstitucionalidad de la limitación de edad de los jueces contenida en el art. 99 inc. 4 (de hecho, el fallo es firmado por los jueces Fayt y Petracchi, que, con más de setenta y cinco

la Justicia de Santiago del Estero hacer lo mismo? La Corte Suprema descarta los argumentos brindados por el tribunal provincial,<sup>33</sup> lo que no logra —no podría haber logrado— es crear un estándar que permita saber cuándo prescindir de la inconstitucionalidad declarada por la Justicia local al momento de evaluar si existió un “ostensible apartamiento” del texto. En efecto, era enormemente dificultoso crear tal estándar sin desviarse del hilo conductor del fallo: mostrar que la Corte se encontraba realizando una mera constatación minimalista, y no inmiscuyéndose en derecho público local.

En definitiva, ya “UCR Santiago del Estero” revelaba que la tarea de la Corte, incluso en los casos de “apartamiento ostensible”, versaba sobre algo más que una constatación textual. Esta ambición mayor es prácticamente confesada en un pasaje final del fallo de la medida cautelar en el que la Corte castiga la historia “trágica” de ensayos de perpetuación en el poder.<sup>34</sup> Este párrafo contiene el germen de “Evolución Liberal”: no es cualquier “apartamiento ostensible” del texto constitucional el que hiere la forma republicana de gobierno, sino uno que a su vez verse sobre ciertos aspectos. Parecería que había *algo* en las reelecciones indefinidas que era sospechoso a la luz de los principios republicanos. A pesar de no haber sido capturada por el *holding* del fallo, esta sospecha perseguiría a la jurisprudencia en la materia.

## II.B. FpV Río Negro

La doctrina de “UCR Santiago del Estero” descansó durante seis años, hasta que fue desempolvada en 2019 por una nueva conformación de la Corte en los casos de la reelección de los gobernadores de La Rioja y Río Negro. Ambos fueron resueltos el mismo día y comparten cierta

---

años, eran jueces mediante un “apartamiento ostensible” del texto declarado inconstitucional). CSJN, “Fayt”.

33. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero”, considerando 27.

34. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero”, considerando 15 (“La historia política de la Argentina es trágicamente pródiga en experimentos institucionales que —con menor o mayor envergadura y éxito— intentaron forzar —en algunos casos hasta hacerlos desaparecer— los principios republicanos que establece nuestra Constitución. Ese pasado debería desalentar ensayos que, como el aquí examinado, persiguen el único objetivo de otorgar cuatro años más en el ejercicio de la máxima magistratura provincial...”).

ambigüedad en cuanto a su razonamiento: si bien la mayoría afirma con solemnidad estar siguiendo el precedente “UCR Santiago del Estero” para “despeja[r] suspicacias propias de la materia electoral”,<sup>35</sup> también confiesa que ante las “divergencias interpretativas”<sup>36</sup> generadas por el texto debe elegir cuál de las “dos respuestas posibles”<sup>37</sup> es más “compatible con el sistema republicano”.<sup>38</sup> Examinar “Evolución Liberal” exige analizar críticamente cómo ambos fallos realzan la tensión que ya existía en “UCR Santiago del Estero”.

En “FpV Río Negro”, entonces, la Corte ratificó el estándar de “UCR Santiago del Estero”, aunque cabe dudar si realmente lo aplicó. Tanto la mayoría como las disidencias reiteraron que la intervención de la Corte en estos casos debía estar limitada a “los más excepcionales supuestos” y caracterizó a estos como

[...] aquellos en los que se evidencia un ostensible apartamiento del inequívoco sentido de las normas de derecho público local del que resulten lesionadas instituciones fundamentales de los ordenamientos provinciales que hacen a la esencia del sistema representativo republicano que las provincias se han obligado a asegurar.<sup>39</sup>

Para la mayoría, esto es precisamente lo que había ocurrido en Río Negro. Allí, el gobernador Weretilneck se presentaba para un tercer mandato como gobernador. Claro que él afirmaba que en realidad era el segundo: su primer mandato, en realidad, había sido de vicegobernador, aunque le había tocado completar casi la totalidad del mandato de su compañero de fórmula, que había fallecido a poco de comenzar su mandato. La Constitución rionegrina, al igual que la nacional, prohibía al gobernador y al vice volver a presentarse como candidatos para cualquiera de esos cargos si se habían sucedido “recíprocamente” más de una vez consecutiva.

35. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 26 (afirmando que el caso “debe ser fallado en el mismo sentido que el precedente ‘Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero’” a fin de “otorga[r] previsibilidad jurídica a las partes y despeja[r] suspicacias propias de la materia electoral”).

36. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 24.

37. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 24.

38. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia Negro”, considerando 30.

39. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 12.

La mayoría de la Corte anuncia que seguiría el precedente “UCR Santiago del Estero” y, por lo tanto, se limitaría a verificar si la reelección de Weretilneck se apartaba ostensiblemente del unívoco sentido del texto de la Constitución rionegrina. Sin embargo, a pesar de proclamar este minimalismo en su tarea, la mayoría reconoció que el texto constitucional generaba “divergencias interpretativas”<sup>40</sup> y que existían “dos respuestas posibles”<sup>41</sup> para la pregunta de si Weretilneck podía presentarse nuevamente como candidato a gobernador. Establecido esto, pasa a decir que la interpretación que sí permitía a Weretilneck ser candidato presentaba un “principal inconveniente”,<sup>42</sup> cual era que permitía que una misma persona se presentase indefinidamente a los cargos de gobernador y vicegobernador, lo que era de “difícil consonancia” con el principio de periodicidad en los mandatos. Para llegar a esta conclusión, la Corte no realizó meramente una lectura del texto constitucional, sino “una exégesis normativo-contextual”<sup>43</sup> que en todo caso era “reforzada” por una “exégesis gramatical”<sup>44</sup>.

Como vemos, con la excusa de estar analizando el texto para excluir aquellas interpretaciones que no resistían ningún análisis, la Corte sí eligió entre interpretaciones que ella misma reconocía como “posibles”. El criterio para elegir entre estas interpretaciones parece haber sido evitar que Weretilneck se “perpetua[ra] por tres períodos consecutivos”,<sup>45</sup> lo que constituía un “inconveniente”.<sup>46</sup>

Esta tensión en el voto de mayoría fue denunciada por las disidencias de Rosenkrantz y Highton de Nolasco. Rosenkrantz, por ejemplo, afirmó que “UCR Santiago del Estero” establece un “estándar claro”,<sup>47</sup> que implica que la Corte no debe intervenir en los casos que la decisión local “pued[a] justificarse mediante alguna lectura o interpretación de las normas establecidas en la Constitución provincial”.<sup>48</sup> Este era

40. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 24.

41. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 24.

42. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 26.

43. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 26.

44. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 27.

45. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 27.

46. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 26.

47. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, disidencia de Rosenkrantz, considerando 8.

48. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, disidencia de Rosenkrantz, considerando 8.

precisamente el caso aquí, ya que la interpretación que hace la mayoría reflejaba una “mera discrepancia” con el criterio provincial.<sup>49</sup>

Todo en el voto de la mayoría, sin embargo, indica que el corsé de “UCR Santiago del Estero” le resultaba muy apretado. Varias veces el voto se compromete con seguir dicho precedente: la “prudencia” judicial y el “equilibrio” del sistema federal la obligaban a intervenir en el caso únicamente si existía un “ostensible apartamiento del inequívoco sentido” del texto constitucional<sup>50</sup> por lo que eso es lo único que “verificar[ía]” en el caso.<sup>51</sup> Así, varias veces vuelve al texto del artículo 175 y al precedente “UCR Santiago del Estero”, aunque en todo momento se percibe que su corazón está en otro lado. Así, incluso desde antes de tomar el compromiso con el precedente, el voto lanza la advertencia de que la forma republicana de gobierno incluye la “periodicidad de los mandatos”<sup>52</sup> que no estaba puesta en cuestión: la elección se iba a realizar a los cuatro años de la última, como hacía casi cuarenta años.

Esta incomodidad con ceñirse a un análisis textual se revela en los dos argumentos de tipo textual que la Corte busca hacer. El primero de ellos parece descansar sobre la autoridad de “UCR Santiago del Estero”. La Corte nos dice que este caso “debe ser fallado en el mismo sentido”<sup>53</sup> que “UCR Santiago del Estero”. Aprovechándose de que las respectivas cláusulas constitucionales son casi idénticas (ya que ambas replican la cláusula análoga de la Constitución Nacional), la Corte pretende replicar también su interpretación:

[...] es doctrina de esta Corte que “cuando una Constitución prevé que si el gobernador y el vicegobernador han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período, corresponde únicamente concluir que el pueblo de la provincia —a través de sus constituyentes— estableció el límite de una sola reelección consecutiva para los cargos mencionados”.<sup>54</sup>

49. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, disidencia de Rosenkrantz, considerando 12.

50. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 14.

51. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 16.

52. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 13.

53. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 26.

54. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 25.

Esta invocación al precedente, sin embargo, cae en saco roto por dos motivos que son representativos del propósito subrepticio de la Corte. En primer lugar, no es esa la doctrina del fallo “UCR Santiago del Estero”, ni podría serlo: la Corte no puede interpretar derecho local, y mucho menos interpretarlo en abstracto, estableciendo la misma interpretación para varias provincias que por casualidad compartan una norma redactada de modo similar. Esto no es un desliz menor, sino que toda la doctrina de “UCR Santiago del Estero” está construida precisamente alrededor de esta prudencia que ahora la Corte, en su afán por sostener su autoridad en el precedente, parece dejar de lado. En segundo lugar, de todos modos, una lectura cuidadosa del párrafo citado muestra que, aun siendo correcta la reconstrucción jurisprudencial, esta doctrina nos dejaría en el mismo lugar que antes: Weretilneck no estaba buscando más de una reelección consecutiva, sino su primera reelección en el cargo de gobernador. “UCR Santiago del Estero” no debió lidiar con esta cuestión, ya que Gerardo Zamora sí había sido electo gobernador dos veces y sí buscaba una segunda reelección. Así, ni aun queriendo el caso “FpV Río Negro” podría ser fallado “en el mismo sentido” que “UCR Santiago del Estero”.

El segundo argumento de tipo textual es aún más curioso. En primer lugar, porque por propia confesión de la mayoría, este argumento meramente “refuerza”<sup>55</sup> la interpretación “normativo-contextual” ya realizada (cuando, en realidad, unos considerandos antes se había resignado a entregarse al resultado que arrojara el estándar del “apartamento ostensible”). Sin embargo, obviando también este *lapsus*, vemos que una interpretación meramente textual lleva, en todo caso, al resultado contrario: dos personas se suceden “recíprocamente” si cada una sucede a la otra; si solo una sucedió a la otra no hay ninguna “reciprocidad”.<sup>56</sup> Lo realmente

55. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 27.

56. En el uso común decimos que A y B se hacen algo “recíprocamente” si A le hace a B lo mismo que B le hace a A. Digamos, “A y B se insultan recíprocamente” es cierto solo si A insulta a B y B insulta a A. Si A insulta a B mientras B guarda silencio, uno diría, precisamente, que los insultos de A no son reciprocados. Del mismo modo, el gobernador y el vicegobernador se suceden recíprocamente si el gobernador sucede al vicegobernador mientras el vicegobernador sucede al gobernador, es decir, si se cruzan en los cargos. Esta no es necesariamente la interpretación jurídicamente correcta del texto (si fuera nuestro interés aquí dilucidar la interpretación correcta del artículo 175 uno podría ensayar métodos interpretativos tales como recurrir a la intención de los constituyentes, a la práctica constitucional o a los valores de la

interesante es que, para concluir su argumento de “exégesis gramatical”, la Corte nos dice que “... [e]n consecuencia, corresponde concluir que [...] el texto constitucional [prohíbe] que quien haya ejercido dos períodos en ambos o uno de los cargos citados, sea electo como gobernador o vicegobernador, ya que ello implica su perpetuación por tres períodos consecutivos”.<sup>57</sup>

Que esa sea la “conclusión” de un argumento gramatical es sorprendente, ya que en ninguna parte el texto interpretado habla sobre la perpetuación en el cargo. El único modo de llegar a esa conclusión es mediante una premisa oculta, ausente en el texto, que prohíbe la “perpetuación”, sea lo que sea esta. La mayoría, como se ve, no cumple con su promesa de ceñirse al texto ni siquiera cuando se propone realizar un análisis gramatical.

La razón de esta inconsistencia es que la Corte realmente no está buscando interpretar la Constitución rionegrina. A tal punto esto es así, que mientras al iniciar su razonamiento la Corte recuerda que “la periodicidad en los mandatos” es un principio que integra la forma republicana de gobierno, al concluirlo el requisito ya “presupone de manera primordial la periodicidad y renovación de las autoridades”.<sup>58</sup> En poco más de diez considerandos, sin explicar por qué, la mayoría sumó a la mera “periodicidad” de los mandatos la más ambiciosa y novedosa “renovación de las autoridades” como un elemento “primordial”.

La razón por la que la mayoría de la Corte elige una interpretación y no otra ya no es porque una se “aparte ostensiblemente” del texto, sino porque —precisamente siguiendo el texto— se presenta un “inconveniente”<sup>59</sup> que es que una misma persona podría ser indefinidamente reelegida si alterna entre los cargos de vicegobernador y gobernador. En ningún momento la Corte explica por qué esto sería un problema. Nos dice que la forma republicana implica “renovación de las autoridades”,<sup>60</sup> pero no nos dice de dónde lo saca. Nos dice que solo así se le “da sentido a la noción de periodicidad en los mandatos”, pero en

---

constitución). Sin embargo, no veo cómo no es la interpretación que más se acerca al texto entendido en su sentido más llano, que es precisamente lo que propone la Corte.

57. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 27.

58. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 26.

59. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 26.

60. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 26.

ningún momento nos dice por qué algo largo sería “menos periódico” que algo corto. Finalmente, concluye que la posibilidad de ser electo consecutivamente más de dos veces es de “difícil consonancia” con esa “pauta republicana” a la que ya da por demostrada.

El voto de mayoría de “FpV Río Negro”, entonces, es en realidad dos fallos. En su presentación, el fallo sigue al pie de la letra el precedente “UCR Santiago del Estero”, por lo que solo custodia que el gobierno provincial no se “aparte ostensiblemente del sentido unívoco” del texto, ya que otra actitud sería indebidamente intrusiva con la autonomía provincial. En su ejecución, de todos modos, el fallo no se limita a esto sino que indiscutiblemente elige entre interpretaciones posibles (y elige, además, la interpretación menos apegada al texto). Evidentemente no se trataba únicamente de custodiar el texto de la Constitución provincial.

## II.C. UCR La Rioja

En “UCR La Rioja”, decidido el mismo día, la Corte debió fallar sobre la validez de la reforma a la Constitución provincial que habilitó una nueva candidatura del gobernador Casas. La cuestión aquí no versaba sobre el texto de la cláusula constitucional que permitía la reelección, sino sobre el procedimiento por el que se la había reformado. Nuevamente, todos los jueces de la Corte se comprometen a aplicar estrictamente el estándar del fallo “UCR Santiago del Estero”: el “equilibrio” entre los “valores” del federalismo y del sistema republicano les exigía ejercer su control con “máxima prudencia” y solo en “excepcionales supuestos, es decir, en los que se evidencia un ostensible apartamiento del inequívoco sentido de las normas de derecho público local”.<sup>61</sup>

En el caso, existían dos planteos contra la reforma constitucional que permitía la reelección de Casas. Por una parte, la Constitución provincial disponía que las enmiendas constitucionales serían sometidas a “consulta popular, que tendrá lugar en oportunidad de la primera elección general que se realice”.<sup>62</sup> Sin embargo, el gobernador había convocado a una elección especial, únicamente a los efectos de tratar la reforma constitucional.

61. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de la Rioja”, considerando 10.

62. Constitución de La Rioja, art. 177.

Por otra parte, la Constitución también disponía, con un lenguaje algo confuso, que la propuesta sometida a consulta popular se tendría por rechazada “si una mayoría de más del 35 % de los votos de los electores inscriptos en el Registro Electoral no la aprueba”.<sup>63</sup> En el caso, la concurrencia a las urnas había sido del 43,95 % del padrón: un 57 % (o 25,48 % del padrón) se había expresado por la aprobación y un 43 % (o 17,9 % del padrón) por el rechazo. ¿Podía considerarse la reforma aprobada?

Los jueces Highton y Rosenkrantz se ciñen a constatar una desviación del texto constitucional, y allí se detienen. Así, ambos votos observan que la expresión “la primera elección general” solo tiene sentido si se trata de una elección que tendría lugar independientemente de la propia consulta;<sup>64</sup> otra interpretación “tornaría incongruente la norma” y la volvía “vacía de contenido”.<sup>65</sup> Ambos jueces se detienen aquí: si la consulta había sido realizada fuera de los procedimientos constitucionales —es decir, apartándose ostensiblemente de su texto— la reforma era inválida de acuerdo con el estándar de “UCR Santiago del Estero”. Nada más quedaba por fallar.

Los jueces de la mayoría, sin embargo, eligen ir más allá de por lo menos dos modos. En primer lugar, en lo que hace al primer cuestionamiento de la reforma, la mayoría no se contenta con invalidar la elección sino que se anuncia que su intervención no sirve “solo para resolver la presente causa” sino “orientar procesos electorales futuros”.<sup>66</sup> Así, no se limita a observar —como los votos de Highton y Rosenkrantz— que una elección *ad hoc* no puede ser “la primera elección general que se realice”, sino que, de modo similar al que lo había hecho en “FpV Río Negro”, se propone realizar una “exégesis normativo-contextual” de la norma para así elegir entre “tres respuestas posibles”.<sup>67</sup>

63. Constitución de La Rioja, art. 84.

64. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de la Rioja”, voto de Rosenkrantz, considerando 5 (“A ninguna otra conclusión puede arribarse pues ella es la única que da sentido a la frase ‘en oportunidad de la primera elección general que se realice’ que se incluye en el texto del artículo 177. Si la expresión ‘primera elección general que se realice’ contenida en el citado artículo 177 pudiese ser entendida como — disponiendo que la aprobación necesaria puede obtenerse en “cualquier oportunidad en que se decida convocar la consulta popular”, coincidiera o no esta con una “elección general”, el texto del artículo 177 no tendría ningún efecto normativo...”).

65. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de la Rioja”, voto de Highton de Nolasco, considerando 5.

66. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de la Rioja”, considerando 21.

67. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de la Rioja”, considerando 24.

Lo interesante es que la interpretación que elige (que “la primera elección general que se realice” refiere en realidad a la “primera elección general que se realice para cubrir el cargo cuya regulación constitucional se procura enmendar”)<sup>68</sup> no surge directa ni indirectamente del texto. Lo que es más: la mayoría reconoce esto, pero nos dice que “a futuro [...] resulta recomendable” adoptar tal interpretación para evitar “confusión” o “manipulación”.<sup>69</sup> Al emitir esta “recomendación” (que, por cierto, no está exenta de sus propios problemas interpretativos),<sup>70</sup> la mayoría busca evitar que se adelante artificialmente la elección a legisladores provinciales con el fin de anticipar una reforma constitucional para permitir la reelección del gobernador en curso.<sup>71</sup> Sin embargo, es inevitable observar lo obvio: a tal punto esto ya no tiene que ver con el “apartamiento ostensible” del texto que se le da alternativamente los títulos de interpretación y de recomendación.

Algo similar ocurre con el otro planteo, acerca del modo en el que se habían contado los votos para proclamar aprobada la reforma. Aquí, sin aclarar si se trata de un caso de “apartamiento ostensible” o no, la mayoría nos anuncia que intervendrá “para evaluar si se ha afectado el compromiso republicano [...] de asegurar que las decisiones del gobierno provincial responden al mandato del pueblo de la manera más inequívoca posible”.<sup>72</sup> La mayoría no cita ningún precedente para fundar el anclaje constitucional de este “compromiso republicano” o para expresar cuáles serían sus límites.

Para realizar este examen, la Corte parte de una particular interpretación de la decisión del Tribunal Electoral de la Provincia. Dados los términos confusos en los que está redactada la cláusula constitucional (que requiere “una mayoría de más del 35 % de los votos de los electores inscriptos” para “rechazar” la propuesta),<sup>73</sup> el tribunal local había concluido que para rechazarse una reforma tenían que suceder dos cosas: la

68. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de la Rioja”, considerando 24.

69. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de la Rioja”, considerando 24.

70. Por ejemplo, la interpretación sugerida por la Corte no resuelve qué elección general debe ser tenida en cuenta para aprobar una reforma constitucional que se propone renovar ambos cargos, o ninguno de ellos.

71. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de la Rioja”, considerando 24.

72. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de la Rioja”, considerando 30.

73. “Toda propuesta que sea sometida a consulta popular obligatoria se tendrá por rechazada por el pueblo si una mayoría de más del treinta y cinco por ciento de los votos de los electores inscriptos en el Registro Electoral no la aprueba”.

mayoría debe haber votado por el rechazo y, además, dicha mayoría debía constituir al menos un 35 % del padrón electoral. En cualquier otro escenario (sea que la mayoría, en cualquier número, vote por la aprobación o, más curiosamente, que el rechazo gane pero sin alcanzar el 35 % del padrón) la reforma queda, *contrario sensu*, aprobada.

La interpretación del tribunal local arroja un resultado problemático: bajo ese sistema, una propuesta de reforma constitucional sometida a “consulta popular” podría quedar aprobada aun siendo rechazada por la mayoría de la ciudadanía.<sup>74</sup> Sin embargo, no es eso lo que ocurrió en el caso de La Rioja, donde la aprobación de la reforma obtuvo más votos que su rechazo. Según una interpretación razonable (y, creo yo, unívoca)<sup>75</sup> de la cláusula, la reforma debió tenerse por aprobada. Rechazar esta aprobación por lo que presumiblemente habría hecho el tribunal provincial si el resultado hubiera sido distinto es algo ajeno a un sistema de control de constitucionalidad como el nuestro que opera sobre casos concretos.

Sin embargo, fue este el camino que la mayoría de la Corte decidió tomar. La mayoría partió de la interpretación realizada por el Tribunal Electoral, que proponía que el rechazo solo puede ser decidido por el 35 % del padrón electoral. Así, se genera una situación asimétrica que inclinaría el juego a favor de las reformas constitucionales: si gana el “no”, debe ganar con al menos el 35 % del padrón electoral, mientras que, si gana el “sí”, no importa con qué mayoría lo haga.

De nuevo: creo que el modo de derrotar esta asimetría problemática es interpretando la cláusula del modo en que lo he hecho en la nota al pie 75, considerando que el 35 % se trata de un umbral de participación y no a favor del rechazo. La Corte, de todos modos, podría haber ignorado este rompecabezas. Sin embargo, opta por un camino mucho más ambicioso,

74. Por ejemplo, digamos que de una consulta participa el 65 % del padrón: un 34 % del padrón vota en contra de la reforma y un 31 % a favor. Dado que más personas votaron contra la reforma, uno creería que la propuesta debe ser rechazada. Sin embargo, en la interpretación del tribunal riojano, dado que los votos contra la propuesta no alcanzaron el 35 % del padrón, debe interpretarse que la propuesta fue aprobada.

75. En mi interpretación, el 35 % al que hace referencia el artículo es un umbral de participación: solo una consulta popular con esa participación mínima puede aprobar una propuesta de reforma. Una vez reunida esa participación, la “mayoría de” esos votantes debe aprobar la propuesta. La redacción negativa (“si una mayoría [...] no la aprueba”) implica que los votos en blanco o impugnados no deben descontarse: los votos afirmativos deben superar a la suma de votos negativos, en blanco e impugnados.

y se propone exponer las condiciones en las cuales es válido tener por expresada la voluntad popular. La objeción que realiza la mayoría al razonamiento del tribunal provincial puede entenderse de tres modos:

a) La mayoría objeta que una reforma pueda tenerse por aprobada sin una cláusula constitucional que lo permita. Es decir: la Constitución provincial solo establece las condiciones en las cuales una reforma puede ser rechazada, y no las que permiten que sea aprobada. Así, las consultas populares que se realicen al respecto siempre girarán en falso: no hay mayoría capaz de hacer lo que la Constitución no la habilita a hacer. Dicho de otro modo, nunca podría haber una reforma constitucional válida en La Rioja: incluso si el 100 % del padrón votara a favor de determinada reforma, esto significará a lo sumo que la propuesta no fue rechazada.

b) La mayoría objeta la posibilidad, en un caso hipotético posible bajo la interpretación del tribunal provincial, en el cual una reforma se tiene por aprobada *a pesar* de haber triunfado su rechazo si este rechazo no obtuvo al menos el 35 % del padrón electoral. En este caso, existiría una especie de presunción a favor de la reforma propuesta por la Legislatura que debería ser revertida por el electorado en número suficiente. De todos modos, no es el caso que se encontraba analizando la Corte: la mayoría de los votantes había aprobado la reforma.

c) La mayoría objeta que, existiendo un umbral mínimo para el rechazo, no lo exista para la aprobación. Es decir, la mayoría está objetando que una reforma constitucional pueda aprobarse por cualquier mayoría calculada sobre cualquier porcentaje de participación electoral. Si es esta la objeción, ante el silencio del texto constitucional, la Corte se ve obligada en cada caso de triunfo de la opción por la aprobación a determinar un umbral mínimo que debió haber obtenido.

Es difícil optar por cualquiera de estas interpretaciones del voto de la mayoría. La Corte plantea el problema como si se tratara de la primera de ellas,<sup>76</sup> empieza su razonamiento como si se tratara de la segunda<sup>77</sup>

76. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de la Rioja”, considerando 30. (“Corresponde entonces concretamente examinar si la decisión del Tribunal Electoral Provincial según la cual la modificación de la Constitución no requiere un acto expreso de aprobación en ese sentido de la ciudadanía (sino que la falta de rechazo puede implicar —a “contrario sensu”— la aprobación) resulta una lectura compatible con el principio republicano según el cual la única fuente de la ley es la decisión soberana del pueblo”).

77. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de la Rioja”, considerando 33. (“[E]l principal inconveniente [...] que presenta la lectura del artículo 84 efectuado por las autoridades

y finalmente concluye con la tercera.<sup>78</sup> El problema de esta ambigüedad no es solo de la Provincia de La Rioja —que deberá vérselas con esta ambigüedad el día que quiera realizar otra reforma constitucional— sino también de la jurisprudencia argentina: ¿está la Corte realmente castigando una desviación del texto, o está imponiendo exigentes requisitos para la realización de cualquier reforma constitucional? Cuando la Corte afirma que “el principal inconveniente [...] que presenta la lectura del artículo 84 efectuado por las autoridades riojanas, es que pone en cabeza de la legislatura provincial la potestad de modificar la Constitución sin que el pueblo explicita su voluntad en el mismo sentido”,<sup>79</sup> ¿está invalidando todo mecanismo de reforma constitucional que no recurra a una elección popular?<sup>80</sup> Cuando objeta la aprobación de la reforma con “únicamente el 25,48 % de los electores”,<sup>81</sup> ¿está diciendo que se requiere un umbral mínimo —que no identifica— para aprobar reformas constitucionales? Este umbral mínimo, ¿sería también válido en elecciones para cargos públicos?<sup>82</sup>

La Corte deja estas preguntas sin responder, y no las responderemos aquí, pero sí podemos afirmar que la Corte está mostrando, con más claridad aún que en “FpV Río Negro”, una vocación por controlar los procesos electorales provinciales mucho más allá del estándar del “ostensible apartamiento” del texto. Sin embargo, en ambos fallos la mayoría de la Corte

---

riojanas, es que pone en cabeza de la legislatura provincial la potestad de modificar la Constitución sin que el pueblo explicita su voluntad en el mismo sentido. [...] No importa entonces cuántos votantes estén a favor de la reforma, sino que se exige saber cuántos están dispuestos a rechazarla”).

78. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de la Rioja”, considerando 36. (“[U]na comprensión republicana del proceso democrático no avala la interpretación que pretenda sostener que el 35 % debe ser alcanzado únicamente por los votos emitidos a favor del ‘NO’. Ese planteo implica considerar que la voluntad de todos los ciudadanos que no fueron a votar o que votaron en blanco fue aprobar la reforma, lo cual no traduce la conformación de una mayoría explícita a favor del cambio constitucional propuesto”).

79. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de la Rioja”, considerando 34.

80. Muchísimas constituciones que no dudaríamos en llamar republicanas poseen procesos de reforma que pasan solo por los poderes constituidos, como la de los Estados Unidos (Artículo V), Bélgica (art. 195), México (art. 135), etc.

81. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de la Rioja”, considerando 29.

82. Siguiendo la misma fórmula que utiliza la mayoría en este fallo, podríamos lamentarnos de que —por decir algo— Cristina Fernández haya sido electa presidenta de la Nación en 2007 con “solo” un 31 % de los votos (ya que la votó un 45 % del 76 % del padrón que concurrió a votar y votó afirmativamente).

guardó una deferencia formal al texto que le permitía afirmar, así fuera superficialmente, que no había hecho más que garantizar el cumplimiento de las instituciones locales según las propias provincias las habían diseñado. Veremos cómo abandona esta pretensión en “Evolución Liberal”.

### III. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN SAN JUAN Y TUCUMÁN

Así, 2023 nos encontró en una situación ambigua. La Corte había ya consolidado una doctrina en cuanto a que solo el “apartamiento ostensible del sentido unívoco” de las normas de derecho público local podía motivar la intervención de la Corte en elecciones locales. A su vez, de todos modos, había anticipado una pronunciada voluntad de estirar esta doctrina si de impedir reelecciones se trataba. Era solo cuestión de tiempo hasta que un caso pusiera en tensión la doctrina con su aplicación.

El 14 de mayo de 2023 debían realizarse cinco elecciones provinciales, en el que sería el domingo de mayor intensidad electoral hasta octubre. El martes 9, sin embargo, la Corte Suprema irrumpió en las noticias nacionales con una novedad fulgurante: había ordenado la suspensión cautelar de dos de esas elecciones. Según la Corte, tanto en San Juan como Tucumán, si sus constituciones provinciales “permitiese[n] una nueva candidatura del gobernador [...] podría[n] resultar de problemática consonancia con la pauta republicana” de “periodicidad y renovación de las autoridades”.<sup>83</sup>

El gobernador de Tucumán renunciaría a su candidatura a vicegobernador dos días después, por lo que la Corte levantó la suspensión casi inmediatamente, sin expedirse sobre el fondo de la cuestión y sin declarar la cuestión abstracta.<sup>84</sup> La elección, finalmente, se realizó en junio, y a la fecha de entrega de este trabajo, todavía no se había decidido el fondo de la cuestión.<sup>85</sup>

83. Véase CSJN, “Evolución Liberal”, considerando 1, al que remite la Corte también en CSJN, “Partido por la Justicia Social c/ Tucumán...”, considerando 3.

84. CSJN, “Partido por la Justicia Social c/ Tucumán...”.

85. Acaso jamás exista sentencia sobre el fondo, no solo porque la cuestión ha devenido abstracta, sino porque desde el levantamiento de la cautelar nadie ha instado el expediente. Sin embargo, existe también una acción de amparo que el propio Manzur había presentado para que se le permitiera ser candidato, lo que fue había sido habilitado por la Corte Suprema de Justicia de Tucumán. Los impugnantes recurrieron esta decisión por vía del recurso extraordinario y también esta causa se encuentra pendiente de resolución en el Expediente CSJ 231/2023, “Manzur, Juan Luis s/ amparo”.

El gobernador de San Juan, en tanto, anunció que de ningún modo bajaría su candidatura. La Corte estaba obligada a fallar sobre el fondo.

Ya la resolución cautelar, de todos modos, mostraba que algo estaba cambiando. Allí, la Corte afirma nuevamente estar siguiendo el precedente “UCR Santiago del Estero”, que —recordemos— exige un “ostensible apartamiento del sentido unívoco” del texto constitucional para intervenir en cuestiones electorales locales. Sin embargo, a fin de conceder una medida cautelar —es decir, a fin de fundar una verosimilitud en el derecho de tal calibre que permitiese nada menos que suspender una elección para cargos ejecutivos— la Corte ni siquiera analiza el texto (en ambos casos, se limita a reproducirlo al resumir los antecedentes de la causa, pero no al momento de plasmar su razonamiento jurídico).<sup>86</sup>

Esta importante omisión presagiaba un cambio de jurisprudencia. En efecto, conceder una medida cautelar en estas condiciones, siguiendo el precedente “UCR Santiago del Estero” como la Corte afirma hacer, implicaba algo así como un triple grado de certeza: el propio estándar fijado en “UCR Santiago del Estero” supone que el texto debe tener un sentido “unívoco” y que el apartamiento de dicho sentido debe ser “ostensible”; a esto se suma que para conceder una medida cautelar al respecto dicho apartamiento debe ser además altamente “verosímil”. Uno podría especular con el significado acumulativo de estos tres grados de certeza: si el sentido de un texto es unívoco, ¿podría existir un apartamiento “no ostensible” de dicho sentido? Si el apartamiento es “ostensible”, ¿puede dictarse una medida cautelar que no explique por qué esto es así?

Exploremos los textos de ambas constituciones provinciales para evaluar si podía decirse con tanta seguridad que Manzur y Uñac se habían apartado ostensiblemente de ellos.

### III.A. Tucumán

Empecemos por Tucumán. Allí, la Constitución provincial establece lo siguiente:

Art. 90. El Gobernador y el Vicegobernador duran cuatro años en sus funciones y podrán ser reelectos por un período consecutivo.

86. CSJN, “Evolución Liberal”, considerando 1; CSJN, “Partido por la Justicia Social c/ Tucumán...”, considerando 1.

El Vicegobernador, aun cuando hubiese completado dos períodos consecutivos como tal, podrá presentarse y ser elegido Gobernador y ser reelecto por un período consecutivo. Si el Gobernador ha sido reelecto para un segundo período consecutivo no puede ser elegido nuevamente, sino con el intervalo de un período. Lo mismo resulta de aplicación para el cargo de Vicegobernador.

Una lectura lineal permite extraer las siguientes conclusiones:

- a) El gobernador puede ser reelecto consecutivamente en el cargo solo una vez.
- b) El vicegobernador puede ser reelecto consecutivamente en el cargo solo una vez.
- c) El vicegobernador, haya tenido uno o dos mandatos consecutivos, puede ser electo gobernador inmediatamente.
- d) No está resuelto explícitamente, por último, cuándo el gobernador puede ser electo vicegobernador: la tercera oración del artículo dice que tras dos mandatos de gobernador consecutivo ya no podrá ser “elegido”, pero no dice para qué cargo.

Esta última es, precisamente, la pregunta que suscitó la presentación de la candidatura de Juan Manzur. Manzur había sido vicegobernador durante dos periodos consecutivos y luego gobernador por otros dos: ¿podía ahora buscar un nuevo mandato como vice?

La Corte Suprema de Tucumán había decidido que sí: todo aquello que no está prohibido está permitido; ser candidato a vicegobernador es, en principio, un derecho constitucional, y las restricciones a los derechos electorales deben ser entendidas de modo restrictivo, por lo que ante el silencio de la norma cabe suponer que debía estar permitido.<sup>87</sup> Podrá decirse cualquier cosa de esta interpretación (yo, por ejemplo, creo que es incorrecta),<sup>88</sup>

87. Corte Suprema de la Provincia de Tucumán, “Manzur Juan Luis vs. Superior...”. De modo interesante, la sentencia dedica más espacio a explicar por qué la Corte Suprema no debe revisarla que a fundar su propia decisión.

88. Según la Constitución tucumana (art. 89) se requieren los mismos requisitos para ser electo vicegobernador que para ser electo gobernador, lo que tiene sentido ya que en cualquier momento el vicegobernador puede terminar ocupando el cargo de gobernador. Uno de los requisitos para ser electo gobernador es, precisamente, no haber sido gobernador los dos mandatos inmediatamente anteriores. Así, una persona que no puede presentarse como candidato

pero no que sea textualmente imposible o que se “aparte ostensiblemente” de un texto que, de nuevo, no resuelve la cuestión. Si una interpretación como esta es meramente posible —nos dice Rosenkrantz en “FpV Río Negro” siguiendo “UCR Santiago del Estero”<sup>89</sup>— cabe ser deferente a la decisión de la justicia local de permitirle a Manzur presentarse.

### III.B. San Juan

El caso de San Juan es, creo, más claro. Veamos la Constitución provincial: “Artículo 175.- El gobernador y el vicegobernador duran cuatro años en el ejercicio de sus funciones y pueden ser reelegidos consecutivamente hasta dos veces”.

Sergio Uñac había sido vicegobernador durante un periodo (2011-2015) y luego fue electo dos veces consecutivas como gobernador (2015-2019 y 2019-2023). Quienes lo impugnaron denunciaban que este nuevo mandato para el que se postulaba era, en realidad, una *tercera* reelección, prohibida por este artículo. Sin embargo, el artículo 175 no resuelve explícitamente cómo contar mandatos en los distintos cargos del binomio a los efectos de la limitación de la reelección. Ya que el texto no realiza distinción alguna entre ambos cargos, se presentan por lo menos dos alternativas:

- a) La limitación a la reelección se aplica a ambos cargos por igual, por lo que se permiten tres mandatos consecutivos contando las funciones ocupadas en cualquiera de los dos cargos, o
- b) La limitación corre separadamente para cada cargo, por lo que una misma persona puede ocupar tres veces consecutivas cada uno de los cargos. Esta interpretación, por cierto, no necesariamente implica que una misma persona pueda tener más de seis mandatos consecutivos.<sup>90</sup>

---

a gobernador, lógicamente, tampoco puede hacerlo como candidato a vicegobernador.

89. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, disidencia de Rosenkrantz, considerando 8.

90. Ensayemos, por ejemplo, la siguiente interpretación: el artículo 175 de la Constitución sanjuanina permite dos reelecciones sucesivas, pero ninguna más. Es decir, el único tipo de reelección que permite, es aquella que se busca desde el cargo; una vez abandonado el cargo, el (vice)gobernador ya no puede volver a él. Es cierto que este diseño es atípico,

La primera interpretación limita más que la segunda la cantidad de mandatos consecutivos en alguno de los cargos que puede tener una misma persona. Sin embargo, ¿es la única posible? Parecería que no.

En primer lugar, una somera lectura del texto constitucional (es decir, todo lo que hay que hacer para aplicar UCR Santiago del Estero) revela que el artículo permite dos “reelecciones” consecutivas. Es muy difícil entender que “reelección” no es “elegirse de nuevo” para el mismo cargo, o que uno pueda “reelegirse” para un cargo que no ocupa. Cuando se especulaba con que el entonces vicepresidente Julio Cobos competiría por la presidencia en 2011,<sup>91</sup> ningún diario tituló que estaba buscando su “reelección” (de hecho, si se hubiera dado la competencia entre el vicepresidente Cobos y la presidenta Fernández de Kirchner, se habría dado una situación insólita en la que los dos contendientes buscaban la “reelección” para el mismo cargo). En definitiva, hay que forzar mucho el texto para asegurar que Uñac se “reeligió” dos veces y no solo una, en 2019. En 2023, Uñac buscaba su segunda “reelección”.

En segundo lugar, tampoco parece que una interpretación que equipare completamente los cargos de vicegobernador y gobernador sea requerida por el texto o el sistema constitucional sanjuanino. Que el artículo 175 de la Constitución provincial regule ambos cargos de forma conjunta, no implica que sea obvio que los mandatos de ambos deban ser adicionados sin más. De hecho, en la misma reforma constitucional de 2011 en la que se agregó la posibilidad de una segunda reelección, también se quitó una cláusula que regulaba precisamente esta cuestión. El anterior artículo 175 de la Constitución sanjuanina disponía:

---

pero se adecua perfectamente al texto. El artículo constitucional no permite explícitamente las reelecciones no consecutivas. Volver a mismo cargo, así sea después de un interludio, es una “reelección” —de lo contrario, el artículo no se molestaría en especificar que está regulando las reelecciones “consecutivas”. Si el artículo especifica que puede reelegirse consecutivamente, es porque no puede hacerlo de no modo consecutivo. Si bien con certeza esta no es la interpretación hoy imperante en San Juan, tampoco puede decirse que sea irrazonable, o que no pueda ser adoptada en el futuro si fuera necesario limitar un nuevo mandato de Uñac. Los exmandatarios son figuras incómodas, cuya gravitación a veces es un obstáculo para sus sucesores. No sería irrazonable que una constitución quiera evitar la amenaza electoral de los exgobernadores. Una, dos o tres veces seguidas, pero después a la casa. Esta interpretación, consistente con el texto y con la limitación de los mandatos, habría permitido la candidatura de Uñac. Agradezco la inspiración para esta interpretación a Mariela Puga.

91. Diario La Nación, “Confirman la candidatura de Cobos para...”.

El Gobernador y el Vicegobernador duran cuatro años en el ejercicio de sus funciones y pueden ser reelegidos consecutivamente una sola vez. *El gobernador y el vicegobernador reelectos no pueden postularse para el período siguiente como miembros del Poder Ejecutivo.*

La cláusula subrayada fue eliminada en la reforma constitucional, lo que lleva a un constitucionalista sanjuanino a concluir que “la voluntad indudable en 2011 fue la de derogar la prohibición expresa de sucesión recíproca en los cargos de gobernador y vicegobernador”.<sup>92</sup> En efecto, si atendemos a la conocida pauta hermenéutica de que la redundancia del legislador no se presume,<sup>93</sup> debemos interpretar que la primera cláusula, por sí sola, no resolvía la pregunta acerca de si una persona que ocupó uno de estos cargos dos veces consecutivas puede presentarse inmediatamente para el otro (ya que eso habría vuelto la segunda oración redundante). Al eliminar la segunda oración (y dejar la primera con una redacción idéntica en este punto), mal podría interpretarse que ahora sí la misma proposición brinda una respuesta unívoca al mismo caso. Esto no quiere decir que permitir la rotación en los cargos haya sido necesariamente la voluntad psicológica de quienes, en efecto, votaron la reforma.<sup>94</sup> Sin embargo, mínimamente, sí demuestra que la interpretación de la cláusula es compleja y no hay manera de decir que la candidatura de Uñac se estaba “apartando ostensiblemente” del texto de la Constitución.

En síntesis, cualesquiera hayan sido los méritos de las candidaturas e incluso existiendo otros argumentos constitucionales posibles, ni en el caso de Tucumán y menos aún en el caso de San Juan podía advertirse un “apartamiento ostensible” del texto constitucional. Si uno interpreta que

92. TRIPOLONE, “Elecciones nacionales y subnacionales en Argentina...”.

93. Un fallo que ha utilizado este estándar no es otro que CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro”, considerando 23 (“La primera regla de interpretación consiste en respetar la voluntad del legislador y, en tal sentido, cabe estar a las palabras que ha utilizado; si la ley emplea determinados términos la regla de interpretación más segura es la que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito...”).

94. Por una parte, en la versión taquigráfica de la sesión en la que se aprobó la reforma constitucional, no hay ni una sola mención a la razón de la supresión de esta cláusula, véase *Cámara de Diputados de la Provincia de San Juan*, “Versión Taquigráfica: Segunda Sesión Extraordinaria”. Por otro lado, ante las suspicacias despertadas en la oposición, un medio periodístico reportó que el entonces gobernador afirmó que la cláusula se suprimía simplemente por ser “redundante”, véase *La Nación*, “San Juan habilitó la reelección de...”.

el precedente UCR Santiago del Estero solo permitía la intervención de la Corte Suprema en esos casos, entonces, puede concluirse que, contra lo que anunció la medida cautelar, no se encontraba realmente siguiendo el precedente UCR Santiago del Estero. Contra lo que sostuvo, por ejemplo, María Angélica Gelli, las críticas a la intempestividad del fallo sí tenían asidero:<sup>95</sup> quien haya asesorado a Uñac acerca de sus posibilidades de éxito en la Corte, basándose en el precedente UCR Santiago del Estero, habría tenido razón en errar en su predicción —salvo que, en realidad, UCR Santiago del Estero albergara una ambición más profunda—. Esto es lo que parece haber quedado demostrado en el fallo de fondo.

#### IV. LA EVOLUCIÓN DE “EVOLUCIÓN LIBERAL”

“UCR Santiago del Estero” ya contenía el germen antireeleccionista de “Evolución Liberal”. El “apartamiento ostensible” que se denunció allí no versaba sobre cualquier norma, sino que era un apartamiento que permitía una nueva reelección, y esto fue notado en todos los fallos que se sucedieron en la materia. Toda esta saga es sobre más que el texto, y “Evolución Liberal” lleva esta prescindencia del texto a un nuevo nivel. Si bien el voto de los jueces Maqueda y Rosatti todavía busca cierta ambigüedad acerca de la importancia del texto, el juez Rosenkrantz vuelve explícita esta innovación: el nuevo mandato de Uñac sería en sí mismo —nos dice— contrario a la forma republicana de gobierno, y no por apartarse ostensiblemente de texto alguno.

#### IV.A. El voto de los jueces Maqueda y Rosatti

A diferencia de sus votos en FpV Río Negro y UCR La Rioja, el voto de los jueces Maqueda y Rosatti ya ni siquiera se declara hijo de UCR

95. GELLI, “La suspensión de elecciones provinciales y...” (“El significado primario de atenerse al precedente, desde el punto de vista jurídico e institucional, refiere al cumplimiento leal de las decisiones de la Corte Suprema en los casos concretos [...] Según señaló la Corte Suprema en varios de los antecedentes arriba citados y en las medidas cautelares concedidas, considerar y aplicar los precedentes en la materia ‘despeja suspicacias propias de la materia electoral’. Tal como debió suceder en estas causas, si los que vertieron sus críticas —a las que tienen derecho— hubiesen examinados los precedentes”).

Santiago del Estero (como sí lo hacía la medida cautelar) ni busca ningún “apartamiento ostensible del sentido unívoco” del texto de la Constitución local. Al iniciar el voto, los jueces enmarcan su razonamiento en la pregunta de si la Provincia de San Juan, “al oficializar la candidatura [de Uñac] al amparo de una interpretación determinada del artículo 175 de su norma suprema local, lesionó la ‘esencia del sistema representativo republicano’”.<sup>96</sup> Como se ve, ya no se trata de saber si la provincia se apartó de un único sentido que podía tener la norma, sino que se trata de saber si la interpretación que le dio a la norma —independientemente de si era textualmente adecuada o no— era compatible con el sistema republicano. Un verdadero desafío, ya que estamos hablando de un caso que tramitó por la vía de la competencia originaria, por lo que no sabemos a ciencia cierta cuál fue la interpretación de los órganos locales encargados de ello.

Los jueces Maqueda y Rosatti, entonces, buscan la interpretación del derecho local en la contestación de demanda, en la que “la propia demandada afirma que la candidatura de Uñac [...] solo puede fundarse en una interpretación del artículo 175 de la Constitución provincial según la cual el límite de tres mandatos consecutivos rige exclusivamente para el mismo cargo”.<sup>97</sup> Así, concluyen que dicha postura “se encuentra en franca contraposición con la pauta republicana consagrada en el artículo 5 de la Constitución Nacional ya señalada en el precedente [FpV Río Negro]” ya que “ello significaría que Uñac podría desempeñarse como gobernador y vicegobernador de manera consecutiva e indefinida”.<sup>98</sup> Finalmente, descarta que la alternancia entre los cargos de gobernador y vicegobernador tenga alguna importancia: “la sucesión indefinida entre ambos cargos burlaría el sentido de la pauta republicana del artículo 5 de la Constitución Nacional”.<sup>99</sup> Por todos estos motivos, “la candidatura de Uñac [...] resulta inválida pues se funda en una interpretación contraria al artículo 5 de la Constitución Nacional”.

El voto, veremos, busca cierta ambigüedad que genera un sinfín de preguntas. Así, en todo momento resulta ambiguo en cuanto a la importancia del texto de la Constitución local al momento de decidir si la candidatura de Uñac es inconstitucional. Como ya vimos, existen interpretaciones

96. CSJN, “Evolución Liberal”, voto de Maqueda y Rosatti, considerando 8.

97. CSJN, “Evolución Liberal”, voto de Maqueda y Rosatti, considerando 9.

98. CSJN, “Evolución Liberal”, voto de Maqueda y Rosatti, considerando 9.

99. CSJN, “Evolución Liberal”, voto de Maqueda y Rosatti, considerando 9.

posibles de la Constitución local que no permiten la reelección indefinida,<sup>100</sup> y jamás sabremos si el tribunal superior de la provincia habría adoptado la una de estas interpretaciones.

Una vez que advertimos esto, también notamos que es extraño prohibir una candidatura por la “interpretación” que la permite en lugar de prohibir (como propone Rosenkrantz) la candidatura en sí misma. Me explico: Rosenkrantz sostiene que la candidatura de Uñac a un tercer mandato como gobernador (o cuarto, contando el de vicegobernador) es inconstitucional en sí misma, independientemente de lo que diga la Constitución local o cómo se interprete. Esta solución lo exime de la tarea de interpretar derecho local.

El voto de Maqueda y Rosatti, por el contrario, es ambiguo al respecto. No declara inconstitucional la candidatura en sí misma (ya que, por ejemplo, en ningún momento nos dice que efectivamente tres o cuatro mandatos sean excesivos). Declaran inconstitucional la candidatura en cuanto esta es permitida por cierta interpretación. Entonces, uno podría especular, ¿si la candidatura hubiera sido posibilitada por otra interpretación que no permitiera la permanencia en el Ejecutivo, sí habría sido autorizada? Esto resulta francamente inusual: si el tercer mandato de Uñac no llega a violar la forma republicana de gobierno en sí misma, es difícil sostener que se vuelve antirrepublicano por la posibilidad de que algún mandato futuro sí lo haga. En todo caso, la Corte podrá actuar el día que eso pase, pero no antes. De lo contrario, se llegarían a resultados absurdos. Una implicancia lógica de este razonamiento de la Corte, por ejemplo, es que todas las candidaturas a gobernador de San Juan serían inconstitucionales, ya que todas se realizaron bajo la misma interpretación de la norma. Si esto nos parece alocado, es porque creemos que lo que la Corte deseaba invalidar era precisamente el tercer mandato de Uñac en sí mismo, y no solo el que se tiene bajo una interpretación determinada.

El voto de Maqueda y Rosatti, nos ha traído así a un lugar innovador sin aviso. Al fallar “FpV Río Negro” nos habían advertido que lo fallaban “en el mismo sentido” que UCR Santiago del Estero, y en “Evolución Liberal” nos dicen que fallan “en el mismo sentido” que “FpV Río Negro”, pero de ningún modo se mantiene la propiedad transitiva: en “FpV Río Negro” todavía afirmaban que intervendrían ante un apartamiento ostensible

100. Diario La Nación, “Confirman la candidatura de Cobos para...”.

del texto constitucional; en “Evolución Liberal”, en cambio, intervienen en defensa de una “pauta republicana” que no definen con precisión pero que parece referir a la prohibición de la permanencia indefinida en cargos ejecutivos. Este principio, sin embargo, es nuevo en la jurisprudencia de la Corte. Si bien ya había aparecido en el voto de estos jueces en “FpV Río Negro”, dicho fallo todavía pretendía montarse sobre una interpretación textual de la Constitución rionegrina, por lo que no pareció necesario entonces justificarlo demasiado. En “Evolución Liberal”, en cambio, ya no hay un incumplimiento textual al que culpar, por lo que esta “pauta republicana” es el único motivo capaz de justificar la prohibición de la candidatura. Así y todo, el voto nos deja sin mayores explicaciones de cómo la reelección indefinida vulnera la forma republicana de gobierno. Volveremos sobre esto en el Capítulo VI.

#### **IV.B. El voto de Rosenkrantz**

Al dictar la medida cautelar junto con sus colegas, y al igual que había hecho en sus votos en “UCR La Rioja” y en “FpV Río Negro”, Rosenkrantz había anunciado que seguiría el precedente UCR Santiago del Estero. Sin embargo, al fallar el fondo, rápidamente descarta que este caso se tratara del apartamiento ostensible del texto. En cuatro líneas nos dice que este planteo “debe ser desestimado de plano” ya que no se ha demostrado que la provincia “se haya apartado de su texto constitucional de manera manifiesta”<sup>101</sup> y pasa a otra cosa. A pesar de la verosimilitud en el derecho que había justificado la concesión de una medida cautelar, no solo no hubo apartamiento ostensible, sino que la hipótesis ni siquiera merece una consideración detallada: Uñac se estaba presentando dentro del significado posible de la constitución sanjuanina. Por eso, y a diferencia de Maqueda y Rosatti, Rosenkrantz está explícitamente anunciando que la jurisprudencia de la Corte en esta materia está experimentando un cambio radical y dedica varias páginas a justificar este cambio.

Ya desde el comienzo nos dice que se trata de encontrar un equilibrio entre dos polos igualmente inadmisibles: uno que postule que ninguna reelección es posible (como podrían proponerlo “algunas concepciones del

101. CSJN, “Evolución Liberal”, voto de Rosenkrantz, considerando 4.

sistema republicano”)<sup>102</sup> y otro que considere que no hay ningún problema con las reelecciones indefinidas.<sup>103</sup> Esta premisa contiene su conclusión: justamente lo que se propone Rosenkrantz en su voto es mostrar que la reelección indefinida es inadmisibles en un sistema republicano, algo que hasta ahora la Corte no había sostenido.

El voto de Rosenkrantz consta de un argumento central, reforzado por elementos históricos y comparativos. El argumento central de Rosenkrantz es que la reelección indefinida acarrea consecuencias negativas para el principio de separación de poderes y al derecho a competir en elecciones en condiciones de igualdad (ínsitos a la forma republicana de gobierno).<sup>104</sup> Así, en buena medida replicando los argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>105</sup> y de la Comisión de Venecia,<sup>106</sup> Rosenkrantz nos advierte que la permanencia en el poder por periodos prolongados acarrea el peligro de que una misma persona termine por nombrar a una porción creciente, acaso mayoritaria, de quienes ocupan cargos en el Poder Judicial, que debe ser independiente. Para ejercer su función correctamente, estos funcionarios deben ser nombrados por mandatos que se superpongan solo parcialmente con los del titular del Poder Ejecutivo, lo que no puede ocurrir si este se prolonga indefinidamente.<sup>107</sup> Es importante destacar que a diferencia de Maqueda y Rosatti (que parecen encontrar algún valor intrínseco en la “renovación” de las autoridades), para Rosenkrantz la prohibición de las reelecciones indefinidas parece presentar un carácter instrumental, acaso contingente. Volveré sobre esto más adelante.<sup>108</sup>

Una vez que hubo concluido que la reelección indefinida vulnera la forma republicana de gobierno, todavía restaban tres especificaciones cruciales para resolver el caso concreto: si estos argumentos se aplican a un gobernador igual que a un presidente, si el puesto de vicegobernador es

102. CSJN, “Evolución Liberal”, voto de Rosenkrantz, considerando 5.

103. CSJN, “Evolución Liberal”, voto de Rosenkrantz, considerando 5.

104. CSJN, “Evolución Liberal”, voto de Rosenkrantz, considerando 12.

105. Corte IDH, “Opinión Consultiva 18/21”, citada en CSJN, “Evolución Liberal”, voto de Rosenkrantz, considerando 14.

106. Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, Opinión N.º 908/2017, CDL-AD(2018)010.

107. CSJN, “Evolución Liberal”, voto de Rosenkrantz, considerando 14.

108. Véase *infra* Capítulo VI.

equiparable al de gobernador a los efectos de contar el número de mandatos y, finalmente, cuántos mandatos consecutivos resultan permisibles. Sin estas especificaciones, el principio general contra la reelección indefinida no puede aplicarse judicialmente: de algún modo hay que contar los mandatos para saber cuántos son muchos. Sin embargo, aquí también es donde se aprecia con más claridad la dificultad de que sea el Poder Judicial quien realice estas comprobaciones.

En cuanto al primer punto, Rosenkrantz realiza consideraciones sobre la forma republicana de gobierno que considera aplicables tanto al Estado provincial como al nacional: “no existe razón alguna” para diferenciar entre ellos a este respecto.<sup>109</sup> En esto, su opinión va en línea con la Comisión de Venecia, que también extendió a los gobernadores sus conclusiones con respecto a los presidentes.<sup>110</sup> Sin embargo, curiosamente, en este punto también se aparta de la práctica de los Estados Unidos: si bien es cierto que la historia de aquel país ha asegurado la prohibición de una segunda reelección del presidente, lo que es invocado por Rosenkrantz como un argumento a favor de su posición, también es cierto que varios Estados permiten la reelección indefinida de sus gobernadores sin que esto haya merecido ningún cuestionamiento federal.

Sin embargo, creo que este razonamiento omite un punto central: a diferencia de los presidentes, los gobiernos provinciales siempre están sujetos, en última instancia, a la autoridad federal. Ninguno de los argumentos contra la reelección indefinida castiga la reelección en sí misma, sino a sus consecuencias relativamente contingentes. Un Estado provincial que sufra esas consecuencias puede ser rescatado por una intervención del gobierno federal; un gobierno nacional que las sufra no tendrá quien lo rescate. Esta diferencia central fácilmente podría justificar una regla más rígida contra la reelección a nivel nacional que a nivel provincial: al momento de evaluar los beneficios y riesgos de permitir la reelección indefinida, la Nación provee a las provincias un tipo de aseguramiento contra la tiranía que les posibilita tomar mayores riesgos en su diseño institucional.<sup>111</sup> Por ejemplo,

109. CSJN, “Evolución Liberal”, voto de Rosenkrantz, considerando 14.

110. Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, Opinión N.º 908/2017, CDL-AD(2019)007.

111. Así, comentando la cláusula análoga en la Constitución estadounidense, Akhil Reed Amar interpreta que esta “ofrece algún tipo de política de aseguramiento democrático”. Véase AMAR, *America's Constitution. A Biography*, p. 280.

la mayoría de las provincias argentinas tienen legislaturas unicamerales, que —al menos en la sabiduría convencional del diseño institucional— son más riesgosas en términos republicanos.<sup>112</sup> Me permito aventurar que estas legislaturas unicamerales nos preocupan bastante menos de lo que nos preocuparía un Congreso Nacional unicameral.<sup>113</sup>

Otra equiparación que merece justificación es la del gobernador con la del vicegobernador. Aquí, Rosenkrantz nos dice que las distintas funciones entre ambos cargos no afectan “de modo alguno” la equiparación entre ambos cargos a los efectos de la reelección, ya que al ser el vicegobernador el remplazante natural del gobernador su reelección “reviste análoga trascendencia a los fines del respeto al sistema republicano”.<sup>114</sup> Este argumento no me resulta convincente: que entre las facultades del vicegobernador se encuentre remplazar al gobernador no implica que efectivamente lo haya hecho, o al menos no como para considerarlo equiparado a él. En todo caso, este argumento permitiría descartar que quien haya sido gobernador durante alguna cantidad de periodos consecutivos se presente inmediatamente como vicegobernador, ya que ahí sí existiría la posibilidad de que alguien que no debió haber sido gobernador lo sea.

Recordemos que, para Rosenkrantz, la prohibición de la reelección indefinida se basa en una probabilidad inaceptablemente alta de que una misma persona haya nombrado una gran cantidad de funcionarios del Poder Judicial o de que goce de excesivas ventajas electorales debido al control de resortes gubernamentales. Extender este razonamiento al vicegobernador parece depender de la constatación empírica —para nada obvia— de que el vicegobernador, a pesar de no ser el titular del Poder Ejecutivo, haya participado de modo sustancial en dichos nombramientos o de que haya gozado de las mismas ventajas que su compañero de fórmula. Si bien esto es posible, está lejos de ser una constante empírica que justifique una regla general. A tal punto esto es así, que muchas constituciones que normalmente llamaríamos republicanas, como la de los Estados Unidos,<sup>115</sup>

112. Para una exposición clásica de los riesgos del unicameralismo, véase RIKER, “The Justification of Bicameralism”.

113. Creo que esto es cierto incluso descontando el valor del bicameralismo para preservar la participación de las unidades federadas en el gobierno federal.

114. CSJN, “Evolución Liberal”, voto de Rosenkrantz, considerando 19.

115. Constitución de los Estados Unidos, Sección 1 y Enmienda 22, art. II.

Uruguay<sup>116</sup> o Paraguay,<sup>117</sup> mientras bloquean la reelección presidencial permiten que el vicepresidente sea candidato a presidente. Acaso sería bueno que “los ensayos y búsquedas”<sup>118</sup> del sistema federal (el “laboratorio de la democracia”, como los llamó la jurisprudencia estadounidense)<sup>119</sup> contemplan el experimento de un vicegobernador que cobije la esperanza de remplazar a su compañero de fórmula esperando su turno electoral y no conspirando contra él.

Llegamos así a la pregunta final: ¿cuántos mandatos son demasiados mandatos? De nuevo aquí queda expuesta la dificultad de que el Poder Judicial evalúe la ruptura del régimen republicano de gobierno: según el propio razonamiento de Rosenkrantz, la ruptura se produce con la constatación de ciertas consecuencias empíricas que son difíciles de discernir de un momento para otro. Sobre el final de su voto, de hecho, nos dice que

[...] [l]a degradación de un gobierno republicano y la conversión en su opuesto no es un hecho instantáneo, sino el resultado de un proceso gradual que se concreta en corrimientos muchas veces insignificantes, fragmentarios y que, por esa condición, corren el riesgo de no ser percibidos por los ciudadanos y las autoridades que [...] deberían contrarrestarlos.<sup>120</sup>

Sin embargo, es justamente esta dificultad la que impide delimitar con precisión cuántos mandatos son excesivos. Rosenkrantz nos dice que “... [n]o existe duda de que habilitar que una persona se desempeñe durante dieciséis años ininterrumpidos en los más altos cargos provinciales impone un costo inaceptablemente alto a los valores que encarna el sistema republicano”.<sup>121</sup> De nuevo, no hay aquí una constatación empírica específica sobre el caso sanjuanino sino la aplicación de un principio general:

116. Constitución de la República Oriental del Uruguay, art. 152.

117. Constitución de la República de Paraguay, art. 229.

118. Expresión frecuentemente utilizada por la Corte Suprema para aceptar variaciones entre las organizaciones de las diferentes provincias (véase por ejemplo CSJN, “Partido Justicialista de la Provincia de...”).

119. Expresión popularizada por el juez Louis Brandeis, en SCOTUS, “New State Ice Co. v. Liebmann”.

120. CSJN, “Evolución Liberal”, voto de Rosenkrantz, considerando 20.

121. CSJN, “Evolución Liberal”, voto de Rosenkrantz, considerando 18.

dieciséis años seguramente habrán de haber producido los efectos que las reelecciones indefinidas producen, sin que debamos meternos a saber si efectivamente los produjeron.

Estas tres respuestas del voto de Rosenkrantz conducen, creo, a un lugar similar. Sin salirse de su razonamiento, como vemos, Rosenkrantz podría fácilmente haberse rehusado a equiparar a un gobernador con un presidente, o a un vicegobernador con un gobernador. Su razonamiento, además, lo pone en dificultades al momento de decidir cuántos mandatos violan el régimen republicano, ya que esto dependerá de constataciones empíricas que, sin embargo, no realiza. En apariencia, lo que ocurre es que una vez que hubo llegado, a través de inducciones empíricas, a un principio general contrario a las reelecciones indefinidas, este parece haber adquirido cierto valor intrínseco. Creo que esto es requerido por el modo en el que los jueces deben formular reglas para tomar decisiones. Volveré sobre esto en el Capítulo VI.

## V. LOS OTROS FALLOS

Como vimos, ambos votos de "Evolución Liberal" concluyen que la reelección indefinida en cargos ejecutivos es inconstitucional por vulnerar la forma republicana de gobierno. Rosenkrantz llega a esta conclusión de manera explícita, mientras Maqueda y Rosatti nos ofrecen un razonamiento que a veces amaga a ir en otras direcciones pero que, sin embargo, no podría tener otra conclusión. Así, es ineludible concluir que son inconstitucionales las constituciones provinciales que permiten la reelección indefinida como en Catamarca,<sup>122</sup> Formosa<sup>123</sup> o Santa Cruz,<sup>124</sup> así como la de Tucumán, que, como vimos, permite dos mandatos de vicegobernador seguidos de dos de gobernador.

Ante la claridad de esta conclusión, es desconcertante el silencio que guardó la Corte en la medida cautelar que se interpuso hacia la misma

122. Constitución de la Provincia de Catamarca, art. 133, "El Gobernador y Vicegobernador podrán ser reelectos".

123. Constitución de la Provincia de Formosa, art. 132, "El Gobernador y el Vicegobernador durarán cuatro años en el ejercicio de sus cargos, y podrán ser reelectos".

124. Constitución de la Provincia de Santa Cruz, art. 114, "El Gobernador y el Vicegobernador serán elegidos directamente por el pueblo de la Provincia a simple pluralidad de sufragios. Podrán ser reelectos".

época para frenar la candidatura de Gildo Insfrán para su octavo mandato como gobernador de Formosa. Recordemos que todos los votos coincidieron en la necesidad de que la Corte respete su propia jurisprudencia especialmente en este tipo de casos para “despejar suspicacias propias de la materia electoral”.<sup>125</sup> El resultado, así, es paradójico: mientras se presenta como atada a sus decisiones anteriores cuando en realidad está cambiando su jurisprudencia, se abstiene de aplicar esta nueva jurisprudencia cuando el caso sí es análogo.

Cuando finalmente la Corte falle sobre el fondo de la cuestión en Formosa, se verá en una situación delicada. Si decide validar la candidatura de Insfrán, será difícil explicar de qué modo esta candidatura fue diferente a la de Uñac. Si, por el contrario, resuelve que la candidatura era inconstitucional, pondrá al gobernador en una situación inestable: si su mandato actual está vigente en violación a la forma republicana de gobierno, quedará a un paso de la intervención federal de la provincia. Finalmente, si decide no hacer nada y dejar que el tiempo haga su trabajo, será difícil cumplir su cometido de “despejar suspicacias propias de la materia electoral”.

Una tensión similar sobrevoló el caso “Biasi”.<sup>126</sup> Aquí, una candidata a jefa de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires impugnaba la candidatura de otro candidato, Jorge Macri, que a la postre resultaría ganador. Macri era, recordemos, el primo del líder político del distrito y venía de ser intendente de una localidad de la Provincia de Buenos Aires durante tres mandatos. La impugnación estaba fundada, precisamente, en el estándar del “apartamento ostensible”: para Biasi, como para buena parte de la opinión pública porteña y para dos de los cinco jueces del Tribunal Superior de Justicia local,<sup>127</sup> Macri no cumplía con el requisito de haber residido en la Ciudad “los cinco años anteriores” a la elección.<sup>128</sup> La Corte, con el voto de Maqueda, Rosatti y Rosenkrantz, consideró que no había aquí “una cuestión federal predominante” que pudiera habilitar la competencia originaria de la Corte Suprema.<sup>129</sup>

125. CSJN, “Evolución Liberal s/ amparo”, considerando 9.

126. CSJN, “Biasi”.

127. TSJ CABA, “Juntos por el Cambio - Ciudad Autónoma...”, voto del juez Lozano y disidencia de la jueza Ruiz.

128. Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, art. 97.

129. CSJN, “Biasi”, considerando 5.

De todos modos, no es tan fácil entender por qué no. Si era cierto —como sostenía la demanda— que Macri se presentó en violación al sentido obvio de la Constitución local, se trataba en efecto de un caso de “ostensible apartamiento del unívoco sentido” de la norma que habilitaba la intervención de la Corte. También podría afirmarse con facilidad, además, que dicho apartamiento lesionaba “instituciones fundamentales de los ordenamientos provinciales que hacen a la esencia del sistema representativo republicano”: si la Constitución local pone ciertos requisitos como la residencia para acceder al cargo es porque se propone garantizar cierto vínculo entre el representante y sus representados que impida —por ejemplo— la candidatura artificial de un pariente del líder político del distrito.<sup>130</sup> Por supuesto, también podría afirmarse lo contrario —que las normas relativas a la reelección son esenciales para el sistema republicano mientras que las relativas a la residencia de los candidatos no—. La falta de un fallo de la Corte sobre el fondo de la cuestión nos ha privado de una guía más precisa al respecto.

Tal vez hayan existido buenas razones para evitar fallar en los casos de Formosa y de la Ciudad de Buenos Aires en el mismo modo que lo había hecho en el caso de San Juan. La Corte no nos ha brindado sus razones para ello, y así tal vez haya mantenido sus manos más libres para continuar moldeando la jurisprudencia sobre la adecuación de las provincias a la forma republicana de gobierno. A continuación, realizo algunas conjeturas sobre el devenir de esta jurisprudencia.

## VI. EL NUEVO FEDERALISMO (REPUBLICANO) ARGENTINO

“Evolución Liberal” ha representado la culminación de una línea jurisprudencial que, con argumentos cambiantes, ha buscado limitar las reelecciones ejecutivas en las provincias argentinas. Me ocurre lo que Paul Kahn describe con ironía: cuando existe un fallo que innova radicalmente en la jurisprudencia, primero sentimos que es una catástrofe en la que se

130. Esto es particularmente interesante porque, al igual que notó Rosenkrantz al respecto de la reelección en el cargo, la transferencia de poder a familiares también puede lesionar las “condiciones generales de igualdad” en la competencia electoral. Véase BEHREND, “Dinastías políticas y democracia: una propuesta...”, p. 179 (“Existe una presunción de que las familias políticas inclinan el campo de juego electoral y hacen que sea más difícil la competencia electoral para quienes no pertenecen a una red familiar”).

derrumban los cielos sobre nuestra doctrina establecida. Al día siguiente, ya no nos parece tan dramático; antes de que podamos advertirlo ya lo estaremos invocando con reverencia para fundar un nuevo argumento constitucional. El futuro nos dirá si “Evolución Liberal” es un fallo revolucionario: en unos años no importará tanto la calidad de sus argumentos como su éxito en establecer una nueva doctrina.<sup>131</sup> “Al cabo de un tiempo”, nos tranquiliza Kahn, “lo que alguna vez fue inimaginable se vuelve simplemente lo que el mundo es”.<sup>132</sup>

Siendo así, tal vez la disección de los argumentos del fallo que he intentado más arriba no sea tan importante como especular con las reverberancias de esta novedad en nuestra arquitectura institucional.

## VI.A. *Avanti*: la revuelta contra los caudillos

Una primera interpretación posible de la saga que une “UCR Santiago del Estero” y “Evolución Liberal” es que se está buscando honrar una lectura anticaudillista de la historia constitucional argentina. Nuestra Constitución se redactó, en parte, en reacción a los caudillos provinciales que habían concentrado el poder en sus provincias: no en vano su art. 29 prohíbe conceder “facultades extraordinarias ni la suma del poder público” tanto al presidente como a los gobernadores.<sup>133</sup> Este temor fundó también la posibilidad de intervención federal, ausente en la Constitución de los Estados Unidos. Según Bartolomé Mitre, en sentido de esta institución era precisamente impedir que “volviésemos al régimen de los caudillos irresponsables, centralizando de hecho o de derecho todos los poderes en sus manos, y anulando por lo tanto las constituciones garantidas”.<sup>134</sup>

131. “Evolución Liberal” podría ser lo que Paul Kahn llama un fallo “natal”, que, análogamente a una revolución en el terreno político, crea una tradición. Los fallos “natales” deben su éxito no tanto a la calidad de sus argumentos sino a su capacidad de inaugurar una tradición; solo los fallos sucesivos que darán su “calidad fundacional”. Mientras no lo hagan, los fallos “natales” tienen “tentatividad, incertidumbre y un sentido de apertura” ya que “el fallo natal “no conoce el futuro y adquiere significado retroactivamente”. Véase KAHN, *Making the case*, p. 117.

132. KAHN, *Making the case*, p. 171.

133. Sobre los orígenes históricos de esta cláusula, puede consultarse ROSSETTI, “Facultades extraordinarias, la suma del poder...”.

134. MITRE, “Cuestión San Juan”, p. 35.

Esta aversión a la reelección por temor al caudillismo es frecuente en los países presidencialistas (y no, curiosamente, en los regímenes parlamentarios, por razones que Juan Linz ha calificado de “psicológicas”).<sup>135</sup> En los primeros, ocurre frecuentemente que el “continuismo es percibido como un paso hacia la dictadura, incluso si está legitimado por elecciones”.<sup>136</sup> Como notan dos autores críticos de esta tendencia,

[...] la reelección en el parlamentarismo es vista como la aprobación continuada de los votantes de las políticas perseguidas por el gobierno, mientras que la reelección en el presidencialismo es vista con escepticismo y frecuentemente interpretada como el resultado de algún tipo de manipulación por parte de quien está en el cargo, sea ilegal o de legalidad dudosa.<sup>137</sup>

El fallo “Evolución Liberal” parece surgir de este rechazo. La reflexión del voto mayoritario de “FpV Río Negro” y del voto de los jueces Maqueda y Rosatti en “Evolución Liberal” a explicar precisamente *cómo* la reelección indefinida vulnera la “forma republicana de gobierno” es sugerente: la reelección indefinida en cargos ejecutivos está tan obviamente mal, parecen sugerir, que no dignificarán la posición contraria con una explicación. Que una misma persona pueda detentar el poder mucho tiempo, parecen sugerir, está mal en sí mismo.

En el caso del voto de Maqueda y Rosatti, la evasiva es evidente: su argumento parece suponer que la limitación de las reelecciones inmediatas es en sí misma compatible con cierta “pauta republicana” que no desarrolla. Ya en “FpV Río Negro”, estos jueces —entonces formando mayoría junto con el juez Lorenzetti— habían afirmado que solo la limitación en las reelecciones “da[ba] sentido a la periodicidad en los mandatos”.<sup>138</sup> Es difícil dejar de notar que esto no es para nada obvio: que algo sea periódico no implica de ningún modo que sea limitado en el tiempo (de hecho, el ejemplo etimológicamente típico de “periodo” es el del tiempo que toma la rotación de un cuerpo celeste, epítome de lo eterno). La periodicidad

135. LINZ, “Democracy’s Time Constraints”, p. 26.

136. LINZ, “Democracy’s Time Constraints”, p. 26.

137. CHEIBUB & MEDINA, “The Politics of Presidential Term Limits”.

138. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río...”, considerando 27.

en los mandatos cumple la función de permitir al pueblo revalidar a sus gobernantes cada cierta cantidad de tiempo que no depende de la voluntad del propio gobernante.<sup>139</sup> este valor es lo suficientemente importante como para que sea independiente de la “alternancia”, valor indefinido que aparece recién ahora como un valor republicano.

Puede resultar contraintuitivo despreciar la “alternancia” como un valor republicano, pero creo que una aclaración terminológica puede ponernos de acuerdo. Indudablemente, la “expectativa de alternancia”<sup>140</sup> posee virtudes: el mero conocimiento de que el próximo ciclo político puede estar dominado por el adversario da a los gobernantes incentivos para no abusar del poder, a la oposición incentivos para no boicotear al gobierno del que podrían tener que hacerse cargo y a quienes ejercen funciones de control la seguridad de que no serán perseguidos de por vida por el poder político. A tal punto esto es así que el politólogo Adam Przeworski llega a definir democracia como un sistema en el que los partidos pierden elecciones.<sup>141</sup> Un argumento basado en la alternancia, entonces, podría basarse en que la permanencia de un mismo individuo en el poder inclina la cancha de tal modo de poner en peligro la propia expectativa de alternancia que es esencial a la democracia. Así lo hace, por ejemplo, Rosenkrantz en su voto.

Sin embargo, esta expectativa de alternancia jamás puede anteponerse al principio más básico (también republicano, por cierto) de que en una república gobierna la mayoría.<sup>142</sup> Si la mayoría continúa prefiriendo en

139. Véase, por ejemplo, WHITE, “Rhythm and its absence in modern...”.

140. Por ejemplo, en su influyente análisis de los sistemas de partidos, Giovanni Sartori equipara la alternancia a la expectativa de alternancia. Véase SARTORI, *Partidos y sistemas de partidos*, p. 241 (“El término de ‘alternación’ se debe entender de forma flexible, en el sentido de que implica la expectativa más bien que el hecho real del traspaso de gobierno. [...] Dicho en otros términos, el concepto de la alternación se funde con el de la competitividad”).

141. PRZEWSKI, *Democracy and the Market: Political and...*, p. 10.

142. Véase por ejemplo la reflexión de Raymond Aron tras la victoria del Partido Socialista francés en ARON, “La alternancia de los gobiernos en...”, p. 18 (“Admitamos que es deseable, en general y en abstracto, que cuando un país está dividido en dos bloques, cada uno de ellos debiera gobernar algún día, y que uno de ellos no debería estar perpetuamente destinado al ingrato papel de ser oposición” lo que complementa agregando que “[e]xcluida del poder, la oposición se hace más rígida, se abandona a ilusiones utópicas, no toma en cuenta las restricciones de la vida real y critica sistemáticamente las medidas adoptadas por los responsables de la conducción del país. Por lo tanto, la victoria de la oposición claramente conlleva algunas ventajas”. De todos modos, concluye que “[p]ero una vez que hemos dejado esto en claro, no deberíamos cambiar de gobierno, a no ser que el nuevo nos dé más esperanzas que el antiguo”).

elecciones libres que determinado programa político, e incluso determinado individuo, ocupe el poder, oponerse a ello es en principio incómodo: en todo caso, nos pone en la necesidad de explicar por qué el valor opuesto de la “alternancia” refuerza, en lugar de socavar, la soberanía popular. De hecho, la literatura especializada describe la prohibición de la reelección indefinida como un dilema: permitir la reelección indefinida puede conllevar el riesgo de caminar inadvertidamente hacia un gobierno autoritario, mientras que prohibirla afecta el alcance de la decisión democrática y la responsabilidad de los gobernantes hacia los votantes.<sup>143</sup> Al diseñar un sistema electoral, nos dicen, habrá que “sopesar los beneficios de un periodo [de gobierno] más extenso —que permite la implementación de políticas libre de las presiones del corto plazo— contra los peligros de la consolidación del poder”.<sup>144</sup>

143. BATURÓ & ELGIE, “Presidential Term Limits”, p. 6. Para otros trabajos que examinan potenciales ventajas de las reelecciones indefinidas en el cargo de gobernador, véase la nota al pie 111.

144. CHEIBUB & MEDINA, “The Politics of Presidential Term Limits”, p. 522 (estos autores concluyen que “las limitaciones a la reelección son un instrumento demasiado tosco para lograr los objetivos que se buscan con ellos. [...] El objetivo debería ser regular (y tal vez incluso limitar en algunos casos) las ventajas que quienes están en el cargo poseen inevitablemente en la competencia electoral. Los límites constitucionales a la reelección privan a todos los gobernantes de la posibilidad de ser premiados por los votantes debido a la posibilidad de excesos por parte de algunos gobernantes. [...] El objetivo debería ser regular y limitar la ventaja del gobernante sin cobrarse el alto precio de hacer que sea imposible que los gobernantes tengan una “rendición de cuentas” electoral. Las áreas en las que hay existe un amplio margen de acción son una estricta regulación de los gastos y actos de campaña, distribución equitativa de fondos públicos para ser utilizados en campañas políticas y electorales [...], acceso gratuito a los medios de comunicación y, sobre todo, el diseño y fortalecimiento de agencias que supervisen las campañas electorales y a las que los candidatos deban rendir cuentas [...]. Estos son mecanismos que limitan la capacidad de los presidentes de usar su cargo para obtener ventajas electorales ilegítimas y aun así no remueven su incentivo de tener un buen desempeño en el cargo con el objetivo de ser reelecto”, “The Politics of Presidential Term Limits”, p. 531). Si bien puede parecer contraintuitivo referir a las ventajas de la reelección indefinida, pueden citarse estudios que argumentan a favor de los beneficios de permitir un mayor número de reelecciones entre los gobernadores estadounidenses en términos de competencia y *accountability*. Véase, por ejemplo, ALT; BUENO DE MESQUITA & ROSE “Disentangling accountability and competence in elections...”. Otro estudio realizado en los Estados Unidos concluye que la falta de límites a la reelección contribuye positivamente a la voluntad del ejecutivo a negociar con la legislatura, mientras que la “propensión del ejecutivo a actuar unilateralmente aumenta a la par que el tiempo po-

Así, aun ante la existencia de valores en tensión, el voto de Maqueda y Rosatti no da ninguna razón por la cual la permanencia, periódicamente validada por la ciudadanía en elecciones libres, de una persona en un cargo ejecutivo sea contraria a la periodicidad de los mandatos o al principio republicano de gobierno. Como demuestra el voto de Rosenkrantz, esto no significa que estas razones no puedan ser articuladas. Sin embargo, el silencio al respecto del voto de Maqueda y Rosatti nos deja con la incógnita de cuál es la noción de “república” en la que se basó la mayoría de la Corte para intervenir en las elecciones sanjuaninas. Este silencio, también, deja dudas acerca de en qué otras circunstancias podría involucrarse.

En definitiva, una lectura posible del voto de Maqueda y Rosatti es que los jueces consideran que la reelección indefinida de los gobernadores es, sin más, contraria a la forma republicana de gobierno. Así como nuestra jurisprudencia, tradicionalmente, ha asociado la “forma republicana de gobierno” con ciertas características como la necesidad de publicidad de los actos de gobierno,<sup>145</sup> la separación y control recíproco de los poderes<sup>146</sup> y la periodicidad en los mandatos,<sup>147</sup> parecería que podríamos simplemente agregar la prohibición de la reelección indefinida (la “renovación de las autoridades”, en los términos del voto) como una más de estas características. Así, en una primera lectura minimalista del fallo, una “república” sería, entre otras cosas, un sistema en el que la misma persona no puede ocupar un cargo ejecutivo más de alguna cantidad de mandatos consecutivos.

## **VI.B. *Più avanti*: la democracia y la forma republicana de gobierno**

Como vemos, el voto de Maqueda y Rosatti no pretende hallar una esencia de la “forma republicana de gobierno” que le permita sacar conclusiones. En esto, por cierto, no se diferencia enormemente de la mayoría de la jurisprudencia de la Corte. Así, la jurisprudencia ha ido describiendo la “forma republicana de gobierno” de modo lateral, revelando ciertos componentes (la separación de poderes, la periodicidad en los mandatos, etc.) más que

---

tencial de mandato disminuye”, véase COCKERHAM, “Going it Alone: The Adverse Effect...”, p. 63. Estos supuestos beneficios, en todo caso, deberán sopesarse junto con sus costos.

145. CSJN, “FIA (Expte. 23330/1581 y otros) y otro”, considerando 15.

146. CSJN, “Bertuzzi, Pablo Daniel y otro”.

147. CSJN, “Partido Justicialista de la Provincia de...”, voto del juez Fayt, considerando 18.

definiéndola de modo directo. Si se me permite una analogía filosófica, describen el *fenómeno* de la república sin buscar penetrar en su *noúmeno*.

Esta técnica “fenomenológica” permite a Rosenkrantz resolver el caso de un modo —llamémoslo— lateral. Su voto no presenta la alternancia como un valor intrínseco, sino que busca explicar cómo esta es instrumental para preservar garantías ya identificadas, como la separación de poderes y la igualdad en la competencia electoral. Rosenkrantz avanza casi silogísticamente: si la existencia de una república requiere la característica X, y X requiere la prohibición de la reelección indefinida, entonces la república requiere la prohibición de la reelección indefinida.

Así, tanto el voto de Maqueda y Rosatti como el más sofisticado voto de Rosenkrantz nos mantienen en la superficie de lo que es una república para la Corte. Para comprender las posibles reverberancias del fallo “Evolución Liberal”, de todos modos, debemos preguntarnos por el significado más profundo de “forma republicana de gobierno”. Si bien en algún momento pudo concebírsele como un mero antónimo de “monarquía”,<sup>148</sup> las garantías que se suelen asociar con ella (la periodicidad de los mandatos, la publicidad de los actos públicos, la división de poderes y la responsabilidad de los funcionarios) son en realidad funcionales a un principio superior: en una república, la soberanía reside en el pueblo.

La idea de que lo que define a una república es la titularidad y el ejercicio de la soberanía por parte del pueblo está presente en la cláusula de la Constitución norteamericana que inspira nuestro artículo 5º: según el consenso académico, cuando la Constitución estadounidense promete garantizar a cada Estado la forma republicana de gobierno,<sup>149</sup> en realidad, le está garantizando al pueblo de cada Estado que podrá gobernarse a sí mismo.<sup>150</sup> Así, por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha

148. Así parece usar la palabra el propio Alberdi en el famoso Capítulo XII de las *Bases*. Para rastrear un uso de este tipo, véase GARGARELLA, “Republicana, representativa y federal”. La monarquía también es el ejemplo que da el propio James Madison al explicar la cláusula, véase *El Federalista* N.º 43, p. 171 (explicando que la cláusula da al poder federal “*autoridad para defender al sistema contra innovaciones aristocráticas o monárquicas*”).

149. Constitución de los Estados Unidos, Artículo IV, Sección 4 (“Los Estados Unidos garantizarán a todos los Estados de esta Unión una forma republicana de gobierno, y los protegerán contra la invasión, y, a solicitud de la legislatura, o del ejecutivo cuando la legislatura no pueda reunirse, contra la violencia interior”).

150. AMAR, “The central meaning of republican government...”, p. 749 (“El pilar central del gobierno republicano, sostengo, es la soberanía popular. En un gobierno republicano,

llegado a decir que “la característica definitoria” de la forma republicana de gobierno es “el derecho del pueblo a elegir a sus propios funcionarios gubernamentales y aprobar sus propias leyes”.<sup>151</sup>

Creo que una lectura similar del artículo 5º puede realizarse en la Argentina. Al preocuparse por la usurpación del poder de los caudillos, los constituyentes argentinos también se preocupaban por garantizar el gobierno popular en las provincias: el temor no era que los caudillos reflejaran la voluntad del pueblo, sino que la usurparan. Así, Mitre citaba a George Curtis para afirmar que también aquí

[...] [e]l fondo de estas estipulaciones (garantir a cada Estado una constitución republicana) era garantizar al pueblo de cada Estado el poder de gobernar su propia comunidad por la acción de una mayoría, de acuerdo con las reglas fundamentales que prescribieren para establecer la voluntad pública.<sup>152</sup>

y a Pellegrino Rossi para afirmar que si “[e]l gobierno trata de hacer violencia a la Constitución para arrebatar al pueblo el uso de sus derechos” entonces “[l]a nación protege[rá] al pueblo”.<sup>153</sup>

Los distintos votos que han conformado la progenie de “UCR Santiago del Estero” han jugado con esta idea. Así, en “UCR Santiago del Estero” la Corte “pone el acento” en los “procedimientos habilitados para hacer explícita [la] voluntad [popular]” ya que “el pueblo [es] el último titular del poder político”.<sup>154</sup> En “UCR La Rioja” la mayoría es aún más ambiciosa, y afirma intervenir para “evaluar si se ha afectado el compromiso republicano asumido por las provincias de asegurar que las decisiones del gobierno provincial responden al mandato del pueblo de la manera más inequívoca posible”.<sup>155</sup>

“Evolución Liberal” puede ser entendido en el mismo sentido: si la re-

---

el pueblo gobierna”). Véase también, BALKIN, *Living Originalism*, p. 240 (“La palabra republicano significaba, en 1787, un gobierno representativo con elecciones regulares. La garantía de un gobierno republicano protegía la soberanía popular y el derecho del pueblo a gobernar sus asuntos a través de la regla de mayoría”).

151. SCOTUS, “Duncan”.

152. MITRE, “Cuestión San Juan”, p. 36.

153. MITRE, “Cuestión San Juan”, p. 37.

154. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero”, considerando 34.

155. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de la Rioja”, considerando 30.

elección indefinida debe ser impedida, solo puede ser porque a la larga esta distorsionará los mecanismos por los que el pueblo de la provincia expresa su voluntad. Por supuesto, esta afirmación encuentra sus propias aporías conceptuales: no podemos saber cuál es la voluntad popular por fuera de los procedimientos realmente existentes que la expresan, por lo que en cualquier instancia dada es imposible saber si el pueblo ha expresado su “verdadera” voluntad. Así y todo, creo, es lo mejor que tenemos a mano: si creemos que la elección de determinado gobernante es absolutamente (o aceptablemente) libre, y que el gobierno resultante de esa elección reflejará la voluntad popular, es difícil encontrar argumentos “republicanos” para oponerse a ella.

En este argumento, entonces, el hecho de que la “separación de poderes” integre la “forma republicana de gobierno” encuentra una nueva justificación: solo a través de controles cruzados entre los poderes constituidos se puede garantizar la expresión de la voluntad popular. Si tengo razón, en realidad no se trata de encontrar un “equilibrio” entre los valores del federalismo y los del régimen republicano, como ambos votos en “Evolución Liberal” afirman.<sup>156</sup> Por el contrario, la garantía de la forma republicana de gobierno es una garantía *a favor* de las provincias y sus soberanía, para garantizar que sus normas sean verdaderamente el producto de la voluntad popular.<sup>157</sup> Esta lectura, entiendo, no solo es la más compatible con el sentido histórico de la norma sino que también es la más respetuosa de la autonomía provincial, entendida como autonomía del pueblo de la provincia más que de su gobierno.

Esta lectura del art. 5 abre un sinfín de posibilidades para la intervención en los procedimientos democráticos locales. Comentando la cláusula análoga de la Constitución estadounidense, Jack Balkin ha observado que la protección de la “forma republicana de gobierno” habilita la intervención del Estado federal en varios de los dispositivos que los gobernantes pueden pergeñar para atrincherarse en el poder: exclusiones o inclusiones en el padrón electoral, alteraciones en los escrutinios, diseños arbitrarios

156. CSJN, “Evolución Liberal”, voto de Maqueda y Rosatti, considerando 7, y voto de Rosenkrantz, considerando 5.

157. Una lectura similar es realizada por JONES MERRITT, “The Guarantee Clause and State Autonomy...”, p. 2 (“[L]os estados no pueden disfrutar de gobiernos republicanos a no ser que retengan suficiente autonomía para establecer y mantener sus propias formas de gobierno”).

de los distritos electorales (*gerrymandering*), etc.<sup>158</sup> Una autora propone extender el razonamiento a otros aspectos tales como las “leyes de último minuto” (*lame duck lawmaking*) por las cuales mayorías salientes aprueban leyes únicamente destinadas a complicar el gobierno de quienes acaban de obtener una nueva mayoría en las elecciones pero todavía no asumieron el gobierno.<sup>159</sup> Los riesgos en las democracias provinciales argentinas se encuentran, seguramente, en otros lugares,<sup>160</sup> y tal vez una lógica consecuencia de “Evolución Liberal” sea la necesidad de atacar precisamente esas falencias.

### **VI.C. *Più avanti ancora*: un gran poder conlleva una gran responsabilidad**

La línea jurisprudencial que he explorado en este trabajo no es la única en la que la Corte ha innovado en la relación entre las provincias y el Estado federal. Paralelamente, desde 2015, la Corte Suprema ha desarrollado una serie de precedentes que tienden a reforzar las competencias locales por sobre las federales. Así, en “Nobleza Piccardo” la Corte validó una norma local en materia de publicidad de productos tabáquicos que era aparentemente contradictoria con la Ley Antitabaco federal.<sup>161</sup> En “Farmacity” hizo algo similar con la norma de la Provincia de Buenos Aires que impide que las sociedades anónimas sean propietarias de farmacias.<sup>162</sup> En “Shi”, validó una ordenanza municipal que prohibía el trabajo dominical en determinados comercios, en contradicción con la Ley de Contrato de Trabajo.<sup>163</sup> Finalmente, en “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, invalidó una norma federal dictada durante la pandemia

158. BALKIN, *Living Originalism*, p. 243.

159. SHAPIRO, “Democracy, Federalism, and the Guarantee Clause”, p. 219.

160. Solo a título ejemplificativo, la alteración de las reglas electorales para beneficiar al partido de gobierno suele incluir sistemas de voto acumulativo relativamente opacos tales como la llamada “Ley de Lemas”. La Corte rechazó, unánimemente, intervenir en un caso en el que se planteaba la inconstitucionalidad de la ley de lemas santacruceña, afirmando que esta era una cuestión de derecho público local (CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santa Cruz”). Cabe preguntarse si la respuesta de la Corte sería la misma después del fallo “Evolución Liberal”.

161. CSJN, “Nobleza Piccardo”.

162. CSJN, “Farmacity S.A.”.

163. CSJN, “Shi, Jinchui c/ Municipalidad de la...”.

de COVID-19 que disponía el cierre de las escuelas en la llamada Área Metropolitana de Buenos Aires por contradecir una norma local que las mantenía abiertas.<sup>164</sup> Este último fallo, dictado en un intenso contexto político, fue el primero en el que la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de una norma de policía federal con fundamento en la invasión de competencias provinciales.<sup>165</sup>

A primera vista ambas tendencias parecen contradictorias: los mismos jueces que se muestran más ambiciosos en controlar desde el gobierno federal la corrección de las instituciones provinciales son también los que más decididamente han protegido las normas provinciales de la autoridad federal. ¿Existe algún modo de dotar de sentido a esta aparente contradicción?

Creo que, precisamente, entender la jurisprudencia que culmina en “Evolución Liberal” como lo he hecho nos permite encuadrar ambos enfoques. La Corte te da, la Corte te quita: está dispuesta a aceptar un ejercicio más intenso de los poderes locales, pero solo en la medida en que esas decisiones provengan de un sistema democrático robusto de un régimen republicano de gobierno. Por supuesto, esta interpretación es tendencial: la Corte sabe que no alcanza con decisiones específicas sobre grandes temas como la reelección ejecutiva para garantizar procedimientos democráticos en cada provincia. Sin embargo, el federalismo republicano tal vez sea la clave para leer la jurisprudencia de la Corte en esta materia.

## **VI.D. *Molto più avanti ancora: la Corte como custodio de la república***

Si nos encontramos, realmente, frente a una custodia reforzada de la forma republicana de gobierno de las provincias, esto no nos dice aún *cuál* es el órgano del gobierno federal que debe ejercer este control. La interpretación tradicional sostenía que eran los poderes políticos quienes realizaban este control, a través de la intervención federal prevista en el artículo 6º de la Constitución. En la explicación de Pedro Caminos, tal preeminencia de los poderes políticos se debía a una cuestión de capacidades

164. CSJN, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”.

165. Por supuesto, es difícil saber esto a ciencia cierta. Por lo menos puede decirse lo siguiente: ninguno de los votos que integran el fallo ha citado ningún precedente en ese sentido.

institucionales: “decidir si en una provincia está o no en riesgo la forma republicana de gobierno requiere un análisis global del funcionamiento de sus instituciones” lo que es mucho más adecuado para órganos políticos que para un tribunal que decide un caso concreto con la información suministrada por las partes.<sup>166</sup>

En “Evolución Liberal”, la Corte nos está diciendo que existen ciertas líneas rojas que los diseños institucionales provinciales no pueden cruzar sin vulnerar la forma republicana de gobierno; la reelección indefinida es una de ellas. Obsérvese sin embargo una paradoja: nunca el Congreso ni el presidente dispusieron (¡o siquiera intentaron!) una intervención federal en una provincia por prever la reelección indefinida de su gobernador. El resultado de esta diferencia es intuitivamente contradictorio: el fallo de la Corte afirma que la posibilidad de la reelección indefinida implica un riesgo de vulneración de la forma republicana de gobierno, y sin embargo los órganos políticos encargados de realizar esta verificación nunca consideraron que dicho riesgo se hubiera materializado.

¿Cómo dar sentido a esta aparente paradoja? La Corte, evidentemente, se considera apta para intervenir en situaciones en las que los poderes políticos —depositarios primarios de la misión de intervenir ante una violación de la forma republicana— no lo han hecho.

Una primera posibilidad es que la Corte considere que los poderes políticos no siempre tendrán los incentivos, el deseo o el coraje para intervenir en las provincias cuando sus formas republicanas de gobierno se encuentren efectivamente vulneradas (por ejemplo, por el alineamiento partidario del presidente de la Nación con el gobernador en cuestión). Así, la Corte aparece como un refuerzo adicional del sistema federal para garantizar la pureza republicana de todos sus integrantes. Creo que debemos descartar esta interpretación: si la Constitución puso la intervención federal en cabeza de los poderes políticos, ha sido porque los considera suficientemente aptos para realizar este tipo de control. La explicación de por qué el presidente o el Congreso no han intervenido provincias que poseen reelección indefinida no puede ser, casi axiomáticamente, que sean órganos incapaces de realizar tal tipo de control.

Una segunda posibilidad es que la Corte considere que está mejor posicionada que los poderes políticos para realizar, al menos, algunos tipos

166. CAMINOS, “Las elecciones de gobernador en San...”.

de control sobre la conformidad de los regímenes institucionales provinciales al régimen republicano. Así, su carácter de tribunal de derecho le permite a la Corte analizar la conformidad *en abstracto* de las normas provinciales con la forma republicana de gobierno. Esto le permitiría, por ejemplo, descartar cláusulas sobre reelección como ha hecho pero también, por ejemplo, descartar sistemas electorales poco sensibles a las preferencias ciudadanas.<sup>167</sup>

Por definición, para realizar esta invalidación no se requiere necesariamente que la forma republicana de gobierno haya sido *ya* vulnerada, sino que el diseño institucional conlleve un riesgo inaceptablemente alto de que esto ocurra. Recordemos el final del voto de Rosenkrantz en “Evolución Liberal”:

[...] [l]a degradación de un gobierno republicano y la conversión en su opuesto no es un hecho instantáneo, sino el resultado de un proceso gradual que se concreta en corrimientos muchas veces insignificantes, fragmentarios y que, por esa condición, corren el riesgo de no ser percibidos por los ciudadanos y las autoridades que [...] deberían contrarrestarlos.<sup>168</sup>

Rosenkrantz, precisamente, cree que la Corte puede intervenir *antes* de que la vulneración del régimen republicano se haya materializado, si las normas llevan a ese resultado. Esta capacidad de los tribunales de examinar normas en abstracto, entonces, los eximiría de constatar la efectiva subversión del régimen republicano.<sup>169</sup>

Esta interpretación, de todos modos, abre una nueva serie de problemas. Una vez admitido el control jurisdiccional sobre el carácter republicano de las normas, este necesariamente irradia al control político: cada vez que la Corte encuentre que determinado tipo de cláusula, en abstracto, contraría la forma republicana de gobierno, los poderes políticos quedarían

167. Como vimos, la Corte descartó realizar este tipo de control en “UCR Santa Cruz” pero se acercó a hacerlo en “UCR La Rioja”.

168. CSJN, “Evolución Liberal”, voto de Rosenkrantz, considerando 20.

169. CAMINOS, “Las elecciones de gobernador en San...” realiza una interpretación similar de las razones de la intervención de la Corte en este tipo de casos ante la ausencia de intervención de los poderes políticos.

habilitados a intervenir la provincia en cuestión, o incluso otras provincias en situaciones similares. Si esto es cierto, el campo de los poderes políticos para intervenir provincias ha quedado enormemente ampliado. Antes se requería —como decía Mitre al analizar, precisamente, la intervención federal en San Juan— que “el gobierno federal [mediante] su juicio propio [determine] si es llegado o no el caso de la garantía”.<sup>170</sup> Según mi interpretación de “Evolución Liberal”, parecería que ya no es estrictamente necesario que el régimen republicano haya sido efectivamente subvertido, sino que alcanza con que el derecho público local posea normas que acarreen el peligro de su subversión. La nueva pregunta, eventualmente, será qué tantos grados de separación exigiremos entre el riesgo planteado por la norma y su efectiva concreción.

Me detengo aquí. No me atrevo a profetizar adónde nos guiará esta línea jurisprudencial de la Corte Suprema, ni si efectivamente llevará a una expansión efectiva de la supervisión federal de los procesos políticos provinciales. Sí, para concluir, puedo advertir sobre una característica de la judicatura que la diferencian de los poderes políticos: la necesidad de llevar sus decisiones a sus consecuencias lógicas.<sup>171</sup> A medida que se desarrolla la jurisprudencia que permitió fallos como “UCR La Rioja” o “Evolución Liberal”, sus argumentos se solidifican y llevan a que nuevas conclusiones se vuelvan no ya posibles sino necesarias. El control político sobre la integridad republicana de las provincias no tiene esta característica, ya que nada impide que el Congreso cambie de respuesta según las circunstancias políticas, sin necesidad de justificar con precisión la coherencia interna de sus acciones y omisiones.

El futuro nos dirá si la tradición de reservar la protección del régimen republicano a los poderes políticos se encontraba justificada o si, por el contrario, la innovación de la Corte prueba ser exitosa. Tal vez dentro de unos años veremos la época de las reelecciones indefinidas en las provincias como ahora vemos la prohibición del divorcio vincular o que se permitiera fumar en los aviones. Si esto pasa, las críticas de estas páginas envejecerán como aquellos críticos que se burlaban de los Beatles en 1964

170. MITRE, “Cuestión San Juan”, p. 37.

171 Así lo formuló la disidencia del juez Scalia en SCOTUS, “Lawrence v. Texas” (“Una de las ventajas de dejar la regulación de este asunto a la gente antes que a los tribunales es que la gente, a diferencia de los jueces, no necesitan llevar las cosas a sus conclusiones lógicas”).

y pronosticaban su rápido pasaje al olvido. Como notó Alexander Bickel hace más de medio siglo, “la Corte trabaja bajo la obligación de tener éxito”.<sup>172</sup> Si de lo que se trata es de fortalecer las democracias provinciales, es deseable que lo tenga.

## VII. CONCLUSIÓN: EL NUEVO FEDERALISMO EN LA NUEVA ARGENTINA

El cambio de jurisprudencia alrededor del federalismo llega a su cénit justo cuando la Argentina se embarca en una aventura política sin precedentes. Javier Milei asumió la presidencia con una plataforma que él mismo alaba como extremista,<sup>173</sup> en ultraminoría legislativa en ambas Cámaras<sup>174</sup> y sin ningún gobernador o intendente de su espacio político.<sup>175</sup> Durante los primeros meses de gobierno, las trifulcas entre el Estado nacional y algunos gobiernos provinciales llevó a algunos analistas —acaso apresuradamente— a plantear si no habría un separatismo en ciernes en la Argentina.<sup>176</sup> En marzo de 2024, es todavía muy pronto para siquiera imaginar cómo concluirá este experimento y mucho menos podemos saber qué rol jugará el federalismo en esta nueva configuración.

Son precisamente momentos de esta inestabilidad los que ponen a prueba de modo más cabal las prácticas institucionales. ¿Qué utilización hará un gobierno sin gobernadores alineados de una doctrina que puede ser interpretada para ampliar los alcances de la intervención federal? ¿Qué utilización harán las provincias de una doctrina que les da mayor laxitud al momento de sancionar normas que se oponen a las normas federales en un contexto de distancia ideológica exacerbada? Si la historia nos enseña algo, es que los procesos muchas veces cobran autonomía de las intenciones de sus autores. Es muy pronto todavía para conocer las consecuencias de las innovaciones jurisprudenciales de 2023, y mucho menos para

172. BICKEL, *The least dangerous branch: The Supreme...*, p. 239.

173. Desde su elección, el presidente Milei ha repetido que es “el primer presidente libertario de la historia de la humanidad”.

174. A la fecha de entrega de este trabajo, contaba con 41 diputados sobre 257 y 7 senadores sobre 72.

175. Si bien algunos gobernadores se han mostrado más colaborativos que otros, ninguno fue electo en alianza con él y, a la fecha de entrega de este trabajo, ninguno se había presentado como integralmente alineado a su proyecto político.

176. Nodal, “¿Pulsiones de secesión en Argentina?”.

evaluar sus méritos o fracasos. Acaso sí podamos aventurar una cosa: muy probablemente, no serán las que sus autores imaginaron.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALT, James; BUENO DE MESQUITA, Ethan & ROSE, Shanna, “Disentangling accountability and competence in elections: evidence from US. term limits”, en *Journal of Politics*, vol. 73, N.º 1, 2011.
- AMAL, Akhil Reed, *America’s Constitution. A Biography*, Random House, 2005.
- , “The central meaning of republican government: popular sovereignty, majority rule, and the denominator problem”, en *University of Colorado Law Review*, vol. 65, 1994.
- ARBALLO, Gustavo “Republicanism y discreción judicial. Postales del control federal del derecho local sobre cláusulas de reelección”, en *La Ley*, 02/06/2023.
- ARON, Raymond, “La alternancia de los gobiernos en los países industrializados”, en *Revista de Ciencia Política*, vol. 6, N.º 1, 1984.
- BALKIN, Jack, *Living Originalism*, Belknap Harvard, 2011.
- BATURO, Alexander & ELGIE, Robert, “Presidential Term Limits”, en *The Politics of Presidential Term Limits*, Oxford University Press, 2019.
- BEHREND, Jacqueline, “Dinastías políticas y democracia: una propuesta conceptual”, en *Agenda política*, vol. 9, 2021.
- BICKEL, Alexander M., *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*, Yale University Press, 1962.
- Cámara de Diputados de la Provincia de San Juan, “Versión Taquigráfica: Segunda Sesión Extraordinaria”, 17/03/2011, URL <https://diputados-sanjuan.gov.ar/cuerpo-legislativo/versiones-taquigraficas/149-versiones-taquigraficas-ano-2011/645-version-taquigrafica-segunda-sesion-extraordinaria>, consultado el 13/08/2024.
- CAMINOS, Pedro A., “Las elecciones de gobernador en San Juan y Tucumán. Un marco para el análisis constitucional”, en *La Ley*, 02/06/2023.
- CHEIBUB, José A. & MEDINA, Alejandro, “The politics of Presidential Term Limits in Latin America - From Redemocratization to Today”, en BATURO, Alexander & ELGIE, Robert (directores), *The Politics of Presidential Term Limits*, Oxford University Press, 2019.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 01/10/1996.

COCKERHAM, Alexandra G., “Going it Alone: The Adverse Effect of Executive Term Limits on Bargaining”, en *State and Local Government Review*, vol. 53, N.º 1, 2021.

Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, Opinión N.º 908/2017, CDL-AD(2018)010, Informe sobre los Límites a la Reelección. Parte I – Presidentes, 20/03/2018.

—, Opinión N.º 908/2017, CDL-AD(2019)007, Informe sobre los Límites a la Reelección. Parte III – Representantes electos a nivel subnacional y local y cargos ejecutivos electos a nivel subnacional y local, 18/03/2019.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021 solicitada por la República de Colombia. La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 07/06/2021.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Bertuzzi, Pablo Daniel y otro c/ EN - PJN y otro s/ amparo Ley 16.986”, 03/11/2020, *Fallos*: 343:1457.

—, “Biasi”, “Biasi, Vanina Natalia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de certeza”, 11/07/2023, *Fallos*: 346:745.

—, “Carbajal”, “Carbajal, Fernando c. Provincia de Formosa s/ acción declarativa de certeza”, 19/05/2023.

—, “Córdoba - convocatoria a elecciones de gobernador, vicegobernador, legisladores y Tribunal de Cuentas Provincial s/ recurso de apelación y nulidad”, 13/11/2007, *Fallos*: 330:4797.

—, “Electores y apoderados de los partidos Justicialista, UCR, y Democracia Cristiana s/ nulidad de elección de Gobernador y Vicegobernador”, 26/12/1991, *Fallos*: 314:1915.

—, “Evolución Liberal”, “Evolución Liberal y otro c/ San Juan, Provincia de s/ amparo”, 16/05/2023, *Fallos*: 346:543.

—, “Farmacity S.A. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ pretensión anulatoria”, 30/06/2021, *Fallos*: 344:1557.

—, “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”, 19/08/1999, *Fallos*: 322:1616.

—, “FIA (Expte. 23.330/1581 y otros) y otro c/ EN -Mº Economía- AFIP resol. IG 08/06 y otras s/ proceso de conocimiento”, 17/06/2021, *Fallos*: 344:1411.

- , “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro y otros c/ Río Negro, Provincia de s/ amparo”, 22/03/2019, *Fallos*: 342:287.
- , “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s. acción declarativa de inconstitucionalidad”, 04/05/2021, *Fallos*: 344:809.
- , “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 27/10/2015, *Fallos*: 338:1110.
- , “Paoltroni”, “Paoltroni, Francisco Manuel c/ Provincia de Formosa s. acción declarativa de certeza”, 30/05/2023.
- , “Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe c/ Provincia de Santa Fe s/ acción declarativa”, 06/10/1994, *Fallos*: 317:1195.
- , “Partido por la Justicia Social c/ Tucumán, Provincia de s/ amparo”, 16/05/2023, *Fallos*: 346:489.
- , “Shi, Jinchui c. Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 20/05/2021, *Fallos* 344:1151.
- , “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c/ Provincia de Santiago del Estero s/ acción declarativa de certeza”, 05/11/2013, *Fallos*: 336:2148.
- , “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c/ Provincia de Santiago del Estero s/ acción declarativa de certeza”, 22/10/2023, *Fallos*: 336:1756.
- , “Unión Cívica Radical de la Provincia de La Rioja y otro c/ La Rioja, Provincia de s/ amparo”, 22/03/2019, *Fallos*: 342:343.
- , “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santa Cruz y otros c/ Estado de la Provincia de Santa Cruz s/ amparo”, 11/12/2018, *Fallos*: 341:1869.
- , “Actas del acuerdo de superintendencia – art. 2 in fine del Reglamento de Cámara s/ Figueroa, Ana María”, 06/09/2023, Res. N.º 2.338/2023.
- , “Juez”, “Juez, Luis Alfredo c. Honorable Cámara de Senadores de la Nación-Disp 86/22 s/ amparo”, 07/12/2023, *Fallos*: 346:1462.
- Estados Unidos de América, Constitución de los Estados Unidos, 17/09/1787.
- Estados Unidos de México, Constitución de México, 05/02/1917.
- GARGARELLA, Roberto, “Republicana, representativa y federal”, en GARGARELLA, Roberto & GUIDI, Sebastián (directores), *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2019.

- GELLI, María A., “La suspensión de elecciones provinciales y el valor adicional del precedente en materia electoral”, en *La Ley*, N.º 10, 2023.
- Honorable Cámara de Diputados de la Nación, “Promover juicio político al Sr. Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Horacio Rosatti, y de los Sres. Jueces integrantes del Máximo tribunal, Dres. Carlos Rosenkrantz y Juan Carlos Maqueda por la causal de mal desempeño, en los términos del artículo 53 de la Constitución Nacional”, Expediente 2156-D-2023, URL <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2023/PDF2023/TP2023/2156-D-2023.pdf>, consultado el 13/08/2024.
- JONES MERRIT, Deborah, “The Guarantee Clause and State Autonomy: Federalism for a Third Century”, en *Columbia Law Review*, vol. 88, N.º 1, 1988.
- Jurado de Enjuiciamiento de la Nación, “Doctor Ricardo Bustos Fierro s/ pedido de enjuiciamiento”, 26/04/2000.
- KAHN, Paul, *Making the case*, Yale University Press, 2012.
- La Nación, “Confirman la candidatura de Cobos para 2011”, GARGARELLA, Roberto, 17/07/2010, URL <https://www.lanacion.com.ar/politica/confirman-la-candidatura-de-cobos-para-2011-nid1285798/>, consultado el 13/8/2024.
- , “San Juan habilitó la reelección de Gioja”, VENERANDA, Marcelo, 09/05/2011, URL <https://www.lanacion.com.ar/politica/san-juan-habilito-la-reeleccion-de-gioja-nid1371797/>, consultado el 13/8/2024.
- LINZ, Juan J., “Democracy’s Time Constraints”, *International Political Science*, vol. 19, N.º 1, 1998.
- MADISON, James, “El federalista N.º 43”, en HAMILTON, Alexander, MADISON, James & JAY, John, *El federalista*, Librodot, URL [chrome-extension://efaidnbmninnibpcapjpcglclefindmkaj/https://www.ladefensa.com.ar/La%20Defensa%2068/pluginAppObj/pluginAppObj\\_201\\_17/El-Federalista.pdf](chrome-extension://efaidnbmninnibpcapjpcglclefindmkaj/https://www.ladefensa.com.ar/La%20Defensa%2068/pluginAppObj/pluginAppObj_201_17/El-Federalista.pdf), consultado el 13/08/2024
- MÉNDEZ MONTENEGRO, Patricio & VITALIANI, Emiliano, “Haz lo que yo digo pero no lo que yo hago: la Corte Suprema como contralor del republicanismo provincial”, JA 2021-III.
- MITRE, Bartolomé, “Cuestión San Juan”, en *Arengas parlamentarias*, El Ateneo, Buenos Aires, 1930, p. 35.
- Nodal, “¿Pulsiones de secesión en Argentina?”, DE LA VEGA, Carlos, 02/04/2024, URL <https://www.nodal.am/2024/04/pulsiones-de-sece->

- sion-en-argentina-por-carlos-de-la-vega-especial-para-nodal/, consultado el 13/08/2024.
- Provincia de la Rioja, Constitución de la Rioja, 14/05/2008.
- Provincia de Santiago del Estero, Constitución de Santiago del Estero, 21/03/1986.
- PRZEWORSKI, Adam, *Democracy and the Market: Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, Cambridge University Press, 1991.
- Reino de Bélgica, Constitución del Reino de Bélgica, 07/02/1831.
- República del Paraguay, Constitución de la República del Paraguay, 25/11/1870.
- República Oriental del Uruguay, Constitución de la República Oriental del Uruguay, 18/07/1830.
- RIKER, William H., “The Justification of Bicameralism”, en *International Political Science Review*, vol. 13, N.º 1, 1992.
- ROSSETTI, Andrés, “Facultades extraordinarias, la suma del poder público y los infames traidores a la patria. El Artículo 29 de la Constitución Nacional”, en GARGARELLA, Roberto & GUIDI, Sebastián (directores), *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2019.
- SARTORI, Giovanni, *Partidos y sistemas de partidos*, Alianza Editorial, 2005.
- SHAPIRO, Carolyn, “Democracy, Federalism, and the Guarantee Clause”, en *Arizona Law Review*, vol. 63, 2020.
- Suprema Corte de Justicia de Tucumán, “Manzur, Juan Luis vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ Amparo. Expte. 18/22”, 01/12/2022.
- Supreme Court of the United States, “Lawrence v. Texas”, 26/06/2003, 539 U.S. 558 (2003).
- , “Duncan”, 03/03/1891, 139 US 449, 461 (1891).
- , “New State Ice Co. v. Liebmann”, 21/03/1932, 285 U.S. 262 (1932).
- Supremo Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, “Partido Movimiento Viable s/ Acción Meramente Declarativa – Salto de Instancia”, 18/10/2013.
- Tribunal Supremo de Justicia de la Ciudad Autónoma, “Juntos por el Cambio - Ciudad Autónoma de Buenos Aires s. incidente de apelación - causas electorales - reconocimiento de alianza - oficialización de candidatos”, 14/07/2023, Inc. 74159/2023-1.

TRIPOLONE, Gerardo, “Elecciones nacionales y subnacionales en Argentina 2023. Reporte provincial de San Juan”, en *El Derecho - Constitucional, Suplemento Elecciones 2023 en provincias, municipios y CABA*, 04/12/2023, ED-V-CXXXVI-509.

WHITE, Jonathan, “Rhythm and its absence in modern politics and music”, *German Life and Letters*, vol. 70, 2017.



## PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Los trabajos están sujetos al sistema de referato. En consecuencia, los ensayos y las lecciones son asignadas por la Secretaría de Redacción a un número determinado de miembros del Consejo de Redacción –tres (3) en la presente edición– bajo seudónimo, para preservar el anonimato y evitar la distorsión de las condiciones de evaluación. Estas y estos miembros se expiden a través de un dictamen escrito que contiene sus consideraciones e indica el voto a favor o en contra de la publicación.

La Secretaría de Redacción podrá decidir que los trabajos sean evaluados a través de un procedimiento de evaluación externa. En ese caso, serán asignados a miembros del Consejo Asesor –dos (2) en la presente edición– bajo seudónimo. Estas y estos miembros se expiden también a través de un dictamen escrito en el que se indica su voto a favor o en contra de la publicación y fundamentos.

En ambos casos, de formarse el voto unánime de quienes dictaminen a favor de la publicación de la asignación, queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si la totalidad se expide en contra, la obra es desestimada. Si hubiera disidencias en el sentido de sus votos, el escrito es elevado a la consideración del cuerpo editorial en pleno (plenario). En los tres supuestos, el autor o la autora reciben los votos fundamentados de los y las dictaminantes.

El plenario es la instancia donde la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de las y los miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple, el autor o la autora recibirá una minuta con los principales argumentos esgrimidos en el debate.

A diferencia de los ensayos y las lecciones, las obras presentadas para otras secciones de la Revista –reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, etcétera– son directamente sometidas a la evaluación del plenario, sin la instancia previa en la que se elaboran dictámenes individuales.

Todos los escritos que el Consejo de Redacción haya determinado como publicables quedan preseleccionados para su reconsideración al

momento del cierre editorial. Así, en la etapa de conformación definitiva del número, los trabajos preseleccionados son nuevamente clasificados por el pleno para decidir cuáles son incluidos en la publicación en papel y digital. Todo escrito restante –es decir, no incluido– se considera preseleccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor o autora así lo deseara.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la Revista *Lecciones y Ensayos*, tanto en su versión impresa como en su versión digital, disponible en el portal de la Facultad de Derecho de la UBA.

## ¿CÓMO PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*?

### PAUTAS FORMALES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

1. El trabajo enviado deberá adoptar el siguiente orden de presentación:
  - a. Título del trabajo (en español).
  - b. Seudónimo escogido por el autor o la autora (no debe permitir su identificación).
  - c. Resumen en español (250-500 palabras).
  - d. Palabras clave en español (al menos cinco (5) palabras clave).
  - e. *Abstract* en inglés (250-500 palabras).
  - f. *Keywords* en inglés (al menos cinco (5) *keywords*).
  - g. Cuerpo del trabajo (según la extensión determinada por el tipo de trabajo).
  - h. Bibliografía.
2. En todos los casos, la fuente será Times New Roman, 12 puntos, justificado, interlineado 1,5. La página será tamaño A4 (21 x 29,7 cm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm).
3. El trabajo deberá enviarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección lye@derecho.uba.ar. Dentro de las veinticuatro horas se contestará con un acuse de recibo. Preferentemente, en formato .docx; pero también son admisibles formatos similares como .doc, .odt, .rtf. También debe enviarse una versión en .pdf, a fin de asegurar una versión correcta y consolidada.
4. Deberán ser originales e inéditos, redactados en procesador de texto –preferentemente Microsoft Word 2003 o posterior–. La extensión del trabajo, incluyendo las referencias bibliográficas, deberá ser de 12.000 a 16.000 palabras en el caso de las lecciones y de 6.000 a 9.000 palabras para los ensayos.

5. Los trabajos deberán contar con fuentes que sustenten sus afirmaciones y deberá ser posible verificar su existencia y contenido.
6. El sistema es de notas al pie de página con bibliografía al final. Las notas al pie deben ser autosuficientes. No deberá emplearse ningún tipo de reenvío a notas anteriores con fórmulas como “ibíd.”, “*op. cit.*”, “véase cita” o similares. Se procurará que no excedan el renglón de extensión. En el caso de que los elementos título para la doctrina, identificación para las normas o nombre del caso para la jurisprudencia, sean de más de seis (6) palabras, se incorporará una versión resumida del elemento seguido por puntos suspensivos (...).
7. En las notas al pie se consignarán únicamente los datos requeridos para cada tipo de fuente. En caso de que se desee rastrear la fuente, la información completa estará disponible en la bibliografía.
8. Se deberá seguir el siguiente sistema para citar:

**a. Libros**

*En la bibliografía:* APELLIDO, Nombre, *Título*, edición, editorial, año, ciudad, traducción, otros datos.

Ejemplo: VON JHERING, Caspar R., *La lucha por el derecho*, 1ª ed., Heliasta, 1974, Buenos Aires, traducción de Adolfo GONZÁLEZ POSADA.

*En el cuerpo del trabajo:* APELLIDO, *Título*, página.

Ejemplo: VON JHERING, *La lucha por el derecho*, p. 5.

**b. Capítulos de libros**

*En la bibliografía:* APELLIDO, Nombre, “Título”, en APELLIDO, Nombre, *Título*, edición, editorial, año, ciudad, traducción, otros datos.

Ejemplo: BALMACEDA, Mónica P., “Una visión histórica de la buena fe”, en GHERSI, Carlos A., *Principios generales del derecho*, 1ª ed., La Ley, 2013, Buenos Aires.

*En el cuerpo del trabajo:* APELLIDO, “Título”, página.

Ejemplo: BALMACEDA, “Una visión histórica de la buena fe”, p. 54.

**c. Artículos de publicaciones periódicas**

*En la bibliografía:* APELLIDO, Nombre, “Título”, en *Nombre de la revista*, periodicidad, otros datos, páginas.

Ejemplo: MARIANI DE VIDAL, Marina, “La ‘denuncia de daño temido’ a más de cuatro décadas vista”, en *Lecciones y*

*Ensayos*, 2016, N° extraordinario “60 Aniversario”, pp. 301-305.

*En el cuerpo del trabajo*: APELLIDO, “Título”, página.

Ejemplo: MARIANI DE VIDAL, Marina, “La ‘denuncia de daño temido’...”, p. 304.

**d. Derecho interno**

*En la bibliografía*: Jurisdicción/Ente, “Nombre común”, identificación, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: República Argentina, “Ley de Medios”, Ley 26522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, 10/10/2009.

*En el cuerpo del trabajo*: Jurisdicción/Ente, “Nombre común”, artículo.

Ejemplo: República Argentina, “Ley de Medios”, art. 5.

**e. Derecho internacional: tratados**

*En la bibliografía*: Nombre, fecha firma, lugar, entrada en vigor, norma de derecho interno, datos de UNTS, otros datos.

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

*En el cuerpo del trabajo*: Nombre, fecha firma, artículo.

Ejemplo: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, art. 46.

**f. Derecho internacional: organismos**

*En la bibliografía*: Órgano emisor, identificación, nombre, fecha, sesión, otros datos.

Ejemplo: Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/RES/67/97, El Estado de derecho en los planos nacional e internacional, 14/12/2012.

*En el cuerpo del trabajo*: Órgano emisor, identificación, punto.

Ejemplo: AGNU, A/RES/67/97, pto. 1.

**g. Jurisdicciones nacionales**

*En la bibliografía*: Tribunal, “Nombre común”, “Nombre del caso”, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Bazterrica”, “Bazterrica Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes”, 29/08/1986, Fallos 308:1392.

*En el cuerpo del trabajo:* Tribunal, “nombre común”, considerando.

Ejemplo: CSJN, “Bazterrica”, considerando 8.

**h. Jurisdicciones internacionales**

*En la bibliografía:* Tribunal/órgano, “Nombre Común”, “Nombre del caso”, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Panchito López”, “Caso ‘Instituto de Reeducción del Menor’ vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 02/09/2004.

*En el cuerpo del trabajo:* Tribunal/órgano, “Nombre común”, considerando.

Ejemplo: Corte IDH, “Caso Panchito López”, considerando 25.

**i. Material disponible online**

*En caso de que el material esté disponible en internet, al final de la referencia según los párrafos precedentes, se puede incluir la siguiente información:* Identificación, Dominio [DOI/URL], Consultado, fecha.

Ejemplos:

PETERS, Anne, “Treaty Making Power”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, Oxford University Press, URL <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law9780199231690-e1494?rskkey=Nez%20miV&result=1&prd=OPIL>, consultado 10/09/2018.

AUGENSTEIN, Daniel, “Paradise Lost: Sovereign State Interest, Global Resource Exploitation and the Politics of Human Rights”, en *European Journal of International Law*, Vol. 27, N° 3, 2016, pp. 669-691, DOI 10.1093/ejil/chw033, consultado 26/08/2018.

**j. Material audiovisual**

*En la bibliografía:* Fuente web, “título del video”, nombre del usuario, momento exacto del video (hh:mm:ss), dominio (DOI/URL), consultado fecha (dd/mm/aaaa), fecha de publicación (dd/mm/aa), otros datos.

Ejemplos:

YouTube, “Las restricciones que nos impone la Constitución”, DerechoUBA, 00:11:08, URL <https://www>.

[youtube.com/watch?v=NUW5cJRAM6U&t=666s&ab\\_channel=DerechoUBA](https://www.youtube.com/watch?v=NUW5cJRAM6U&t=666s&ab_channel=DerechoUBA), consultado el 07/11/2020.

YouTube, “A favor: Alberto Fornblith biólogo 17-07-18”, Senado Argentina, 00:16:20, URL [https://www.youtube.com/watch?v=oc0MtTvLJfc&t=1s&ab\\_channel=SenadoArgentina](https://www.youtube.com/watch?v=oc0MtTvLJfc&t=1s&ab_channel=SenadoArgentina), consultado 07/11/2020, 18/07/2018

*En el cuerpo del trabajo*: Fuente web, “título del video”, momento exacto del video (hh:mm:ss)

YouTube, “A favor: Alberto Fornblith biólogo...”, 00:16:20.

YouTube, “Las restricciones que nos impone la...” 00:11:08.

k. Otros portales

*En la bibliografía*: Nombre de la página web, “título”, nombre del autor o la autora (APELLIDO, Nombre), fecha de publicación (dd/mm/aaaa), dominio (DOI/URL), consultado (dd/mm/aa), otros datos.

*La Nación*, “Un fallo preocupante de la Corte sobre los tres jueces trasladados”, GARGARELLA, Roberto, 03/11/2020, <https://www.lanacion.com.ar/opinion/un-fallo-preocupante-corte-tres-jueces-trasladados-nid2498887>, consultado 10/11/2020.

Saber leyes no es saber Derecho, “Muiña II: diálogo de poderes y semicírculo hermenéutico interpretativo”, ARBALLO, Gustavo, 05/12/2018, <http://www.saberderecho.com/2018/12/muina-ii-dialogo-de-poderes-y.html>, consultado 10/11/2020.

*En el cuerpo del trabajo*: Nombre de la página web, “título”, fecha de publicación (dd/mm/aa)

*La Nación*, “un fallo preocupante de la Corte...”, 03/11/20.

Saber leyes no es saber Derecho, “Muiña II: diálogo de poderes y...”, 05/12/18.



## ¿CÓMO PARTICIPAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*?

*Lecciones y Ensayos* es una revista jurídica semestral dirigida por estudiantes. Depende del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue fundada en 1956 y, desde entonces, ha cumplido el papel de foro editorial de profesores, alumnos y alumnas, sin más requisito que la excelencia académica.

La Revista se caracteriza por estar gestionada a partir de un diseño institucional basado en procedimientos democráticos para la toma de decisiones que involucran a todas y todos los miembros del Consejo de Redacción que, una vez por semana, se reúnen para deliberar en torno a las tareas editoriales. Nuestras principales actividades consisten en:

- Publicar artículos de docentes, investigadores, investigadoras y estudiantes de las ciencias jurídicas.
- Fomentar la investigación científica, la crítica, el debate abierto y horizontal.
- Permitir el desarrollo de actividades de extensión, como la organización de conferencias, concursos, jornadas, encuentros, entre otros.
- Introducir a las y los estudiantes en el mundo de la investigación.

Si querés participar, podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20 horas que se realizan en la oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho. También podés comunicarte enviándonos un correo electrónico a: [tutorialye@derecho.uba.ar](mailto:tutorialye@derecho.uba.ar).

El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es ser alumno regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.





