ISSN 0024-0079
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

2024 **113**

UBA
Universidad de Buenos Aires

ARGENTINA

Lecciones y Ensayos

Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

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 2024

Directora
María Inés Ponce Balestri

Subdirectora
Martina Sueiro

Secretario de Redacción
Mateo Cardoso

Tutores
Valentina Campos Carmona
Tomás D'Alessio

Colaboradoras/es
Francisco Manuel Varacalli
Juana Boggiano
Sabrina Sclar
Carolina Mantiñan
Juana Lukaszczuk
Sofía San Juan Toledo
Francisco Sierra
Marcos Varela
Martina Smirnoff
Lola María Merlo Fainsílber
Lucas Ramiro Galizky Mohr
Juan Cruz Quinteros
Ángela Bianco

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

RÉPLICA

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

2024 | 113

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

José Casás
María Laura Clérico
Aníbal 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, 1º 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, 1º P
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel./Fax: (54-11) 5287-6762

ÍNDICE

Editorial 13

Lecciones

Maisley, Nahuel, *La arquitectura del derecho internacional* 17

Scotti, Luciana Beatriz y Godio, Leopoldo, *La integración regional en la reforma constitucional de 1994: balance y perspectiva en torno al artículo 75 inc. 24* 59

Álvarez Ugarte, Ramiro, *En defensa del Pacto de Olivos y del ejercicio (posible) del poder constituyente* 89

Ensayos

Ivanoff Ravnensky, Nair Aylen, *Atribución de responsabilidad internacional en el Derecho Internacional de las Inversiones: los TBI* 115

Concurso de ponencias en derechos humanos

Salomón, Alejandro Emir, *El acceso desigual a la información pública como un problema de acceso desigual a la democracia* 141

Bellino, Bautista Ezequiel y Urrein, Gabriela Inés, *Jurisdicción universal y juicio en ausencia: ¿herramientas contra la impunidad o excesos en la persecución penal?* 161

González Gallastegui, Sofía, *Narrativas que persisten en el tiempo. Un análisis de los discursos negacionistas actuales desde una mirada hacia el pasado*..... 177

Entrevistas

Entrevista a Ángela Ledesma 199

Entrevista a Mario Oyarzábal 219

Traducciones

Carlin Sánchez, John Anthony, *Diálogos sobre Derecho y Justicia: Una conversación con Mauro Barberis*. 243

Carlin Sanchez, John Anthony, *Dialoghi sul Diritto e la Giustizia: Una conversazione con Mauro Barberis* 259

Procedimiento de selección

¿Cómo publicar en *Lecciones y Ensayos*? 277

¿Cómo participar en *Lecciones y Ensayos*? 283

EDITORIAL

Con la llegada del segundo semestre, desde *Lecciones y Ensayos* les presentamos un nuevo número. Este recopila muchos proyectos que llevan impresos los pilares fundamentales de este espacio, una revista jurídica integrada y dirigida completamente por estudiantes, con un profundo compromiso por el pensamiento crítico, la excelencia académica y el intercambio de ideas que enriquecen nuestra comunidad universitaria.

Así, uno de los principales propósitos de esta Revista es incentivar el desarrollo de actividades de extensión; entre estas, los concursos. Es por eso que, de la mano del Centro de Derechos Humanos de esta Facultad, coorganizamos el Concurso de Ponencias en Derechos Humanos, que tuvo cuatro ejes temáticos: liberalismo, democracia, futuro y universidad. Dirigido a estudiantes de abogacía y recientes graduadas y graduados, este evento intentó, en consonancia con una de las metas de *Lecciones y Ensayos*, introducir a las y los estudiantes en la investigación jurídica. Los días 13 y 14 de noviembre nos reunimos en el Salón Rojo de nuestra Facultad, donde tuvimos el placer de escuchar las exposiciones de las ponencias. Con mucha alegría, las y los invitamos a la lectura sobre el acceso a la información, la jurisdicción universal y el juicio en ausencia y negacionismo: temas de las ponencias seleccionadas para formar parte de este número.

Por otra parte, en 2024, se cumple un nuevo aniversario de la última reforma de la Constitución Nacional. Desde nuestro espacio, durante el primer semestre de este año, impulsamos el encuentro "30 años de la Reforma Constitucional: Aspectos políticos, normativos e históricos", con la participación de María Angélica Gelli, Roberto Saba y Leticia Vita. En esa línea, durante el segundo semestre, *Lecciones y Ensayos* invitó a estudiantes de grado, profesoras y profesores, y graduadas y graduados a participar de una Convocatoria Especial con el objetivo de fomentar la producción académica sobre los temas sustanciales de dicho hecho histórico-jurídico.

Otra actividad frecuente de *Lecciones y Ensayos* consiste en entrevistar a figuras destacadas del Derecho. En esta oportunidad, contamos con el honor y privilegio de entrevistar a Ángela Ester Ledesma, destacada

Lecciones y Ensayos, Nro. 113, 2024
"Editorial", pp. 13-14

abogada, profesora de nuestra casa de estudios y Jueza de la Cámara Federal de Casación Penal, y a Mario Oyarzábal, abogado, diplomático argentino y Embajador de la República Argentina ante el Reino de los Países Bajos. Confiamos en que encuentren inspiradoras y enriquecedoras las reflexiones que nos compartieron estas distinguidas personalidades.

No podemos finalizar este editorial sin dejar de mencionar que el 2 de octubre del corriente año se llevó a cabo la segunda Marcha Federal en defensa de la Universidad Pública. Una vez más, las y los integrantes que forman parte de *Lecciones y Ensayos* acompañamos a la comunidad educativa, reivindicando la importancia de la educación pública, gratuita y de calidad. Este es el segundo editorial seguido en el que nos pronunciamos en defensa de la Universidad Pública y lo seguiremos haciendo la cantidad de veces que sean necesarias.

Lecciones

LA ARQUITECTURA DEL DERECHO INTERNACIONAL*

Nahuel Maisley**

Resumen: En este artículo reflexiono sobre la arquitectura del derecho internacional, entendida tanto en su dimensión normativa como en su materialidad concreta. A partir de una experiencia personal durante la XI Conferencia Ministerial de la OMC en Buenos Aires, me propongo analizar cómo conviven —y en ocasiones entran en tensión— los principios que estructuran el derecho internacional (representación, participación y deliberación) con los entornos físicos donde ese derecho se produce. Observo que, si bien el discurso jurídico internacional suele apelar a ideales democráticos, la configuración espacial de las negociaciones muchas veces los contradice o limita. Así, los edificios, sus disposiciones internas, sus accesos y sus simbolismos, no son meramente contextuales, sino que también regulan quiénes participan, cómo se delibera y qué voces quedan afuera. Frente a esta constatación, propongo una agenda de investigación interdisciplinaria que recupere lo jurídico, lo estético, lo normativo y lo empírico para pensar un derecho internacional más abierto, consciente de su propia materialidad y de sus implicancias democráticas.

Palabras clave: derecho internacional — legitimidad — representación política — arquitectura institucional — deliberación pública — sociedad civil — infraestructura jurídica

Abstract: In this article, I reflect on the architecture of international law, understood both in its normative dimension and its concrete materiality. Drawing from a personal experience during the WTO's Eleventh Ministerial Conference in Buenos Aires, I analyze how the foundational principles of international law—representation, participation, and deliberation—often coexist in tension with the

* Recepción del original: 02/09/2024. Aceptación: 05/12/2024.
** Profesor de Derecho Internacional (Universidad de Buenos Aires), Global Associate Professor of Law (New York University), Investigador Asistente (Instituto Gioja-CONICET). Dirección de correo electrónico: nmaisley@derecho.uba.ar.

physical environments in which legal decisions are made. I observe that while international legal discourse frequently invokes democratic ideals, the spatial configuration of lawmaking settings tends to contradict or restrict those ideals. Buildings, their internal layouts, access protocols, and symbolic meanings are not neutral; they shape who gets to participate, how deliberation unfolds, and whose voices are excluded. In light of these findings, I propose an interdisciplinary research agenda that integrates legal, aesthetic, normative, and empirical perspectives to imagine a more open international legal system—one that is aware of its materiality and committed to its democratic aspirations.

Keywords: international law — legitimacy — political representation — institutional architecture — public deliberation — civil society — legal infrastructure

I. Introducción

La undécima Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC) se celebró en Buenos Aires —la ciudad donde vivo— en diciembre de 2017. Era la primera vez que este encuentro aterrizaba en un país sudamericano, y una de las escasas ocasiones en que el derecho internacional —tan abstracto y distante en su origen, pero tan concreto y cercano en sus impactos— rozaba nuestras calles, nuestras plazas, nuestros edificios. Ante esa puerta entreabierta, aprovechando las políticas de "transparencia"[1] y "concientización pública"[2] de la OMC, algunos colegas y yo nos inscribimos para participar en el evento. Obtuvimos credenciales de acceso y se nos concedió un espacio para presentar nuestras reflexiones en el centro de ONG habilitado por la organización. La idea era sencilla: observar de cerca nuestro objeto de estudio y, acaso, dejar caer alguna idea extraída de nuestra experiencia. La ocasión, en tanto, era única: la "comunidad internacional" que tantas veces invocábamos en nuestras clases y escritos se materializaría, en persona, en nuestra ciudad, para debatir normas urgentes para nuestra vida en común a escala global, desde subvenciones a la pesca hasta comercio electrónico. Imaginábamos un ambiente vibrante, cargado de civismo, participación y debate.

1. World Trade Organization, Guidelines for Arrangements on Relations with..., 23/07/1996.
2. World Trade Organization, Guidelines for Arrangements on Relations with..., 23/07/1996.

Nuestra charla era el primer día. Al llegar, descubrimos que Puerto Madero, el barrio sede del encuentro, había sido aislado por completo: cercado y custodiado por más de seis mil gendarmes fuertemente armados, que patrullaban tierra y agua con armas largas y cascos militares. Sus credenciales colgaban del cuello, similares a las nuestras, aunque de otro color. Mientras los porteños y las porteñas observaban desde lejos, con mezcla de estupor y apatía, nosotros nos aventuramos a uno de los accesos. Las credenciales nos permitieron atravesar los rigurosos controles —no sin cierta desconfianza hacia mi acento argentino— y cruzar al otro lado. Allí, calles y plazas estaban casi desiertas, salvo por pequeños grupos de gendarmes y policías de aspecto intimidante, y por unos pocos trajeados que iban y venían esquivando el sol abrasador del verano porteño.

Ingresamos al imponente edificio del Centro Cultural Kirchner, designado como centro de ONG, y recorrimos sus amplios pasillos hacia la sala asignada. Allí descubrimos que, pese a las comodidades dispuestas, el lugar estaba absolutamente vacío. Las razones eran claras: la conferencia en sí ocurría en el Hilton de Puerto Madero —un hotel ubicado a unas pocas cuadras, pero a dos o tres puestos de control de distancia—, y aunque el centro de ONG era, en teoría, el punto focal de la participación pública, solo podían acceder quienes contaban con credenciales. La actividad cívica real estaba, entonces, lejos de allí: la principal manifestación pública relacionada con las negociaciones se llevó a cabo frente al Congreso de la Nación, a unos tres kilómetros del lugar de la conferencia, donde no pudo ser vista ni oída por ninguno de los participantes en las reuniones.[3] Para la mayoría de las y los habitantes de Buenos Aires, más allá de las vallas y los bloqueos, visibles y molestos, la conferencia fue a grandes rasgos invisible: ocurrió en nuestra ciudad y, sin embargo, ocurrió en otro lugar al mismo tiempo.[4]

Para mí, como profesor de derecho internacional del sur global, ajeno a las prácticas cotidianas de la disciplina, la experiencia fue reveladora. Pese a la arquitectura normativa de la OMC, orientada a garantizar cierta "transparencia", "cooperación" y "debate público",[5] pese a sus guiños

3. Infobae, "Corridas e incidentes durante la movilización...", 12/12/2017.

4. Sobre la simultánea visibilidad e invisibilidad del derecho internacional, *Cfr.* Pearson, "Spaces of International Law", pp. 489-514. Para una descripción literaria, *Cfr.* Miéville, *The City & The City*.

5. World Trade Organization, Guidelines for Arrangements on Relations with..., 23/07/1996.

discursivos a la participación y la inclusión,[6] la arquitectura física de la conferencia —las vallas, los controles, los glamorosos pasillos, las salas vacías— aseguró que los espacios de decisión quedaran material y simbólicamente apartados de cualquier posibilidad real de impugnación y deliberación pública. Según las normas, Buenos Aires debía transformarse en un espacio vibrante de civismo, con debates apasionados sobre las reglas que rigen la economía global. En cambio, me encontré con un oasis de exclusión: burócratas resguardados por gendarmes y muros, debatiendo en salas asépticas de hoteles internacionales, de espaldas a la ciudad.[7]

Lo que ocurrió en Buenos Aires en 2017 no fue una excepción, sino más bien la regla.[8] La arquitectura normativa del sistema jurídico internacional tiende hacia la inclusión, hacia una progresiva concientización de la necesidad de incrementar la legitimidad del derecho que se crea, operacionalizada en el reconocimiento creciente de principios de representación, participación y deliberación en el procedimiento. Nada de esto es lineal ni absoluto, y los mecanismos son patentemente imperfectos, sobre todo si se los considera contra un trasfondo histórico de violencia, colonialismo y opresión, que aún hoy influye sobre las dinámicas de poder globales. Pero al menos a nivel discursivo, al menos al nivel de las reivindicaciones, existe cierto espacio para la impugnación de los mecanismos patentemente excluyentes o arbitrarios. En cambio, la arquitectura física del derecho internacional muchas veces tiende a lo contrario. Los espacios donde se crean las normas —predios amurallados, salones de hoteles y centros de

6. Maisley, "The International Right of Rights?..."; Maisley "El derecho de la sociedad civil..."

7. Quizás se pueda sumar a esta descripción del blindaje de la cumbre el hecho de que muchas y muchos activistas fueron investigados por los servicios de inteligencia nacionales por el simple hecho de participar en el evento. Algunos de ellos fueron incluso impedidos de entrar al país. El criterio fue tan ridículo que hasta yo mismo fui espiado ilegalmente por la Agencia Federal de Investigaciones: miraron mis redes sociales (y destacaron publicaciones en defensa de la universidad pública y del sistema científico y tecnológico), cruzaron datos impositivos y bancarios, y estudiaron mi CV disponible en el sitio web de la universidad. Obtuve una copia de aquel expediente confidencial en 2020, de la que surge toda esta información.

8. Pearson, "Spaces of International Law", p. 501; McKenna, "Designing for international law: The architecture..."; McKenna, "Designing for international law: The architecture..."; Pearson, "Spaces of International Law", p. 501; Vos & Stolk, "Law in concrete: institutional architecture...".

convenciones blindados— suelen situar la toma de decisiones "lejos de los contextos en los que se vive el derecho internacional, distanciándolo además de los ámbitos y entornos de la vida cotidiana y del alcance de aquellos a quienes el sistema pretende proteger".[9]

En este artículo quiero explorar estas dos dimensiones de la "arquitectura del derecho internacional". Con este término me referiré, como es evidente, a ambos sentidos posibles de la idea de "arquitectura": el sentido figurado —la arquitectura *normativa* del sistema, la que define los parámetros institucionales en que se toman decisiones en este contexto— y el sentido literal —la arquitectura *física*, es decir, los edificios en los que materialmente se toman las decisiones relevantes para el sistema—. Lo que quiero hacer en el trabajo es poner en diálogo estas dos ideas y ofrecer algunas reflexiones acerca de su operación conjunta en lo que refiere a los procesos de creación de derecho internacional.[10] La hipótesis que guiará estas páginas es que el derecho es solo uno de los muchos mecanismos generadores de orden en las relaciones sociales, y que necesariamente interactúa con otros, en ocasiones de forma competitiva, en otras colaborativa. El poder infraestructural, embebido en la arquitectura física de los espacios donde se toman decisiones públicas, es uno de estos otros mecanismos alternativos generadores de orden, que convive en sus efectos de gobernanza con el derecho. Mi idea es analizar esa interacción compleja entre estas dos fuerzas regulatorias que se me presentó por primera vez, con toda claridad, en aquella conferencia ministerial de Buenos Aires. A diferencia de esa experiencia en primera persona, aquí busco identificar grandes patrones, pero también matices, limitaciones y complejidades de estas dinámicas.

El trabajo estará dividido en tres partes. En la primera, presentaré brevemente la arquitectura normativa del sistema de creación del derecho internacional, sus fundamentos y sus principios. En la segunda, analizaré la arquitectura física de los procesos legiferantes del derecho internacional, enfocándome primero en los espacios internos y luego en las áreas externas de los edificios. En la tercera, finalmente, intentaré esbozar una agenda de investigación respecto de estos fenómenos.

9. Pearson, "Spaces of International Law", p. 501.
10. Este movimiento es un intento explícito de "pensar infraestructuralmente" sobre el derecho internacional. *Cfr.* Kingsbury, "Infrastructure and InfraReg: on rousing the...", p. 179.

II. La arquitectura normativa del derecho internacional

II.A. Los cimientos del edificio normativo del derecho internacional: la aspiración a lo público y la necesidad de legitimidad

El derecho internacional es un dispositivo de poder cuyo ejercicio depende, bastante peculiarmente, del despliegue de una práctica argumentativa. A diferencia de otros mecanismos generadores de orden en las relaciones internacionales —como la fuerza militar o las dinámicas económicas—, el derecho internacional aspira a ser percibido como un mecanismo "no arbitrario, como algo más que el resultado de un toma y daca puramente basado en relaciones de poder".[11] Por ese motivo, los discursos y las prácticas de quienes operan con el derecho internacional suelen estructurarse en torno a lo que Benedict Kingsbury llama una "aspiración a lo público",[12] es decir, en torno al compromiso de que el sistema tenga "cierta capacidad de respuesta a las demandas e intereses desarrollados dentro de los públicos pertinentes".[13]

Si bien esta aspiración puede ser percibida como algo peculiar en el contexto de las relaciones internacionales, no se trata de algo novedoso para las y los juristas. Esta aspiración es, en realidad, una marca constitutiva del derecho, en general.[14] Todo sistema jurídico intenta guiar la conducta de sus sujetos no solamente mediante la coerción, sino proporcionando argumentos que justifiquen su autoridad para regular, que intenten convencer de que cumplir con la norma es, por algún motivo, la conducta correcta.[15] Jeremy Waldron describe este rasgo esencial del derecho como una "orientación al

11. Kingsbury, "International Law as Inter-Public Law", p. 174; Hurrell, *On Global Order: Power, Values, and...*, p. 39; Chimni, "Legitimating the international rule of law", p. 306.
12. Kingsbury, "The Concept of 'Law' in Global...", p.31; Waldron, "Can There Be a Democratic Jurisprudence?", p. 702. Sobre el ideal de publicidad, *Cfr.*, en general; Kingsbury, "International Law as Inter-Public Law".
13. Kingsbury & Maisley, "Infrastructures and Laws: Publics and Publicness", p. 362.
14. Kingsbury, "International Law as Inter-Public Law", p. 174.
15. Sobre esta característica del derecho, *Cfr.*, clásicamente, Hart, *The Concept of Law*, pp. 79-91. *Cfr.* también Nino, *Derecho, moral y política. Una revisión...*, p. 70.

bien público".[16] El elemento definitorio no es que el sistema jurídico sea realmente beneficioso para el público, sino que pretenda serlo, que se presente como orientado en esa dirección, que dé argumentos a tal efecto. Esa reivindicación de la legitimidad del poder ejercido —aun cuando sea cínica o hipócrita— es constitutiva de lo que llamamos "derecho".[17] No reconocemos como derecho "cualquier orden emitida por los poderosos", dice Waldron, "sino solamente las normas que pretenden actuar en nombre de toda la sociedad y abordar asuntos que conciernen a la sociedad como tal".[18]

La teoría de las relaciones internacionales otorga cierta centralidad, desde hace tiempo, al rol de estos procesos argumentativos en cualquier proyecto de orden global. En el ámbito internacional —al igual que a nivel nacional—, establecer un cierto orden en contra de la voluntad de actores sociales prominentes conlleva grandes costos. Hay buenas razones, entonces, para que quienes tienen la capacidad de imponerse a través de su poder bruto no lo hagan habitualmente; para que busquen —al menos en las situaciones corrientes, no excepcionales— beneficiarse de la estabilidad, eficiencia y alcance de los mecanismos de regulación jurídica como punto de apoyo del orden internacional.[19] Los Estados (y otros actores) poderosos necesitan del derecho internacional y sus instituciones "para compartir los costos materiales y políticos de la protección de sus intereses y para obtener la autoridad y la legitimidad que la posesión del poder bruto nunca puede garantizar por sí sola".[20] A diferencia de quienes ejercen otras formas de poder —como la fuerza militar o el poder económico—, entonces, quienes toman decisiones basándose en el derecho internacional están sujetos a una exigencia general (aunque algo desigual) de presentar sus decisiones como el resultado de un procedimiento legítimo.

Mi punto al advertir esto no es celebrar las reivindicaciones cínicas de legitimidad de sistemas jurídicos claramente ilegítimos —y el derecho

16. Waldron, "The Concept and the Rule of...", pp. 31-32; Waldron "Can There Be a Democratic Jurisprudence?", pp. 702-703.
17. Raz, *Between Authority and Interpretation*, p. 128; Véase también Raz, *The Authority of Law*, p. 158
18. Waldron, "The Concept and the Rule of Law", p. 31.
19. Es precisamente esto lo que explica por qué, como sostuvo clásicamente Louis Henkin, "casi todas las naciones respetan casi todos los principios del derecho internacional y casi todas sus obligaciones casi todo el tiempo". Henkin, *How Nations Behave*, p. 47.
20. Hurrell, *On Global Order*, p. 39.

internacional es al menos un buen candidato para ese rótulo, dada su historia irresuelta de colonialismo, explotación y opresión—, sino señalar que la utilización de estos discursos puede abrir importantes vías de impugnación, particularmente a través del cuestionamiento de procedimientos ilegítimos con la potencia de sus propios argumentos. Es lo que Jon Elster llama "la fuerza civilizatoria de la hipocresía":[21] cualquier forma de discurso público, incluida aquella implicada en la justificación del sistema jurídico, "está sujeta a una restricción de coherencia. Una vez que un orador ha adoptado un argumento imparcial porque corresponde a sus intereses o prejuicios, se le considerará oportunista si se desvía de él cuando deje de servir a sus necesidades".[22] La propia necesidad del sistema de legitimarse para ejercer su poder de forma más estable abre la puerta, entonces, a estas impugnaciones; es la aspiración a lo público la que se convierte en un "vehículo para la normatividad"[23] que convierte críticas externas en críticas internas a la propia lógica del sistema. Así, la apelación cínica al ideal puede tener el potencial de minar —al menos a nivel discursivo— los cimientos de la estabilidad del poder ejercido a través este cinismo.

El proceso de creación y modificación de normas es uno de los espacios donde esta aspiración a lo público se manifiesta de manera más evidente. Todos los sistemas jurídicos, en cualquier lugar y circunstancia, afirman que sus normas son creadas a través de procedimientos legítimos (y refutan como infundada cualquier acusación de arbitrariedad). Para ello, hace al menos cuatro siglos que tienden a apoyarse centralmente en una idea muy sencilla, que podemos describir como *el ideal de autogobierno*: que las normas deben emanar de un proceso en el que se exprese la voluntad de los propios sujetos sometidos a ellas. La humanidad ha tendido, así, a dejar de buscar la legitimidad de las normas en fuentes trascendentales, como la autoridad divina, y ha pasado a buscarla en pactos —reales o hipotéticos— en que los propios individuos "confieren todo su poder y fuerza a una persona, o a una asamblea de personas, que

21. Elster, "Deliberation and Constitution Making", pp. 104-111. Sobre esta lógica en el derecho internacional, véase Guidi & Maisley, "Who Should Pay for COVID-19?...", p. 430.

22. Elster, "Deliberation and Constitution Making", pp. 104, 111.

23. Kingsbury & Donaldson, "From Bilateralism to Publicness in International Law", p. 84 Véase también Kingsbury, "International Law as Inter-Public Law", p. 173.

puede reducir todas sus voluntades, por pluralidad de voces, en una sola voluntad".[24]

Desde hace varias décadas, en tanto, la humanidad ha tendido a identificar ese mecanismo por el cual se reducen todas las voluntades en una sola voluntad con lo que Jürgen Habermas llama la "fuerza legitimadora de la génesis democrática del derecho".[25] Así, hasta los regímenes más totalitarios y brutales tienden a escudarse hoy detrás de cínicas invocaciones al ideal democrático: desde la República "Democrática" Alemana hasta la República "Democrática" Popular de Corea (del Norte) o la República "Democrática" de Somalia, pasando por la "democracia protegida" chilena de Augusto Pinochet, la "democracia socialista" cubana, o la "democracia orgánica" española de Francisco Franco. Todos estos regímenes autoritarios, de todos los continentes, se describen a sí mismos como democráticos porque una afirmación en contrario socavaría definitivamente cualquier mínima legitimidad que pudieran tener—porque si reconocieran su naturaleza no democrática no habría forma de distinguir a estos Estados de bandas de ladrones organizadas que imponen su poder bruto a punta de pistola.[26] Aun cuando no sean regímenes democráticos, reivindican serlo, para beneficiarse de la estabilidad que eso proporciona. Y eso, en tanto, da lugar a unas relaciones de poder distintas que si ejercieran el poder bruto sin intentar siquiera justificar su autoridad, es decir, que si ejercieran el poder sin apelar al derecho como forma de gobernanza.

II.B. La estructura del edificio normativo del derecho internacional: representación, participación y deliberación

A diferencia de lo que ocurre con los sistemas jurídicos nacionales, el derecho internacional no utiliza estas invocaciones democráticas tan abiertamente, pero sí defiende su autoridad basándose —de forma algo dispar, y mediante un proceso algo oscilante, para nada lineal[27]— en tres principios

24. Hobbes, *Leviathan, or the Matter, Form, and*..., cap. 17, párr. 13.
25. Habermas, *Between Facts and Norms*, p. 288.
26. La referencia a la dificultad de distinguir a un soberano de una banda de ladrones se atribuye a Agustín de Hipona en su obra "La Ciudad de Dios" (De Civitate Dei), escrita en el siglo V. Véase también Raz, The Authority of Law, p. 158; Between Authority and Interpretation, p. 128.
27. Sobre los matices respecto de las urgencias de las demandas democráticas en el derecho internacional, y también sobre la evolución no lineal de estos procesos, véase generalmente Weiler, "The Geology of International Law – Governance...".

que, a mi juicio, están en el trasfondo de ese ideal: el de representación, el de participación, y el de deliberación. La referencia a estos ideales no está expresada en un único documento jerárquico —una constitución— como suele suceder a nivel nacional. En cambio, está reflejada en una especie de "red constitucional" compuesta por una serie de principios y reglas con distinta fuente normativa, que establecen lineamientos básicos que deberían guiar el proceso de creación de normas internacionales.[28]

II.B.1. El principio de representación

El principio de representación es, quizás, de los tres principios democráticos, el más asentado en el derecho internacional—aunque su alcance sea algo limitado. En lo que seguramente sea el pasaje más famoso de la historia de la disciplina, en el fallo *Lotus* de 1927, la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo que el derecho internacional "gobierna las relaciones entre Estados independientes"[29] y que las "reglas de derecho que obligan a los Estados emanan, por lo tanto, de *su propia voluntad* libremente expresada".[30] El fragmento refleja una idea que forma parte los consensos básicos de la disciplina, un punto de partida para entender el derecho internacional "como se lo enseña en la mayor parte de las facultades de derecho, en la mayor parte de los países, la mayor parte del tiempo".[31] La idea, que sirve de punto de apoyo conceptual y normativo para todo el sistema, es que el contenido de las reglas del derecho internacional debe ser decidido por los propios sujetos que habrán de ser gobernados por esas reglas. El ideal de autogobierno se erige así como fuente decisiva de la legitimidad del derecho internacional.

Lo que la Corte Permanente evitó hacer en aquel fragmento del fallo *Lotus*, no obstante, es explicar quién es, exactamente, el sujeto cuya voluntad debe tenerse en cuenta para la elaboración del derecho internacional. Obviamente, la idea de que la voluntad relevante es "la de los Estados" no puede ser más que una metáfora o una ficción, dado que ningún ente colectivo —ningún grupo de personas— tiene una voluntad realmente autónoma,

28. Peters, "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential...", p. 602. *Cfr.* también Peters, "Global Constitutionalism Revisited", p. 64.
29. Corte Permanente de Justicia Internacional, "The Case of the S.S. Lotus", p. 25.
30. Corte Permanente de Justicia Internacional, "The Case of the S.S. Lotus", p. 25.
31. Bianchi, *International Law Theories: An Inquiry into...*, p. 22.

propia del grupo como tal.[32] Los entes colectivos como los Estados no son seres autoconscientes: no tienen mentes independientes ni sistemas nerviosos propios;[33] no pueden tener "un punto de vista propio"[34] ni constituir "un centro de conciencia al que pueda dirigirse una justificación".[35] Los grupos humanos nunca son, además, plenamente cohesivos; son más bien "creaciones, recreaciones y negociaciones constantes de fronteras imaginarias entre un 'nosotros' y un 'otro'".[36] Entonces, cuando se alegan los intereses de un grupo de personas "pretendiendo que ellos son distintos de los intereses de los individuos que los integran", sostiene Carlos Nino, "se está hipostasiando un punto de vista que no es más que el de ciertos individuos (y, no por casualidad, la satisfacción de aquellos intereses suele coincidir con la de los intereses de esos individuos)".[37] La voluntad de un ente colectivo no es, entonces, algo que exista en el mundo y que pueda ser identificado empíricamente, como parece sugerir la referencia antropomórfica de la Corte Permanente de Justicia Internacional.[38]

La única forma de determinar —o, más precisamente, de construir— una voluntad colectiva, como la de un Estado, es a través de un proceso institucionalizado de representación de los individuos que lo conforman. Ese proceso puede tener diversas características, pero, para que la voluntad resultante pueda ser legítimamente asociada a la del grupo, el procedimiento debe "ser justo para con los intereses y opiniones de cada uno de los miembros".[39] Además, esa representación difícilmente ocurra como resultado de acciones aisladas de actores puntuales; aparece, en cambio, cuando se establece "una cierta estructura y funcionamiento general en el sistema, como resultado de patrones de conducta emergentes de las

32. Besson, "State Consent and Disagreement in International...", pp. 295-296; Wendt, "The State as Per-son in International...", p. 290. La sugerencia de Hobbes de que el Estado puede tener una voluntad única también es una ficción; Hobbes nunca creyó que ni siquiera su Leviatán antropomorfizado pudiera tener voluntad propia. *Cfr*. al respecto Skinner, "Hobbes and the Purely Artificial Person...".
33. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, p. 253.
34. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, p. 254.
35. Scanlon, "Contractualism and utilitarianism", p. 114.
36. Benhabib, *The Claims of Culture*, p. 8.
37. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, p. 254.
38. Sobre las aproximaciones antropomórficas en el derecho internacional, *Cfr*: generalmente Strobeyko, "The Person of the State: The...".
39. Christiano, "Authority", sec. 7.

múltiples actividades de muchas personas".[40] Lo relevante, entonces, no es tanto la existencia de representantes específicos, sino de un "sistema representativo".[41] Este sistema representativo —adopte las características que adopte— es el nexo que permite unir, en términos conceptuales y normativos, a un colectivo de personas con una voluntad única.

Cuando el derecho internacional justifica su legitimidad apelando al rol central de los Estados en el proceso de creación de normas no lo hace, entonces, porque los Estados sean valiosos *per se*, sino por su rol como representantes de los individuos que los componen.[42] Nuevamente, esta no es una descripción de lo que efectivamente ocurre en los hechos, sino de la aspiración del sistema, del argumento utilizado por el derecho internacional para afirmar su legitimidad. En los hechos, los Estados no siempre son buenos representantes internacionales de sus propios ciudadanos: muchos Estados tienen formas de gobierno no democráticas o directamente despóticas e, incluso en el caso de los Estados democráticos, los engranajes de la representación de la ciudadanía en el proceso de creación de derecho internacional distan mucho de ser ideales.[43] Pero aun cuando esto sea cierto, todos los Estados se presentan como representantes de sus ciudadanos —aunque en realidad no lo sean y aunque no existan mecanismos institucionalizados que permitan evaluar dicha representación—. Cuando los Estados, por ejemplo, firman tratados con Estados no democráticos, actúan *como si* esos otros Estados fueran, por alguna razón, de todos modos, representantes válidos de sus ciudadanos.[44] Esto es así porque de lo contrario no funcionaría el argumento de la Corte Permanente en *Lotus*: sería abiertamente contradictorio argumentar que ciertos Estados no representan a su ciudadanía y que, sin embargo, un grupo de esos Estados puede acordar normas de derecho internacional que adquieren legitimidad a partir del ideal de autogobierno colectivo.

40. Pitkin, *The Concept of Representation*, pp. 221-222.
41. Rey, *El sistema representativo. Las representaciones políticas...*
42. Christiano, "Democratic Legitimacy and International Institutions".
43. Besson & Martí, "Legitimate actors of international law-making...", p. 15; Lindblom, *Non-Governmental Organisations in International Law*, p. 12; Peters, "Dual Democracy", p. 291; Lefkowitz, *Philosophy and International Law. A Critical...*, p. 113.
44. Lo que suele ocurrir es que utilizan el control efectivo como sustituto de la representación, en lugar de abandonar por completo cualquier consideración sobre cuestiones de representación. *Cfr*., por ejemplo, Roth, "Secessions, coups and the international rule...", p. 426.

II.B.2. El principio de participación

El segundo principio democrático al que apela el sistema de creación de normas de derecho internacional para reivindicar su legitimidad es el principio de participación.[45] Además de los mecanismos de representación formal —canalizados principalmente a través de los Estados, como vimos en el punto anterior—, el sistema suele habilitar, al menos discursivamente, la participación directa de las personas potencialmente afectadas por las normas en el proceso de su creación.[46] Por supuesto, esta participación está sujeta a restricciones que permitan garantizar, razonablemente, la operatividad y funcionalidad del procedimiento. Una de estas limitaciones impone que la ciudadanía participe no a título personal, sino a través de organizaciones de la sociedad civil, debidamente instituidas y reconocidas. Con esa mínima restricción, el principio tiene un pedigrí importante en el derecho internacional contemporáneo: hoy, la idea de que las organizaciones de la sociedad civil deberían poder participar, de algún modo, en los procesos de creación del derecho internacional parece ampliamente compartida.[47]

La referencia a este principio de participación como fundamento de legitimidad del derecho internacional está relacionada con el reconocimiento de un amplio derecho humano a la participación política, codificado en el artículo 25(a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP).[48] La disposición en cuestión le reconoce a cada ciudadano y ciudadana "el derecho y la oportunidad (…) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos".[49] Existen, entonces, derechos políticos universales que exceden la mera elección de representantes y que se centran, más bien, en

45. Analicé en profundidad el alcance de este principio en mi tesis doctoral: Maisley, "El derecho de la sociedad civil...".
46. Para una historia de esta participación, *Cfr*: Charnovitz, "Two Centuries of Participation: NGOs and...".
47. Para una revisión de la bibliografía, *Cfr*: Maisley, "El derecho de la sociedad civil...", pp. 13-19.
48. He presentado la versión extensa de este argumento en Maisley, "The International Right of Rights? Article 25(a) of the ICCPR as a Human Right to Take Part in International Law-Making". Véase también Maisley, "El campamento participativo. Por qué la representación política no es virtuosa en sí misma, sino en todo caso un mal necesario", pp. 78-79.
49. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 19/12/1966, artículo 25(a).

el procedimiento previo a la toma de cualquier decisión pública.[50] Como explicó el Comité de Derechos Humanos, las y los ciudadanos "participan en la dirección de los asuntos públicos ejerciendo influencia mediante el debate y el diálogo públicos con sus representantes y gracias a su capacidad para organizarse".[51] Esta idea es tan aplicable al derecho internacional como lo es al derecho nacional.[52] Según el propio Comité, la noción de "dirección de los asuntos públicos" mencionada en el artículo 25 del Pacto "es un concepto amplio que se refiere al ejercicio del poder político. [...] Abarca todos los aspectos de la administración pública y la formulación y aplicación de políticas *internacionales*, nacionales, regionales y locales".[53]

En mi tesis doctoral hice un relevamiento extenso de la aceptación de este principio en el derecho internacional contemporáneo. Entre otras aproximaciones a la cuestión, estudié allí 87 reglas de procedimiento de diversos mecanismos de creación de normas internacionales, desde aquellos que ocurren en el seno de organizaciones internacionales a algunos de naturaleza híbrida, pasando por conferencias internacionales convocadas para la celebración de un tratado.[54] En ese estudio encontré que casi el 90% de las reglas de procedimiento analizadas contaban con cláusulas que permitían que grupos de la sociedad civil tuvieran algún tipo de acceso al procedimiento de creación de derecho internacional.[55] Alrededor del 80 % de esas reglas de procedimiento le daban, además, algún tipo de voz a estos grupos, ya fuera a través de presentaciones orales o escritas.[56] Teniendo en cuenta esa abrumadora práctica y cierta *opinio juris* expresada en distintas declaraciones, sostuve allí que el derecho de participación de la sociedad civil en la creación del derecho internacional tenía naturaleza consuetudinaria.

Mi argumento en relación con el principio de participación —al igual que con los otros principios— no es que, en los hechos, el proceso de

50. Véase, por ejemplo, Ebbesson, "The Notion of Public Participation in... ", p. 71; Fahner, "Revisiting the human right to democracy...", p. 325; Fox, "The Right to Political Participation in...", p. 555; Maisley, "Cohen v. Cohen: Why a Human..."; Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political...*, p. 571; Peter, "The Human Right to Political Participation", p. 11; Steiner, "Political Participation as a Human Right".
51. Comité de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/REV.7 AT 194, art. 25.
52. Maisley, "The International Right of Rights? Article 25(a)...".
53. Comité de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/REV.7 AT 194, art. 25.
54. Maisley, *El derecho de la sociedad civil...*
55. Maisley, *El derecho de la sociedad civil...*
56. Maisley, *El derecho de la sociedad civil...*

creación del derecho internacional sea suficientemente permeable a las intervenciones de la ciudadanía organizada. De ningún modo. Mi argumento es que el derecho internacional busca legitimarse a través de una cierta apertura a la participación de la sociedad civil en los mecanismos de creación de normas, y que esta es una característica distintiva, no desdeñable —incluso algo contraintuitiva en términos de relaciones de poder— de la arquitectura normativa del derecho internacional, aun cuando en los hechos esta participación sea bastante limitada. Visibilizar esa apelación a nivel discursivo es importante porque puede, por un lado, incentivar reformas de reglas concretas a partir de la crítica interna del sistema —nuevamente, por "la fuerza civilizatoria de la hipocresía"[57]— y porque puede dar lugar, por otro lado, a nuevas lecturas de reglas existentes a partir de la invocación de estos principios fundantes del sistema como parte del proceso de interpretación del derecho internacional.[58]

II.B.2. El principio de deliberación

El último principio democrático al que apela el derecho internacional para justificar la legitimidad de sus procesos de elaboración de normas es el principio de deliberación. No alcanza con que las reglas sean decididas por representantes ni que la sociedad civil tenga cierto acceso a estas instancias: la decisión debe tomarse luego de un procedimiento deliberativo, en el que los distintos actores intercambien argumentos respecto de la conveniencia o inconveniencia de adoptar las normas en cuestión. La deliberación es la "correa de transmisión"[59] que integra los tres principios en un sistema propiamente dicho, permitiendo que la ciudadanía interpele a los representantes y exigiendo de ellos respuestas y justificaciones razonables de su accionar. En realidad, la misma construcción de una voluntad común a partir de las múltiples voluntades del conjunto de personas depende de la operación integrada de los tres principios: para que un sistema "sea

57. Elster, "Deliberation and Constitution Making", pp. 104-111.
58. Maisley, "Better to see international law..."; Maisley "Agreeing to Disagree: The Problems of...".
59. Nanz & Steffek, "Global Governance, Participation and the Public...", p. 323; Steffek & Nanz, "Emergent Patterns of Civil Society Participation...", p. 8; Tallberg & Uhlin, "Civil society and global democracy", p. 212; Bexell, Tallberg & Uhlin, "Democracy in Global Governance: The Promises and Pitfalls of Transnational Actors", pp. 86-87.

eficaz como representante, y no como un mero escenario en el que las élites actúan según su propio guión", sostiene Iris Marion Young, "el proceso democrático de autorización de los representantes debe ser participativo y deliberativo".[60]

El derecho internacional también reconoce este principio como parte de su aspiración a lo público, como un elemento central en la reivindicación de la legitimidad de sus procesos de creación de normas. La exigencia de deliberación se manifiesta, específicamente, en al menos dos dimensiones. En primer lugar, parecería existir una presunción general de *publicidad* de los procedimientos.[61] Esto quiere decir que "la no divulgación de documentos y el cierre de reuniones al público deben estar específicamente justificados con base en excepciones legales que hayan sido claramente definidas y circunscritas con anterioridad al hecho".[62] Estas excepciones "sólo pueden concederse si las razones que las justifican son expuestas públicamente; de este modo, la carga de explicar y demostrar la necesidad del secreto recae en la propia institución, no en las personas ajenas que solicitan el acceso".[63]

En segundo lugar, parecería existir una exigencia específica de *deliberación*, de que existan espacios apropiados para que los distintos actores que participan del proceso intercambien argumentos respecto de la decisión a ser tomada. Esta deliberación debe incluir a los distintos representantes, en pie de igualdad formal, pero también a la sociedad civil habilitada a participar en los procedimientos. La idea puede ser identificada en tres fuentes del derecho vigente. Primero, en una fuente consuetudinaria, basada en la práctica de los Estados condensada en reglas de procedimiento de distintos sitios de creación del derecho internacional, que suelen reconocer un procedimiento argumentativo público como un requisito previo a la toma

60. Young, *Inclusion and Democracy*, pp. 130-131; Véase también Urbinati, *Representative Democracy*, p. 35.

61. "Contra este trasfondo de prácticas de transparencia y de evidente *opinio iuris*, podría decirse que tal presunción ya existe como norma de derecho internacional, y no sólo en lo que respecta a los Estados, sino también a las organizaciones internacionales. En aras de la claridad y la seguridad jurídicas, esta presunción también debería codificarse en las constituciones de las organizaciones internacionales o en los reglamentos internos" Peters, "Towards Transparency as a Global Norm", p. 596.

62. Peters, "Towards Transparency as a Global Norm", pp. 596-597.

63. Peters, "Towards Transparency as a Global Norm", pp. 597.

de decisión legiferante.[64] Segundo, en un principio subyacente al derecho internacional de los derechos humanos: "que ningún ser humano reciba un trato que no pueda justificarse ante él como persona igual a los demás",[65] lo que Rainer Forst llama "un derecho a la justificación".[66] Y, tercero, como un corolario del principio general de buena fe: si se permite el acceso de las organizaciones de la sociedad civil a las reuniones de las y los representantes y se les da una voz en la participación, resultaría luego despreciativo —casi insultante, definitivamente de mala fe— que sus opiniones fueran descartadas sin mayor trámite.[67] De acuerdo con Anne Peters, entonces, las organizaciones tendrían, mínimamente, "un derecho a que haya un reconocimiento sucinto de que los argumentos fueron recibidos y una respuesta que muestre que el contenido de sus presentaciones fue considerado".[68]

II.C. El diseño del edificio normativo del derecho internacional: el sistema de creación de normas internacionales

El orden jurídico resultante de esta "red constitucional" es uno que retiene su estructura plural —específicamente en su aspecto institucional: el poder público no está centralizado, sino que está distribuido en colectividades políticas "multinivel y multidimensionales"—[69] pero que tiene también un costado constitucionalista, dado que se reconoce la existencia de una serie de reglas y principios universalmente aplicables, que enuncian una serie de valores normativos comunes y establecen una serie de pautas básicas acerca de cómo deben tomarse las decisiones públicas.[70] El proceso legiferante en derecho internacional puede ser conceptualizado, entonces, como un sistema deliberativo de toma de decisiones compuesto por múltiples sitios, procesos y reglas, pero con una aspiración común hacia lo público.

64. Forst, "The justification of human rights and...", p. 712.
65. Forst, "The justification of human rights and...", p. 712.
66. Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice*.
67. Peters, "Membership in the Global Constitutional Community", p. 228; Maisley, "El derecho de la sociedad civil...", cap. 5.
68. Peters, "Membership in the Global Constitutional Community", p. 227.
69. Besson & Martí, "Legitimate actors of international law-making...", p. 26; Maisley, "Dos ejes para pensar la tensión...", pp. 1237-1241.
70. Peters, "Compensatory Constitutionalism", p. 582; Peters, "Membership in the Global Constitutional Community", p. 155.

Los sitios de este sistema pueden conceptualizarse en dos categorías distintas.[71] En primer lugar, están los espacios de toma de decisiones propiamente dichas, en los que las y los representantes (imperfectos) de la ciudadanía —los públicos "formales" o "fuertes"[72]— debaten, negocian y deciden sobre la creación, modificación o derogación de normas. Y, en segundo lugar, hay sitios de impugnación y discusión en que la ciudadanía —los públicos "informales" o "débiles"[73]— delibera en primera persona a gran escala, intentando influir en las decisiones de los públicos formales. La creación del derecho internacional es un "sistema" en el sentido de que las funciones relevantes se distribuyen entre estos sitios, que no solo están conectados, sino que también son interdependientes.[74] La necesidad de legitimidad y la consecuente aspiración a lo público infunde poder comunicativo a este sistema, hace que el proceso sea (más) deliberativo y tiende a empujar las interacciones —de forma bastante imperfecta, pero aun así bastante notable— hacia "una forma particular de estructurar las relaciones de poder, una forma que garantice cierta receptividad a las reivindicaciones e intereses desarrollados dentro de los públicos pertinentes".[75]

III. La arquitectura física del derecho internacional[76]

Existen muchas razones por las cuales esta aspiración a lo público del derecho internacional no se materializa de la forma en que uno podría

71. Esto sigue, de forma muy general, el enfoque de "doble vía" de Jürgen Habermas. *Cfr.* Habermas, *Between Facts and Norms*, pp. 304-308; *Cfr.* también Fraser, "Rethinking the Public Sphere: A Contribution...".

72. Fraser, "Rethinking the Public Sphere", pp. 74-77; Habermas, *Between Facts and Norms*, pp. 304-308.

73. Fraser, "Rethinking the Public Sphere", pp. 74-77; Habermas, *Between Facts and Norms*, pp. 304-308.

74. Mansbridge & otros, "A systemic approach to deliberative democracy", p. 4.

75. Kingsbury & Maisley, "Infrastructures and Laws", p. 362; Kingsbury, "International Law as Inter-Public Law", pp. 174-175.

76. Esta sección y la que sigue reproducen, expanden y adaptan ideas originalmente publicadas en 2023 en el volume 117 del American Journal of International Law Unbound (Maisley, "The Infrastructure of International Law-Making: How Buildings Shape the Publicness of the Global Law-Making System"), bajo una licencia CC BY 4.0. Se han incorporado reflexiones adicionales y se han reelaborado los argumentos originales para esta publicación.

esperar al leer acerca del reconocimiento de los principios de representación, participación y deliberación. Muchas de esas razones son internas al propio sistema jurídico internacional, heredero de un legado histórico de violencia estructural y opresión sistemática, en el que las invocaciones cínicas a los principios han tenido un rol ciertamente central.[77] Otras de esas razones son externas al derecho en sentido estricto y tienen que ver con la operación de dinámicas, por ejemplo, de mercado, militares e incluso ideológicas ante las que el sistema jurídico internacional se muestra en ocasiones impotente.[78] El resultado, en cualquier caso, es uno evidentemente problemático, con demasiadas normas de dudosa legitimidad rigiendo nuestra vida en común a nivel global. Como ya subrayé un par de ocasiones, no obstante, el punto que quise hacer en la sección anterior no es que el sistema de creación de normas de derecho internacional *sea* legítimo, sino que *se reivindica* como legítimo, y que esa reivindicación da lugar a una forma distintiva de relaciones de poder, con oportunidades de intervención e impugnación que merecen nuestra atención.

En este contexto, como demuestra el ejemplo de la Conferencia Ministerial de Buenos Aires, el entorno material —la arquitectura física del sistema— puede desempeñar un papel clave, a veces en combinación y a veces en competencia con el derecho.[79] Los edificios pueden servir como obstáculos, como facilitadores o, más ampliamente, como reguladores de las interacciones que tienen lugar dentro de cada sitio y entre los distintos sitios.[80] Los edificios son espacios críticos "a través de los cuales la política se traduce de una racionalidad a una práctica, en toda su complejidad social, material y política".[81] En ellos "se crea la presencia física del derecho, generando el espacio material en el que se practica el derecho internacional y en el que las ideas sobre el derecho internacional y la identidad de la comunidad jurídica internacional pueden expresarse y, lo que es más

77. Sobre el "encuentro colonial" y su impacto sobre la estructura contemporánea del derecho internacional *Cfr.*, clásicamente, Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of...*
78. El viejo adagio de Henkin sugiere algo de esto: no son todas las normas, ni todas las veces, ni todos los Estados quienes cumplen con el derecho internacional. Véase Henkin, *How Nations Behave*, p. 47.
79. Kingsbury, "Infrastructure and InfraReg", pp. 181-182.
80. Maisley, "Law and democracy in the globalisation of infrastructure as an asset class", pp. 61-62.
81. Appel, Anand & Gupta, "Introduction: Temporality, Politics and the Promise...", p. 20.

importante, experimentarse".[82] La arquitectura física subyacente al proceso, en suma, "perpetúa el pasado, manifiesta el presente y condiciona el futuro".[83]

Estas afirmaciones sobre el impacto de los edificios no buscan sugerir que necesariamente haya ni intencionalidad ni determinismo en la relación entre el derecho internacional y la arquitectura física subyacente, ni que estos dos conceptos sean completamente escindibles. En la creación y selección de los espacios en que se llevan adelante estos procesos "encontramos una mezcla de actos conscientes e intencionados, por un lado, y el funcionamiento de procesos generales de transmisión cultural, por otro".[84] Muchas veces la forma de los espacios es el resultado de fenómenos históricos complejos más que de decisiones específicas que buscan tener un impacto en una negociación en particular.[85] Además, como reconoce toda la bibliografía que estudia estos temas, el impacto de este entorno material sobre las prácticas efectivas suele ser indirecto y en gran medida limitado. En uno de los textos clásicos sobre arquitectura y creación de derecho, Charles Goodsell explica que "el entorno físico no controla de forma determinista las actitudes y el comportamiento de las personas, aunque sí condiciona sus pensamientos y acciones de forma preliminar, sutil e interactiva".[86] La arquitectura física del derecho internacional no regula, por sí sola, el alcance de la representación, participación y deliberación en el proceso legiferante. Pero sí tiene un impacto a veces visible, que merece ser estudiado. Por último, vale la pena subrayar que la separación conceptual entre arquitectura normativa y arquitectura física es también limitada, ya que el contenido y evolución de cada una de ellas depende, en cierta medida, de la otra. Los edificios del derecho internacional no son solo el conjunto de vigas o ladrillos visibles y palpables, sino que son, en sí mismos, ensamblajes de múltiples decisiones técnicas, sociales y organizacionales.[87] Los edificios son resultado de las normas, que son a su vez resultado de los edificios.

82. McKenna, "Designing for international law", p. 2.
83. Goodsell, "The Architecture of Parliaments: Legislative Houses and Political Culture", p. 288.
84. Goodsell, "The Architecture of Parliaments: Legislative Houses...", p. 289.
85. Vale, *Architecture, Power and National Identity,* p. 7.
86. Goodsell, "The Architecture of Parliaments ", p. 288.
87. Kingsbury, "Infrastructure and InfraReg", p. 179; Asenbaum*, The Politics of Becoming: Anonymity and...*, p. 18.

En lo que sigue, presentaré algunas reflexiones sobre el vínculo entre estos edificios y la aspiración a lo público del derecho internacional. Dividiré la exploración según el tipo de sitio: primero analizaré el espacio interno de los edificios —los espacios donde se toman las decisiones legiferantes propiamente dichas— y luego consideraré el espacio externo—donde la ciudadanía tiene la oportunidad de protestar o deliberar a gran escala sobre esas decisiones. A lo largo de la exploración intentaré tener en cuenta no solamente el rol de estos sitios en particular, sino de los vínculos entre ellos. Esto último es crucial, dado que solo habrá un verdadero sistema representativo si existen conexiones —normativas, discursivas, simbólicas y materiales— entre los sitios en que se toman decisiones y los sitios en que la ciudadanía puede participar del debate público y buscar influenciar o impugnar esas decisiones.

III.A. El espacio interno de los edificios del derecho internacional: los sitios donde se toman las decisiones

En el derecho internacional moderno, la mayor parte de las decisiones legiferantes —incluidas decisiones sobre partes constitutivas de normas, como en el caso de las resoluciones no vinculantes que contribuyen al desarrollo de una costumbre— se adopta en reuniones diplomáticas multilaterales.[88] Estos encuentros pueden tener múltiples formatos: debates en organizaciones internacionales, conferencias de las partes de tratados multilaterales, conferencias de negociación *ad hoc*, entre varios otros. No existe un requisito de forma preciso para el desarrollo de estas reuniones; por el contrario, los Estados suelen establecer sus propias reglas de procedimiento al comenzar sus funciones. De estas cumbres participa habitualmente una multiplicidad de actores, pero los representantes de los Estados preservan "su rol primario"[89] como los únicos formalmente facultados para tomar decisiones sobre la creación, modificación o derogación de normas. Así, estas conferencias multilaterales pueden conceptualizarse como públicos "formales" o "fuertes", en los que representantes (imperfectos) de

88. Boyle & Chinkin, *The Making of International Law*, p. 98. Sobre las resoluciones de organizaciones internacionales como piedra angular del desarrollo de normas consuetudinarias en la actualidad, *Cfr.* Cho & Gulati, "Customary International Law: How Do Courts...".
89. Boyle & Chinkin, *The Making of International Law*, p. 2.

la ciudadanía crean derecho en su nombre.[90] En lo que sigue, analizaré el impacto de la arquitectura subyacente sobre lo que ocurre en estos sitios de toma de decisiones. Para ello, consideraré, primero, su rol simbólico y, luego, su rol en términos más prácticos.

III.A.1. La dimensión simbólica

En todos los sistemas jurídicos, la reivindicación de la legitimidad del sistema legiferante suele requerir algo más que argumentos estrictamente discursivos, e incluso estrictamente racionales. La representación política —que, como vimos, es un elemento central para la legitimidad de cualquier proceso de creación de normas— tiene una dimensión inherentemente simbólica, cuyos atributos no siempre pueden ser capturados con palabras, con explicaciones racionales. Como sostiene Hannah Pitkin, "la prueba crucial respecto de la representación es si los representados le creen o no a los representantes. Y los fundamentos que respaldan tal creencia parecen irracionales y afectivos; no [siempre] es posible enunciar una justificación racional precisa que los explique".[91] La representación tiene, entonces, una dimensión teatral, ritual, expresiva, destinada a construir esa credibilidad con algo más que palabras.[92] "Si la reina fuera saltando por el pasillo en su coronación", ejemplifica Pitkin, "en lugar de marchar lentamente, con aires de realeza, la ilusión simbólica se desmoronaría rápidamente".[93] Los símbolos y los rituales son constitutivos de cualquier sistema jurídico; sin ellos, los gobernantes pasarían frente a nuestros ojos como personas extrañas que creen que debemos obedecerles simplemente porque así lo dicen ellos mismos.

En esta dimensión simbólica, los espacios materiales en los que se toman decisiones legiferantes cumplen un rol crucial.[94] John Parkinson explica que "disponer de un lugar 'digno' ayuda a los ciudadanos y a sus

90. Fraser, "Rethinking the Public Sphere", pp. 74-77; Habermas, *Between Facts and Norms*, pp. 304-308.
91. Pitkin, *The Concept of Representation*, p. 102.
92. Parkinson, "Does democracy require physical public space?", pp. 103-104; Parkinson, *Democracy and Public Space. The Physical...*
93. Pitkin, *The Concept of Representation*, p. 103.
94. Goodsell, "The Architecture of Parliaments", pp. 288-292; Psarra, Staiger & Sternberg, "Introduction: Parliament Buildings and the Architecture...", pp. 1-2.

representantes a tomarse en serio la deliberación y la toma de decisiones que tienen lugar en ellos, lo cual es importante porque esas decisiones afectan a un gran número de personas".[95] Para los individuos que desempeñan circunstancialmente el papel de representantes de otras personas, la arquitectura de los edificios en los cuales llevan a cabo sus funciones puede servir de recordatorio de la función pública que están desempeñando: del hecho de que no están decidiendo como ellos mismos, o para ellos mismos, sino en nombre de los demás. Los tipos de edificios que generan estos sentimientos de reverencia pueden variar en el tiempo y el espacio: no es el edificio en sí lo que importa, sino cómo este interactúa con la sociedad que lo rodea;[96] al fin y al cabo, como sostiene Parkinson, "el contexto es lo que determina cómo se recibe un símbolo".[97] Sin perjuicio de ello, las y los arquitectos han aprendido a apelar a ciertas técnicas efectivas —desde las enormes dimensiones de las catedrales góticas hasta la solemnidad de los edificios gubernamentales neoclásicos— para transmitir a los individuos la idea de que son una pequeña pieza en un sistema que es mucho más grande que ellos mismos.[98] Los edificios donde se crea derecho tienden a ser diseñados, entonces, con un mensaje dual de "alienación y empoderamiento",[99] con una idea de "asombrar a los de fuera y hacer sentir a los de adentro la elevada posición en la que se encuentran".[100]

Curiosamente, no obstante, las reuniones diplomáticas multilaterales en las que se crea derecho internacional se celebran, muchas veces, en espacios que no tienen estas características. Gran parte del derecho internacional se elabora, hoy en día, en hoteles. El ejemplo más brutal de este fenómeno quizás haya sido el del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP, por su sigla en inglés), firmado en 2016 y cuyas

95. Parkinson, *Democracy and Public Space. The Physical...*, p. 94; *Cfr.* también Psarra, Staiger & Sternberg, "Introduction: Parliament Buildings and the Architecture...", p. 3.
96. Goodsell, "The Architecture of Parliaments", p. 288.
97. Parkinson, *Democracy and Public Space. The Physical...*, p. 97; *Cfr.* también Asenbaum, *The Politics of Becoming*, pp. 21-22; Vale, *Architecture, Power and National Identity*, pp. 4-6.
98. *Cfr.*, clásicamente, de Quincy, *Dictionnaire Historique d'Architecture*, pp. 302-308. Para el ejemplo del Palacio de Westminster, *Cfr.* Flinders; Cotter; Kelso y otros, "The politics of parliamentary restoration and...", p. 150; McCarthy-Cotter; Flinders & Healey, "Design and Space in Parliament", p. 55.
99. Vale, *Architecture, Power and National Identity*, p. 8.
100. Parkinson, "How legislatures work – and should work – as public space", p. 438p.

diecinueve rondas de negociación tuvieron lugar casi íntegramente en salas de reuniones de hoteles de cadenas internacionales alrededor del mundo. Aun sin conocer los salones puntuales del hotel Hilton Bayfront en San Diego, del hotel Intercontinental en Ho Chi Minh City, o del hotel Crowne Plaza en Auckland, podemos imaginarlos con cierta precisión: salones de techos altos, iluminados por grandes luminarias colgantes de cristal que difunden una luz suave y uniforme sobre alfombras gruesas de tonos neutros, capaces de absorber cada paso sin dejar eco. Las paredes, revestidas en tonos crema o grises, muestran discretos ornamentos que, sin destacar, sugieren lujo y neutralidad. Las mesas vestidas con largos manteles y las sillas acolchadas, dispuestas en mesas rectangulares imperiales, refuerzan la sensación de un espacio creado para discusiones largas y de naturaleza confidencial. Todo en estos salones parece diseñado para anular cualquier rasgo de individualidad, convirtiendo el entorno en un escenario sin identidad propia; un sitio de tránsito y anonimato, de sobriedad corporativa, aislada del entorno y de la sociedad local.

Estos hoteles de cadenas internacionales parecen simbolizar exactamente lo opuesto a la aspiración a lo público del derecho internacional que se crea en sus salones. El antropólogo Marc Augé los ha descripto clásicamente como "no lugares": espacios cuyos usos se estructuran a través de relaciones contractuales, y que están diseñados con una aburrida uniformidad para conceder a los individuos un relativo anonimato, librándolos de sus determinantes habituales.[101] Son símbolos de aislamiento, homogeneidad e insensibilidad—todas ideas contrarias a las virtuosas "conexiones ocultas" propias de la representación política.[102] En lugar de transmitir a las y los participantes el sentido del deber público, estos lugares reflejan una sensibilidad eminentemente privada, tornando a las conferencias multilaterales en algo parecido a "una reunión corporativa genérica cualquiera celebrada en cualquier salón de cualquier hotel genérico".[103] Estos espacios refuerzan, así, la "apatía",[104] el aspecto "emocionalmente distante y hasta displicente"[105] habitual en la práctica afectiva de las y los profesionales del

101. Augé, *Non-places: Introduction to an Anthropology of Supermodernity*, pp. 101-103.
102. Pitkin, *The Concept of Representation*, p. 93.
103. Ars Technica, "Exporting copyright: Inside the secretive Trans-Pacific Partnership", 17/05/2012.
104. Simpson, "The sentimental life of international law", p. 25.
105. Knop, "The hidden city in international legal thought", p. 446.

derecho internacional, alejándolos aún más de las experiencias de aquellos cuyas vidas están regulando. En el caso del TPP, la afrenta a este simbolismo fue tan grosera que el acuerdo finalmente se firmó ¡en un lujoso casino! (algo que los activistas describieron como una auténtica provocación).[106]

Sin perjuicio de esta no desdeñable tradición de crear de derecho internacional en hoteles —una práctica llevada al extremo en la peculiar historia del TPP, pero no del todo inusual, como prueba el ejemplo de la conferencia ministerial de Buenos Aires—, una parte importante de las normas de derecho internacional sí se crea en espacios más apropiados. El impresionante Salón de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, es probablemente la mejor ilustración de ello. Este espacio, diseñado por un equipo liderado por el arquitecto brasileño Oscar Niemeyer, es un claro ejemplo de arquitectura con simbología pública, en la que el diseño y la estética del recinto tienen una conexión directa con la función de representación política a la que están destinados. Se trata de un espacio verdaderamente monumental, con techos de veintitrés metros de alto y paredes revestidas en madera que crean un ambiente solemne y dignificado. En el centro de la sala hay un estrado con una gran mesa de mármol verde y un podio para dirigirse a los presentes. Detrás, un gigantesco emblema de la organización preside las reuniones, enmarcado en un fondo laminado en oro. Las alfombras son de un color verde elegante y los mil ochocientos asientos son de un color madera claro. Las paredes de la sala están decoradas con obras abstractas diseñadas por el pintor francés Fernand Léger, que se suman a una multiplicidad de piezas de artistas de distintas nacionalidades exhibidas en el resto del complejo. No casualmente, más de cuarenta y dos millones de personas han visitado estos espacios a lo largo de sus más de setenta años de operación. El sitio, en sí, se ha convertido en un verdadero símbolo.

Aunque la historia y los usos del lugar son los que explican gran parte de su importancia emblemática, la arquitectura misma ha contribuido sin duda a convertir este espacio, desde el primer día, en "un edificio tan distintivo como el capitolio estadounidense, el parlamento británico o la cámara de los diputados francesa".[107] Pese a que desde afuera el edificio no es muy imponente, una vez dentro, el Salón "es muy distinto de lo que

106. Otago Daily Times, "Cops call on activist over TPP protest plans", 07/04/2016.
107. The Washington Post, "U.N. to Open New Assembly Hall Tuesday", 11/10/1952.

uno esperaría a partir de ver el adusto caparazón exterior".[108] Las "amplias proporciones y el diseño circular del vestíbulo, iluminados por la luz de la llamativa cúpula, constituyen una gran declaración sobre la función de la ONU".[109] Además, el hecho de que el edificio fuera diseñado en Estados Unidos a comienzos de la guerra fría por Niemeyer —un reconocido y vocal militante de izquierda— junto con un amplio (aunque sólo masculino) equipo de arquitectos de diez naciones, también contribuye a simbolizar la naturaleza universal y pluralista de los esfuerzos legiferantes que tienen lugar en él.[110]

III.A.2. La dimensión práctica

Más allá de este aspecto simbólico, la arquitectura de los edificios donde se crea derecho es también relevante por razones prácticas. Para cumplir con la aspiración a lo público del derecho internacional, estos procedimientos deberían realizarse en espacios cuyo diseño propicie la deliberación pública entre las y los representantes de los Estados y aquellos que habrán de ser gobernados por las normas bajo estudio. La disposición de los distintos espacios de los edificios debería orientarse, para ello, a garantizar la accesibilidad y la exposición de los procesos, con la esperanza de que ello induzca a que los diversos participantes "vean las cosas no sólo desde su propio punto de vista, sino también desde la perspectiva del conjunto".[111]

La disposición de las salas plenarias, por ejemplo, puede aumentar o minimizar la visibilidad de las y los oradores, influyendo potencialmente en sus discursos.[112] Mientras que las salas en forma de abanico o con

108. UN General Assembly, *Architectural Forum*, p. 141. En su época, Lewis Mumford criticó duramente el diseño afirmando que "el edificio es el hogar de lo que debe ser a su tiempo el cuerpo deliberativo más importante del mundo. Sin embargo, no hay nada en su forma, su posición, su tratamiento externo, o su relación con los otros dos edificios de Naciones Unidas (...) que indique su importancia o aquella de la organización"; Mumford, *From the Ground Up*, p. 53.

109. McKenna, "Designing for international law", p. 20.

110. Hanlon, *A Worldly Affair: New York, the...*, pp. 59-61; McKenna, "Designing for international law", pp. 17-22.

111. Kingsbury & Maisley, "Infrastructures and Laws", p. 464. Sobre esto último, *Cfr*: Arendt, "Crisis in Culture", p. 221; Fraser, "Rethinking the Public Sphere", p. 66.

112. Patterson, "Party Opposition in the Legislature: The... "; Goodsell, "The Architecture

formato de oposición (estilo Westminster) obligan a las y los representantes a estar frente a frente durante los debates, las salas de estilo teatro, con filas de asientos de cara a un estrado —como las de la Asamblea General de la ONU, la OMC, la OMS y otras—, los sitúan en una posición más pasiva, de espectadores.[113] El tamaño de las salas plenarias también puede ser relevante. Las salas pequeñas, abarrotadas de personas, pueden generar cierta sensación de urgencia, subrayando la intensidad de los debates y la importancia que estos tienen para muchas personas.[114] Las salas grandes y reverberantes, en cambio, tienden a predisponer a los oradores a hablar más lento, con mayor solemnidad, particularmente si lo hacen desde un podio o atril en el centro de la sala, como suele ser el caso.[115]

El espacio dedicado a la sociedad civil dentro de la cámara también desempeña un papel clave, ya que puede "incitar a los representantes a enmarcar sus argumentos en un formato que sea defendible públicamente".[116] Las y los teóricos de la democracia llevan mucho tiempo afirmando que la presencia física de las personas afectadas por las decisiones que se toman es relevante para la legitimidad del proceso. La principal razón es de índole motivacional: ver a las personas afectadas en carne y hueso, delante suyo, puede contribuir a que quienes deciden sean más conscientes de los efectos de sus elecciones.[117] Esto no es más que el principio de publicidad kantiano en operación: es "el efecto disciplinario de obligar a los representantes a

---

of Parliaments ", pp. 295-296; Psarra, Staiger & Sternberg, "Introduction: Parliament Buildings and the Architecture...", pp. 7-8.

113. Parkinson, *Democracy and Public Space. The Physical...*, pp. 104-112; Goodsell, "The Architecture of Parliaments", pp. 298-299. Para un estudio de la disposición de las mesas en organizaciones internacionales, *Cfr.* Touloumi, "A Seat at the Table: United...".

114. El ejemplo clásico es el Palacio de Westminster, renovado luego de sufrir serios daños en la Segunda Guerra Mundial. Fue Winston Churchill quien propuso mantener la pequeña escala de la Cámara de los Comunes, para evitar que la mayor parte de las sesiones fueran con el espacio vacío. Véase, al respecto, Goodsell, "The Architecture of Parliaments: Legislative Houses and Political Culture", p. 298; Koehler, "City Council Chamber Design: The Impact...", p. 53; McCarthy-Cotter, Flinders & Healey, "Design and Space in Parliament", p. 54.

115. Goodsell, "The Architecture of Parliaments", pp. 297-298. Lewis Mumford tenía la intuición de que este podía ser un problema para el Salón de la Asamblea General: Mumford, *From the Ground Up*, p. 59.

116. Parkinson, *Democracy and Public Space. The Physical...*, p. 142; *Cfr.* también Goodsell, "The Architecture of Parliaments", p. 297.

117. Gargarella, "Full Representation, Deliberation, and Impartiality", p. 262.

defender sus proyectos y logros ante un público que no pueden elegir a dedo, y con el que no tienen una relación más o menos cordial".[118] Otra razón es simbólica: "los que no participan directamente adquieren un sentimiento de inclusión y pertenencia al demos cuando ven sus narrativas ancladas en una forma simbólica, física".[119] La presencia de personas excluidas en los espacios públicos "es condición necesaria (pero no suficiente) para que estos se sientan y sean reconocidos como conciudadanos con reclamos legítimos por otros miembros del demos".[120] En cuanto al diseño de los edificios, esta necesidad de incluir materialmente a la sociedad civil puede requerir "cambios en la disposición de las galerías, para maximizar, en lugar de minimizar, las líneas de visión entre el suelo y la galería".[121] Por supuesto, solo un número limitado de personas puede estar presente en estos espacios en un momento dado, incluso si el edificio está diseñado a propósito con este objetivo en mente. Esto "no importa siempre que algunos puedan aprovechar la oportunidad y siempre que la oportunidad se distribuya de forma relativamente uniforme".[122] Lo relevante, en cambio, es que la ciudadanía sienta que su presencia en la cámara es posible, y que las y los representantes se sientan interpelados por la proximidad de aquellos en cuyo nombre deciden.

Más allá de las salas plenarias, el diseño y la disposición de las salas de los comités, los vestíbulos, las salas de recepción, los comedores e incluso los pasillos también puede influir en el carácter público del proceso, tanto en lo que se refiere a la relación entre los representantes y la ciudadanía como entre los propios representantes. Los edificios que obligan a todos los participantes a salir por la misma puerta, por ejemplo, aumentan las posibilidades de interpelación de las y los representantes estatales.[123] Los edificios que prevén espacios de oficina contiguos para las y los representantes estatales, o que prevén cómodos espacios para comer

118. Parkinson, "How legislatures work — and should work...", p. 449; *Cfr.* también "Does democracy require physical public space?", p. 108. Sobre el principio de publicidad y sus complejidades, *Cfr.* Chambers, "Behind Closed Doors: Publicity, Secrecy, and...", Kingsbury & Maisley, "Infrastructures and Laws", p. 362.
119. Parkinson, "How legislatures work – and should work...", p. 442.
120. Parkinson, "How legislatures work – and should work...", p. 442.
121. Parkinson, *Democracy and Public Space. The Physical...,* p. 142.
122. Parkinson, *Democracy and Public Space. The Physical...*, p. 142.
123. Parkinson, *Democracy and Public Space. The Physical...*, pp. 115-116.

o trabajar, pueden crear entre ellas y ellos una sensación de camaradería diaria, contribuyendo a generar confianza para el proceso deliberativo.[124] Los edificios con mobiliario móvil pueden ajustarse mejor a las múltiples prácticas comunicativas que requiere el proceso legislativo.[125] A esto se suma que muchos de los edificios donde se crea derecho fueron diseñados por varones para ser utilizados exclusivamente por varones: el mobiliario no es amigable para el uso de vestimenta femenina, la distribución de los baños genera largas filas en los destinados a mujeres, mientras los de varones suelen estar vacíos, etcétera. Todo esto es una evidente afrenta a la naturaleza pública del proceso.

La infraestructura puede ser, también, importante para el éxito de otras herramientas clásicas de negociación, como la sutil manipulación de las necesidades de sueño y alimentación de los participantes. Cuando las reuniones se prolongan hasta altas horas de la noche, tener acceso a un espacio cómodo y accesible se convierte en un activo fundamental.[126] Una activista de la sociedad civil me contó alguna vez de las dificultades para conseguir cena en la sede de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York durante una conferencia: sus tarjetas de identificación como activistas no les permitían volver a entrar en el edificio una vez que lo habían abandonado por la noche, y tenían que depender de que los representantes estatales salieran del recinto para traerles comida cuando las sesiones se extendían en el tiempo. Todos estos elementos, aunque aparentemente mundanos, pueden tener cierto impacto en muchos procesos legiferantes.

Por último, un aspecto clave en el diseño de todos estos espacios es el muy estudiado equilibrio entre transparencia y eficacia: mientras que la publicidad es crucial para la legitimidad de la labor legislativa, cierto espacio para la interacción privada parece indispensable para alcanzar acuerdos con éxito.[127] El equilibrio elegido suele reflejarse en las reglas de procedimiento, pero también en la arquitectura: por ejemplo, en el número de sillas disponibles en las

124. Parkinson, *Democracy and Public Space. The Physical...*, p. 121. Sobre esta función de "socialización" de los espacios informales, *Cfr.* Norton, "Power behind the Scenes: The Importance", pp. 250-255.
125. Parkinson, *Democracy and Public Space. The Physical...*, p. 114. Sobre los muebles, *Cfr.* también Goodsell, "The Architecture of Parliaments", pp. 296-297.
126. Neumann, *Diplomatic Sites: A Critical Enquiry*, p. 121.
127. Chambers, "Behind Closed Doors"; Parkinson, *Democracy and Public Space. The Physical...*, p. 118; Warren; Mansbridge, "Deliberative negotiation", pp. 106-112.

salas de reuniones[128] o en la visibilidad y acústica de los pasillos donde tienen lugar los debates informales.[129] En la práctica real de la elaboración del derecho internacional, la balanza se ha inclinado históricamente a favor del secretismo, ya que muchas veces se entiende que la diplomacia es intrínsecamente "reservada y enigmática, alejada del ojo público".[130] En cualquier caso, aunque se puede conseguir mucha publicidad mediante reformas tanto jurídicas como arquitectónicas, las negociaciones privadas no pueden (ni deben) ser eliminadas: como mucho, la arquitectura (y el derecho) pueden desincentivarlas o regularlas, haciendo que ciertas negociaciones de trastienda sean más onerosas para los participantes. Esto se ha vuelto aún más complejo en los últimos años gracias a las comunicaciones digitales, ya que muchas de las discusiones que antes se celebraban en pasillos o cafeterías se celebran ahora en el espacio digital, mucho menos regulable.

III.B. El espacio externo de los edificios del derecho internacional: los sitios donde se disputan las decisiones

Más allá de lo que sucede dentro de los recintos, la aspiración a lo público del proceso del derecho internacional requiere que el debate de las y los representantes estatales en las conferencias multilaterales esté activamente conectado con procesos deliberativos sociales más amplios. Esto obliga a poner el foco en lo que ocurre fuera de los edificios, en las calles. El establecimiento de esta conexión entre representantes y ciudadanía puede intentarse por varios medios, muchos de ellos de naturaleza jurídica—es decir, a través de reglas que pongan en práctica los principios de representación, participación y deliberación. Sin embargo, el derecho por sí solo no puede obligar a los representantes a prestar la debida atención a estos públicos informales; a menudo se requieren además varios procesos sociales para "invertir los circuitos normales de comunicación en el sistema político y la esfera pública"[131] y lograr una verdadera interacción virtuosa entre la deliberación pública y la toma de decisiones.

La arquitectura puede desempeñar un papel clave en esta tarea —tanto en términos simbólicos como prácticos— a través de la regulación material

128. Walker, *Multilateral Conferences. Purposeful International Negotiation*, p. 131.
129. Parkinson, *Democracy and Public Space. The Physical...*, p. 118.
130. Bianchi, "On Power and Illusion: The Concept", p. 3.
131. Habermas, *Between Facts and Norms*, p. 381.

de la proximidad entre los representantes y la ciudadanía.[132] Esta proximidad física es importante por dos razones. La primera es, de nuevo, "para que los responsables de la toma de decisiones no puedan aislarse del descontento público",[133] para que se vean obligados a escuchar, ver e incluso a oler al público informal que reclama a su puerta. Se trata, en cierta medida, de una cuestión de *aisthesis*, de un tipo de cognición basada en una "reacción corporal a la realidad vivida":[134] la experiencia sensorial de cohabitar con una manifestación pública —ver las caras de los manifestantes, leer sus pancartas, escuchar sus cánticos— puede presionar aún más a los responsables de la toma de decisiones y aumentar su "sensación de urgencia por presentar las decisiones como no arbitrarias".[135] Este impacto sensorial no es, además, unilateral, sino que afecta a todas las personas involucradas —representantes y participantes—, cuyas posiciones no son inalterables, sino que se forjan en estos procesos e interacciones.[136] "Los sujetos democráticos", explica Hans Asenbaum, "no entran y salen de los espacios democráticos con identidades predeterminadas o fijas. En cambio, producen, recrean y alteran sus identidades en el proceso participativo mismo".[137]

La segunda razón por la que la proximidad a los edificios donde se crea derecho es importante es "para que los propios manifestantes puedan revestir sus reclamos de símbolos de (...) importancia, asociando sus reivindicaciones a la misma auto dignidad a la que recurren los representantes electos cuando presentan sus argumentos y toman sus decisiones".[138] No es lo mismo protestar frente a la sede del edificio donde se llevan a cabo las negociaciones que en la otra punta de la ciudad.[139] En las narrativas del discurso público, el escenario tiene su propia relevancia simbólica, ya que las reivindicaciones realizadas en espacios centrales y tradicionales suelen ser más capaces de "atraer la atención de conciudadanos, responsables políticos, público atento y otros espectadores hacia esas narrativas

132. Müller, "What (if Anything) Is "Democratic Architecture"?", p. 30.
133. Parkinson, *Democracy and Public Space. The Physical...*, p. 18.
134. Larkin, "The Politics and Poetics of Infrastructure", p. 336; HAsenbaum, *The Politics of Becoming*, p. 28.
135. Kingsbury, "International Law as Inter-Public Law", p. 174.
136. *Cfr.* clásicamente, Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, cap. 4.
137. Asenbaum, *The Politics of Becoming*, p. 35.
138. Parkinson, *Democracy and Public Space. The Physical...*, p. 18.
139. Parkinson, "Does democracy require physical public space?", p. 111 .

y reivindicaciones públicas".[140] El lugar en que se lleva a cabo la manifestación, dice John Parkinson, "reviste esos reclamos con símbolos de autoridad, lo que facilita su comprensión y aceptación por parte del público destinatario".[141]

Procurar espacios adecuados para la protesta pública no es, sin embargo, una preocupación habitual del sistema de creación de derecho internacional. A menudo se invocan consideraciones de seguridad para convertir las sedes de las organizaciones internacionales en fortalezas amuralladas, aisladas, "desvinculadas de cualquier espacio físico, circunscripción, ideología o tradición particulares".[142] La evidente desventaja es que estos "enfoques de seguridad perimetral crean entornos estériles, y acercarse a los edificios se convierte en un calvario, en lugar de ser algo bienvenido".[143] En los últimos años, especialmente, "en el contexto de la 'guerra contra el terrorismo', la seguridad se ha convertido en un valor supremo al que se subordinan todos los demás: democracia, accesibilidad, responsabilidad y amenidad urbana".[144] Las vallas y las armas largas de los gendarmes en la Conferencia Ministerial de Buenos Aires no eran la excepción, sino más bien la regla.

Más allá de estas prácticas policiales, existe el problema obvio y genuino de la escala, de encontrar un lugar adecuado para las conferencias multilaterales, accesible a las personas cuyas vidas están a punto de ser reguladas. Las ciudades globales del derecho internacional —como Nueva York o Ginebra— "figuran regularmente entre las más caras del mundo, con el correspondiente efecto sobre el grado de presencia y participación".[145] Cuando las conferencias multilaterales se celebran en otros lugares, especialmente en el sur global, "los espacios preexistentes se sanean y se convierten en 'neutrales'. Se establecen fronteras, se vigila y se establecen zonas amigables y accesibles sólo para los actores reconocidos como

140. Parkinson, *Democracy and Public Space. The Physical...*, p. 147.
141. Parkinson, "How legislatures work – and should work...", p. 448.
142. Pearson, "Spaces of International Law", p. 501.
143. Parkinson, "How legislatures work — and should work...", p. 447;cit., p. 447.","plainCitation":"J. Parkinson, "How legislatures work – and should work – as public space", cit., p. 447. Vale, *Architecture, Power and National Identity*, p. 345.
144. Parkinson, "How legislatures work — and should work...", p. 447;cit., p. 447.","plainCitation":"J. Parkinson, "How legislatures work – and should work – as public space", cit., p. 447. Prior; Sivashankar, "Our future in space: the physical...", p. 465.
145. Pearson, "Spaces of International Law", p. 501.

aceptables para ese espacio de elaboración del derecho internacional".[146] A los miembros de las organizaciones de la sociedad civil se les permite participar, aunque a menudo se les obliga a permanecer "en áreas cerradas, situadas en los márgenes de las reuniones interestatales, a distancias variables de las empresas de formulación de políticas".[147]

En lugar de invitar a la población local a participar en los procedimientos, esta disposición material tiende a mantener los debates invisibles para ella, limitando la relación entre las reuniones y la ciudadanía anfitriona a vallas y cierres de calles. Además, la falta de plazas públicas apropiadas para manifestaciones pacíficas y visibles induce a quienes sí quieren protestar a adoptar otras formas de acción directa, mucho menos virtuosas en términos democráticos (como los bloqueos de calles de activistas en la Conferencia Ministerial de la OMC de 1999, que desembocaron en la represión policial y la consiguiente "batalla de Seattle").[148] En resumen, el espacio para el compromiso público con el proceso de creación internacional no parece estar en la agenda del sistema, aunque sin duda debería estarlo.

IV. Conclusión: hacia una agenda de investigación

Mi experiencia como participante en la Conferencia Ministerial de Buenos Aires de 2017 fue, como conté en la introducción, algo decepcionante. Imaginaba el proceso de creación de normas de derecho internacional como un vibrante espacio de encuentro público, de diversidad de voces, de intercambio de argumentos. La *aisthesis* de esos días fue muy distinta: me encontré con una discusión cercada, patrullada por gendarmes armados, aislada en gran medida de cualquier presencia ciudadana. La imagen de aquellas vallas negras quedó, evidentemente, muy marcada en mi memoria.

Luego de reflexionar mucho sobre el asunto y de estudiar el tema con cierta profundidad en el tiempo transcurrido desde aquella experiencia, mi conclusión es hoy algo más matizada, como creo que refleja este artículo. El

146. Pearson, "Spaces of International Law", p. 503.
147. Drainville, *Contesting Globalization. Space and place in...*, p. 112.
148. BBC News, "Eyewitness: The Battle of Seattle", 02/12/1999.

análisis de la arquitectura normativa y la arquitectura material del derecho internacional muestra luces y sombras en ambas dimensiones; muestra cinismo reflejado en normas y en vallas, pero muestra también una aspiración a lo público que abre valiosos espacios para la impugnación, el cuestionamiento y la resistencia. El derecho internacional es un dispositivo de poder dominado por los poderosos. Pero es un dispositivo de poder limitado estructuralmente por su propia naturaleza argumentativa, lo que abre oportunidades únicas para quienes necesitan o quieren disputar ese poder.[149]

Lo que queda, entonces, es una agenda de investigación para entender las hendijas que abre esta aspiración, en términos jurídicos y en términos materiales. Si es cierto que los edificios cumplen un rol importante en el funcionamiento del sistema de creación del derecho internacional, necesitamos más y mejores estudios para comprender cómo es que la arquitectura física afecta a estos procesos, exactamente, y qué se puede hacer para aumentar su carácter público. Esta agenda de investigación (necesariamente interdisciplinaria) debería incluir, al menos, cuatro ópticas diferentes. En primer lugar, un ángulo empírico, con expertas y expertos en ciencias sociales que estudien el impacto de edificios concretos sobre procesos específicos. En segundo lugar, un ángulo estético, con expertas y expertos en arte y arquitectura que reflexionen sobre la naturaleza simbólica de los edificios y su impacto en los imaginarios que rodean estos procesos. En tercer lugar, un ángulo normativo, con expertas y expertos en teoría política que consideren la configuración ideal de la aspiración a lo público en referencia a los edificios donde se crea derecho internacional. Y, por último, un ángulo jurídico, con juristas que estudien el papel del derecho en combinación con, o en competencia con, la arquitectura física en la que se produce.

Bibliografía

Anghie, Antony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2005, Cambridge, ISBN: 9780511614262**.**

Appel, Hannah, Anand, Nikhil & Gupta, Akhil, "Introduction: Temporality, Politics and the Promise of Infrastructure", en *The Promise of Infras-*

149. Maisley, "Better to see international law this...", p. 174.

tructure, Duke University Press, 2018, Durham & London, pp. 1-38.

Arendt, Hannah, "Crisis in Culture", en *Between Past and Future: Six Exercises in Political Thought*, Viking Press, 1968, New York, pp. 197-226.

Ars Technica, "Exporting copyright: Inside the secretive Trans-Pacific Partnership", Farivar, Cyrus, 17/05/2012, URL: https://arstechnica.com/tech-policy/2012/05/trans-pacific-partnership-could-be-acta-plus-legal-experts-fear/, consultado 07/03/2025.

Asenbaum, Hans, *The Politics of Becoming: Anonymity and Democracy in the Digital Age*, Oxford University Press, 2023, Oxford.

Augé, Marc, *Non-places: Introduction to an Anthropology of Supermodernity*, Verso, 1995, London & New York.

BBC News, "Eyewitness: The Battle of Seattle", Reynolds, Paul, 2/12/1999, URL: http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/americas/547581.stm, consultado 09/03/2025.

Benhabib, Seyla, *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton University Press, 2002, Princeton.

Besson, Samantha, "State Consent and Disagreement in International Law-Making. Dissolving the Paradox" en *Leiden Journal of International Law*, 2016, Vol. 29, N.º 2, pp. 289-316.

Besson, Samantha & Martí, José L., "Legitimate actors of international law-making: towards a theory of international democratic representation" en *Jurisprudence*, 2018, Vol. 9, N.º 2, pp. 1-37.

Bexell, Magdalena, Tallberg, Jonas & Uhlin, Anders, "Democracy in Global Governance: The Promises and Pitfalls of Transnational Actors" en *Global Governance*, 2010, Vol. 16, N.º 1, pp. 81-101.

Bianchi, Andrea, "On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law", en Peters, Anne & Bianchi, Andrea (eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, 2013, Cambridge, pp. 1-19.

——, *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford University Press, 2016, Oxford.

Boyle, Alan & Chinkin, Christine, *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2007, Oxford/New York.

Chambers, Simone, "Behind Closed Doors: Publicity, Secrecy, and the Quality of Deliberation", en *Journal of Political Philosophy*, 2004, Vol. 12, N.º 4, pp. 389-410, DOI https://doi.org/10.1111/j.1467-9760.2004.00206.x.

Charnovitz, Steve, "Two Centuries of Participation: NGOs and International Governance", en *Michigan Journal of International Law*, 1997, Vol. 18, pp. 183-286.

Chimni, Bhupinder S., "Legitimating the international rule of law" en , *The Cambridge Companion to International Law*, 2012, pp. 290-308.

Choi, Stephen J. & Gulati, Mitu, "Customary International Law: How Do Courts Do It?", en Bradley, Curtis A (ed.), *Custom's Future. International Law in a Changing World*, Cambridge University Press, 2016, Cambridge, pp. 117-147.

Christiano, Thomas, "Democratic Legitimacy and International Institutions", en Tasioulas, John & Besson, Samantha (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, 2010, Oxford, pp. 119-137.

——, "Authority", en Zalta, Edward N (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer 2020, 2020, URL https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/authority/consultado el 09/03/2025.

Comité de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/REV.7 AT 194, Observación General 25, art 25, Participación en los Asuntos Públicos y Derecho de Voto.

Corte Permanente de Justicia Internacional, "The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey", 07/09/1927.

Infobae, "Corridas e incidentes durante la movilización en el centro porteño contra la conferencia de la OMC", 12/12/2017, URL: https://www.infobae.com/politica/2017/12/12/movilizacion-en-el-centro-porteno-contra-la-conferencia-de-la-omc/, consultado 07/03/2025.

Drainville, André, *Contesting Globalization. Space and place in the world economy*, Routledge, 2004, New York.

Ebbesson, Jan, "The Notion of Public Participation in International Environmental Law", en *Yearbook of International Environmental Law*, 1997, Vol. 8, 1997, pp. 51-97.

Elster, Jon, "Deliberation and Constitution Making", en Elster, Jon (ed.), *Deliberative Democracy*, 1998, pp. 97-122, Cambridge, ISBN: 9781139175005**.**

Fahner, Johannes H., "Revisiting the human right to democracy: a positivist analysis", en *The International Journal of Human Rights*, 2017, Vol. 21, N.º 3, pp. 321-341.

Flinders, Matthew, Cotter, Leanne-Marie, Kelso, Alix & otros, "The politics of parliamentary restoration and renewal: Decisions, discretion,

democracy", en *Parliamentary Affairs*, 2018, Vol. 71, N.º 1, pp. 144-168.

Forst, Rainer, "The justification of human rights and the basic right to justification: A reflexive approach", en *Ethics*, 2010, Vol. 120, N.º 4, pp. 711-740.

——, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice*, Columbia University Press, 2011.

Fox, Gregory H., "The Right to Political Participation in International Law", en *Yale Journal of International Law*, 1992, Vol. 17, N.º 2, pp. 539-607.

Fraser, Nancy, "Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy", en *Social Text*, 1990, N.º 25/26, pp. 56-80.

Gargarella, Roberto, "Full Representation, Deliberation, and Impartiality", en Elster, Jon (ed.), *Deliberative democracy*, Cambridge University Press, 1998, Cambridge, pp. 260-280.

Goodsell, Charles T., "The Architecture of Parliaments: Legislative Houses and Political Culture", en *British Journal of Political Science*, 1988, Vol. 18, N° 3, pp. 287-302, DOI 10.1017/S0007123400005135.

Guidi, Sebastián & Maisley, Nahuel, "Who Should Pay for COVID-19? The Inescapable Normativity of International Law", en *New York University Law Review*, 2021, Vol. 96, N.º 2, pp. 375-430.

Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*, The MIT Press, 1996, Cambridge.

Hanlon, Pamela, *A Worldly Affair: New York, the United Nations, and the Story Behind Their Unlikely Bond*, Fordham University Press, 2017.

Hart, Herbert L. A., *The Concept of Law*, Clarendon Press - Oxford University Press, 1961, Oxford/New York.

Henkin, Louis, *How Nations Behave*, Columbia University Press, 1979, New York.

Hobbes, Thomas, *Leviathan, or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*, Oxford University Press, 1998, Oxford, New York, Gaskin, JCA (ed.).

Hurrell, Andrew, *On Global Order: Power, Values, and the Constitution of International Society*, Oxford University Press, 2008, Oxford.

Kingsbury, Benedict, "International Law as Inter-Public Law" en *Nomos*, 2009, Vol. 49, pp. 167-204.

——, "The Concept of 'Law' in Global Administrative Law", en *European Journal of International Law*, 2009, Vol. 20, N.º 1, pp. 23-57.

——, "Infrastructure and InfraReg: on rousing the international law 'Wizards of Is'" en *Cambridge International Law Journal*, 2019, Vol. 8, N.º 2, pp. 171-186.

Kingsbury, Benedict & Donaldson, Megan, "From Bilateralism to Publicness in International Law", en Fastenrath, Ulrich Geiger, Rudolf Khan, Daniel-Erasmus & otros (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford University Press, 2011, Oxford, pp. 80-89.

Kingsbury, Benedict & Maisley, Nahuel, "Infrastructures and Laws: Publics and Publicness", en *Annual Review of Law and Social Science*, 2021, Vol. 17, pp. 353-373.

Knop, Karen, "The hidden city in international legal thought", en Aust, Helmut Philipp & Nijman, Janne E (eds.), *Research Handbook on International Law and Cities*, Edward Elgar, 2021, pp. 442-454.

Koehler, Cortus T., "City Council Chamber Design: The Impact of Interior Design upon the Meeting Process", en *Journal of Environmental Systems*, 1980, Vol. 10, N.º 1, pp. 53-79.

Larkin, Brian, "The Politics and Poetics of Infrastructure", en *Annual Review of Anthropology*, 2013, Vol. 42, N.º 1, pp. 327-343.

Lefkowitz, David, *Philosophy and International Law. A Critical Introduction*, Cambridge University Press, 2020, Cambridge.

Lindblom, Anna-Karin, *Non-Governmental Organisations in International Law*, Cambridge University Press, 2006, Cambridge.

Maisley, Nahuel, "Cohen v. Cohen: Why a Human Right to (Domestic and Global) Democracy Derives from the Right to Self-Determination" en *Latin American Journal of Political Philosophy*, 2015, Vol. 4, N.º 5, pp. 1-35.

——, "The International Right of Rights? Article 25(a) of the ICCPR as a Human Right to Take Part in International Law-Making", en *European Journal of International Law*, 2017, Vol. 28, N.º 1, pp. 89-113.

——, "El campamento participativo. Por qué la representación política no es virtuosa en sí misma, sino en todo caso un mal necesario", en *Lecciones y Ensayos*, 2017, N.º 96, pp. 51-86.

——, *El derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional*, 2019, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

——, "Better to see international law this other way: the case against international normative positivism", en *Jurisprudence*, 2021, Vol. 12, N.º 2, pp. 151-174.

——, "The Infrastructure of International Law-Making: How Buildings Shape the Publicness of the Global Law-Making System", en *AJIL Unbound*, 2023, Vol. 117, pp. 21-25.

——, "Agreeing to Disagree: The Problems of the Traditional Approaches to the Interpretation of International Law", en *Fordham International Law Journal*, 2024, Vol. 47, N.º 2, p. 77.

——, "Dos ejes para pensar la tensión entre el sistema interamericano de derechos humanos y los sistemas constitucionales de la región", en *International Journal of Constitutional Law*, 2024, Vol. 22, N.º 5.

——, "Law and democracy in the globalisation of infrastructure as an asset class", en *Transnational Legal Theory*, 2024, Vol. 15, N.º 1, pp. 34-66.

Mansbridge, Jane, Bohman, James, Chambers, Simone y otros, "A systemic approach to deliberative democracy" en Parkinson, John & Mansbridge, Jane (eds.), *Deliberative Systems: Deliberative Democracy at the Large Scale*, Cambridge University Press, 2012, Cambridge, pp. 1-26.

McCarthy-Cotter, Leanne-Marie, Flinders, Matthew & Healey, Tom, "Design and Space in Parliament", en Leston-Bandeira, Cristina & Thompson, Louise (eds.), *Exploring Parliament*, Oxford University Press, 2018, Oxford, pp. 53-63.

McKenna, Miriam Bak, "Designing for international law: The architecture of international organizations 1922–1952", en *Leiden Journal of International Law*, 2021, Vol. 34, N.º 1, pp. 1-22.

Miéville, China, *The City & The City*, Del Rey, 2009, New York.

Müller, Jan-Werner, "What (if Anything) Is 'Democratic Architecture'?", en Bell, Duncan & Zacka, Bernardo (eds.), *Political Theory and Architecture*, Bloomsbury Publishing Plc, 2020, London, pp. 21-38.

Mumford, Lewis, *From the Ground Up*, Harcourt, Brace, and Company, 1956, New York.

The Washington Post, "U.N. to Open New Assembly Hall Tuesday", Munn, Bruce W. p. 4, 11/10/1952.

Nanz, Patrizia & Steffek, Jens, "Global Governance, Participation and the Public Sphere" en *Government and Opposition*, 2004, Vol. 39, N° 2, pp. 314-335.

Neumann, Iver, *Diplomatic Sites: A Critical Enquiry*, Oxford University Press, 2013, Oxford.

Nino, Carlos S., *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, 1989, Buenos Aires.

——, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, 1996, New Haven and London.

——, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Siglo XXI, 2014, Buenos Aires.

Norton, Philip, "Power behind the Scenes: The Importance of Informal Space in Legislatures", en *Parliamentary Affairs*, 2019, Vol. 72, N.º 2, pp. 245-266.

Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2nd and revised edition ed., N.P. Engel, 2005, Kehl.

Otago Daily Times, "Cops call on activist over TPP protest plans", Green, Carla, 07/04/2016, URL https://www.odt.co.nz/news/dunedin/cops-call-activist-over-tpp-protest-plans consultado el 07/03/2025.

Parkinson, John, "Does democracy require physical public space?", en Geenens, Raf & Tinnevelt, Ronald (eds.), *Does Truth Matter? Democracy and Public Space*, Springer, 2009, pp. 101-114.

——, *Democracy and Public Space. The Physical Sites of Democratic Performance*, Oxford University Press, 2012, Oxford.

——, "How legislatures work – and should work – as public space", en *Democratization*, 2013, Vol. 20, N.º 3, pp. 438-455.

Patterson, Samuel C., "Party Opposition in the Legislature: The Ecology of Legislative Institutionalization", en *Polity*, 1972, Vol. 4, N.º 3, pp. 344-366.

Pearson, Zoe, "Spaces of International Law" en *Griffith Law Review*, 2008, Vol. 17, N.º 2, pp. 489-514, DOI 10.1080/10383621.2008.10854621.

Peter, Fabienne, "The Human Right to Political Participation", en *Journal of Ethics & Social Philosophy*, 2013, Vol. 7, N.º 2, pp. 1-16.

Peters, Anne, "Global Constitutionalism Revisited" en *International Legal Theory*, 2005, Vol. 11, pp. 39-68.

——, "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures", en *Leiden Journal of International Law*, 2006, Vol. 19, N.º 3, pp. 579-610.

——, "Dual Democracy" en Klabbers, Jan Peters, Anne & Ulfstein, Geir (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, 2009, Oxford, pp. 263-341.

——, "Membership in the Global Constitutional Community", en Klabbers, Jan Peters, Anne & Ulfstein, Geir (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, 2009, Oxford, pp. 153-262.

——, "Towards Transparency as a Global Norm" en Bianchi, Andrea & Peters, Anne (eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, 2013, Cambridge, pp. 534-607.

Pitkin, Hanna F., *The Concept of Representation*, University of California Press, 1967, Berkeley, Los Angeles, London.

Prior, Alex & Sivashankar, Maanasa, "Our future in space: the physical and virtual opening-up of parliaments to publics", en *The Journal of Legislative Studies*, 2023, Vol. 29, N.º 3, pp. 463-481.

Psarra, Sophia, Staiger, Uta & Sternberg, Claudia, "Introduction: Parliament Buildings and the Architecture of Politics in Europe", en Psarra, Sophia Staiger, Uta Sternberg, Claudia y otros (eds.), *Parliament Buildings: The architecture of politics in Europe*, UCL Press, 2023, pp. 1-31.

Quincy, Antoine Q., *Dictionnaire Historique d'Architecture*, Librairie d'Adrien Le Clere et Cie, 1832, Paris.

Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Clarendon Press - Oxford University Press, 1979, Oxford.

——, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, 2009, Oxford.

Rey, Felipe, *El sistema representativo. Las representaciones políticas y la transformación de la democracia parlamentaria*, Gedisa, 2023, Barcelona.

BBC News, "Eyewitness: The Battle of Seattle", Reynolds, Paul, 02/12/1999, URL http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/americas/547581.stm consultado el 29/10/2025.

Roth, Brad R., "Secessions, coups and the international rule of law: assessing the decline of the effective control doctrine", en *Melbourne Journal of International Law*, 2010, Vol. 11, N.º 2, pp. 393-440.

Scanlon, Thomas M., "Contractualism and utilitarianism", en Sen, Amartya & Williams, Bernard (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge University Press, 1982, Cambridge, pp. 103-128.

Simpson, Gerry, "The sentimental life of international law", en *London Review of International Law*, 2015, Vol. 3, N.º 1, pp. 3-29.

Skinner, Quentin, "Hobbes and the Purely Artificial Person of the State", en *Journal of Political Philosophy*, 1999, Vol. 7, N.º 1, pp. 1-29.

Steffek, Jens & Nanz, Patrizia, "Emergent Patterns of Civil Society Participation in Global and European Governance", en Steffek, Jens Nanz, Patrizia & Kissling, Claudia (eds.), *Civil Society Participation in European and Global Governance. A Cure for the Democratic Deficit?*, Palgrave Macmillan, 2008, Basingstoke, pp. 1-29.

Steiner, Henry, "Political Participation as a Human Right", en *Harvard Human Rights Yearbook*, 1988, Vol. 1, pp. 77-134.

Strobeyko, Adam, "The Person of the State: The Anthropomorphic Subject of the Law of Nations" en *Journal of the History of International Law/Revue d'histoire du droit international*, 2022, Vol. 25, N.º 1, pp. 36-69.

Tallberg, Jonas & Uhlin, Anders, "Civil society and global democracy" en Archibugi, Daniele Koenig-Archibugi, Mathias & Marchetti, Raffaele (eds.), *Global Democracy: Normative and Empirical Perspectives*, Cambridge University Press, 2012, Cambridge, pp. 210-232.

Touloumi, Olga, "A Seat at the Table: United Nations and the Architecture of Diplomacy", en *Architectural Theory Review*, 2023, Vol. 27, N.º 1, pp. 41-61.

Urbinati, Nadia, *Representative Democracy. Principles & Genealogy*, University of Chicago Press, 2006, Chicago and London.

Vale, Lawrence J., *Architecture, Power and National Identity*, 2nd ed., Routledge, 2008, Abingdon.

Vos, Renske & Stolk, Sofia, "Law in concrete: institutional architecture in Brussels and The Hague", en *Law & Humanities*, 2020, Vol. 14, N.º 1, pp. 57-82.

Waldron, Jeremy, "The Concept and the Rule of Law", en *Georgia Law Review*, 2008, Vol. 43, N.º 1, pp. 1-61.

——, "Can There Be a Democratic Jurisprudence?", en *Emory Law Journal*, 2009, Vol. 58, pp. 675-712.

Walker, Ronald, *Multilateral Conferences. Purposeful International Negotiation*, Palgrave Macmillan, 2004, Basingstoke.

Warren, Mark E. & Mansbridge, Jane, "Deliberative negotiation", en Mansbridge, Jane & Martin, Cathie Jo (eds.), *Negotiating Agreement in Politics*, American Political Science Association Washington, DC, 2013, pp. 86-120.

Weiler, Joseph H.H., "The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2004, Vol. 64, N.º 3, pp. 547-562.

Wendt, Alexander, "The State as Person in International Theory", en *Review of International Studies*, 2004, Vol. 30, N.º 2, pp. 289-316.

Young, Iris Marion, *Inclusion and Democracy*, Oxford University Press, 2000, Oxford.

LA INTEGRACIÓN REGIONAL EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994: BALANCE Y PERSPECTIVA EN TORNO AL ARTÍCULO 75 INC. 24*

Luciana Beatriz Scotti & Leopoldo Godio**

Resumen: El trigésimo aniversario de la reforma constitucional de 1994 constituye una excelente oportunidad para reflexionar sobre los antecedentes, inclusión y funcionamiento de una disposición —en rigor peculiar— elogiada y cuestionada por igual: el inciso 24 del artículo 75, dedicado a las facultades del Congreso de la Nación en oportunidad de autorizarse una posible transferencia de soberanía hacia organismos supranacionales de integración regional. La presente investigación, en clave constitucionalista —pero también integracionista e internacionalista— pretende esclarecer las razones, oportunidades, críticas y desafíos que presenta su eventual aplicación futura, sin omitir la lectura y el análisis que de ella realiza la prestigiosa doctrina y la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

* Recepción del original: 27/11/2024. Aceptación: 29/01/2025.

** Luciana B. Scotti es Abogada, egresada con Medalla de Oro, Magister en Relaciones Internacionales y Doctora, con tesis Sobresaliente (Universidad de Buenos Aires). Diploma de Posdoctorado (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires). Profesora Titular de Derecho Internacional Privado y Profesora Adjunta de Derecho de la Integración (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires). Investigadora Categoría I. Secretaria de Investigación (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires). Vicedirectora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja" (Universidad de Buenos Aires). Integrante de la Comisión Asesora del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto en materia de Derecho Internacional Privado (República Argentina). Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado.
Leopoldo M. A. Godio es Abogado, Magíster en Relaciones Internacionales y Doctor, con tesis Sobresaliente (Universidad de Buenos Aires). Doctor en Ciencias Jurídicas, con tesis Sobresaliente (Pontificia Universidad Católica Argentina). Profesor de Derecho Internacional Público e Investigador con dedicación especial de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA).

Nuestro análisis en torno a la inclusión, interpretación, aplicación y el futuro que depara el inciso 24 del artículo 75 de la Constitución Nacional no escapa a la premisa de considerar las disposiciones constitucionales como parte integrante de un "texto vivo", como una herramienta eficaz apta —y adaptable— a las necesidades del momento y el ritmo de sus demandas o circunstancias sociales.

Evidentemente, la inclusión de una cláusula de habilitación constitucional de integración regional que reconozca, expresamente y con carácter amplio, la posibilidad de conformar un proceso supranacional o supraestatal —caracterizado por una genuina delegación de competencias decisorias y jurisdiccionales— ha representado una propuesta ambiciosa para la Argentina desde 1993 y su contexto.

En efecto, la consagración de jerarquía superior a las leyes —tanto de los tratados de integración, en su medida de derecho constitutivo del bloque, como de las normas de derecho derivado que se dicten por los órganos decisorios de estas organizaciones supranacionales— permite vislumbrar un claro interés del constituyente en promover y valorizar especialmente el fenómeno de la integración regional en América Latina.

No obstante, debemos concluir que la norma constitucional analizada no se pronuncia a favor de la primacía del derecho comunitario y que ello exigiría —como mínimo— el reconocimiento de su jerarquía constitucional. Asimismo, el artículo 75 inciso 24 tampoco se expide sobre otros de los principios característicos del derecho comunitario como la aplicabilidad inmediata y el efecto directo de las normas de derecho constitutivo y derivado de un proceso supranacional.

Palabras clave: reforma constitucional — delegación de competencias — supranacionalidad — derecho de la integración — mercosur

Abstract: The thirtieth anniversary of the constitutional reform of 1994 is an excellent opportunity to reflect on the background, inclusion and operation of a provision —strictly speaking peculiar— praised and questioned in equal measure: section 24 of article 75, dedicated to the powers of the Congress of the Nation when authorizing a possible transfer of sovereignty to supranational regional integration organizations. This research, in a constitutionalist —but also integrationist and internationalist— key, intends to clarify the reasons, opportunities, criticisms and challenges presented by its possible future application, without omitting the reading and analysis made by the prestigious doctrine and the Supreme Court of Justice of the Argentine Nation.

Our analysis of the inclusion, interpretation, application and future of article 75, section 24 of the National Constitution does not escape the premise of consider-

ing the constitutional provisions as an integral part of a "living text", as an effective tool suitable —and adaptable— to the needs of the moment and the rhythm of its demands or social circumstances.

Evidently, the inclusion of a constitutional enabling clause for regional integration that expressly and broadly recognizes the possibility of forming a supranational or suprastate process —characterized by a genuine delegation of decision-making and jurisdictional powers— has represented an ambitious proposal for Argentina since 1993 and its context.

Indeed, the establishment of a higher hierarchy than the laws —both of the integration treaties, as constitutive law of the bloc, and of the rules of derived law issued by the decision— making bodies of these supranational organizations— allows us to glimpse a clear interest of the constituent in promoting and giving special value to the phenomenon of regional integration in Latin America.

However, we must conclude that the constitutional provision analyzed does not pronounce in favor of the primacy of community law and that this would require — at least— the recognition of its constitutional hierarchy. Likewise, article 75, section 24 does not pronounce on other characteristic principles of community law, such as the immediate applicability and the direct effect of the rules of constitutive and derived law of a supranational process.

Keywords: constitutional reform — integration law — delegation of powers — supranationality — mercosur.

I. Introducción ¿qué cambió respecto del texto anterior?

El texto constitucional de 1853— 1860 no preveía, explícitamente, la integración regional y los primeros debates surgen con la aparición de la jurisdicción supranacional convencionalmente acordada para resolver diferendos una vez agotado el ámbito judicial doméstico. No obstante, en rigor, esa atribución genérica estaba contenida en el artículo 67, inciso 19 de la Constitución histórica (actual 75, inciso 22), pero no incluía la especificidad del fenómeno integracional.[1]

1. Midón, *Derecho de la Integración. Aspectos...*, pp. 351-352 y 354.

Posteriormente, con la firma del Tratado de Asunción, en 1991, autores como Ekmekdjian comenzaron a sostener la aceptación de una jurisdicción supranacional siempre que ella no estuviese prohibida —expresamente— mediante ley del Congreso o no exista una jurisdicción exclusiva y excluyente.[2]

La novedosa inclusión del inciso 24, dentro de las atribuciones específicas del Congreso en el artículo 75, formó parte de un intento por reforzar el aspecto en la parte dogmática de la Constitución Nacional. En efecto, el Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, en lo referido al inciso bajo examen (debatido conjuntamente con los incisos 22 y 23) aporta un primer indicio.

Concretamente, en las 22º y 23º reuniones (celebradas el 2 y 3 de agosto de 1994) se dialogó en torno al establecimiento de un "nuevo inciso, vinculado a los procesos de integración... [y] los mecanismos de sanción legislativa para aprobar aquellos tratados de integración con otros Estados, en los cuales existan delegaciones de competencia...",[3] en un debate contextualizado por la política exterior argentina imperante en estos tiempos y dentro de la lógica del regionalismo abierto.

II. Antecedentes de los cambios

La doctrina especializada reclamaba la incorporación de una cláusula que reconociera la jerarquía de los tratados internacionales, en particular de los tratados de integración, a través de "La inclusión de un texto expreso en la Constitución, estableciendo el orden de prelación de las normas, [que] evitará interpretaciones dispares y dará fuerza al derecho comunitario...".[4]

En similar sentido, Bidart Campos advertía que las integraciones de un Estado en una comunidad supraestatal han exigido muchas reformulaciones en las doctrinas clásicas del derecho constitucional y del derecho internacional.[5]

El artículo 3 (a) (i) de la ley 24.309, por la cual el Congreso declaró la necesidad de la reforma constitucional, facultó a los convencionales

2. Ekmekdjian, *Hacia la República Latinoamericana*, p. 5.
3. CECP-Ministerio de Justicia de la Nación, *Obra de la Convención Nacional...*, p. 2828.
4. Rimoldi de Ladmann, "El Derecho de la Integración...", p. 84.
5. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional*, Tomo II, p. 401.

constituyentes a regular las cuestiones atinentes a los "Institutos para la Integración" y la "Jerarquía de los Tratados Internacionales". Por ello, la convención de 1994 siguió sobre el punto la tendencia integracionista y sancionó —en el inciso 24 del artículo 75— acerca del alcance, características y requisitos de la integración.[6]

De hecho, Argentina buscaba nuevos horizontes para su desarrollo económico y social, priorizando las relaciones con los Estados latinoamericanos y con particular atención en el MERCOSUR, frente a una eventual delegación de soberanía en favor del bloque, considerando como "modelo" a seguir la experiencia europea.[7]

A pesar de que el legislador de 1994 asimilaba los conceptos "derecho de la integración" y "derecho comunitario", su intención era "colocar a nuestras instituciones a la altura del derecho internacional moderno y prepararnos para la gran aventura del derecho de la integración", razón por la cual esta norma tenía una función de "anticipación" del futuro.[8] En efecto, la inserción de este tipo de herramientas, dentro de las constituciones, se sitúa como parte de las autorizaciones de transferencias o exportación de atribuciones locales a organismos supranacionales, los que a su vez "pueden estar habilitados para generar otras normas que se aplicarán en el ámbito externo o interno de los países integrados".[9]

Para Midón, el legislador recurrió al calificativo "supraestatal" como expresión homónima de supranacional, aunque, en la locución constitucional, la delegación permitida sólo resulta habilitada respecto de aquellas organizaciones supraestatales en las que nuestro país forme parte.[10]

Es posible que la solución de la redacción constitucional haya presentado una cuota de convencimiento en el legislador a partir de las interpretaciones realizadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) en los casos "Ekmekdjian c. Sofovich",[11] "Cocchia"[12] y "Cafés La Virginia",[13] una causa que se encontraba en estudio del Máximo Tribunal

6. Gelli, *Constitución de la Nación Argentina...*, p. 241.
7. CECP-Ministerio de Justicia de la Nación, *Obra de la Convención Nacional...*, p. 2835.
8. CECP-Ministerio de Justicia de la Nación, *Obra de la Convención Nacional...*, p. 2840.
9. Sagüés, *Derecho Constitucional. Teoría de la...*, p. 403.
10. Midón, *Derecho de la Integración. Aspectos...*, p. 356.
11. CSJN "Ekmekdjian c/ Sofovich".
12. CSJN "Cocchia".
13. CSJN "Cafes La Virginia".

desde 1990 y que se sentenció, finalmente, el 13 de octubre de 1994, pocas semanas después de promulgada la reforma constitucional.

La CSJN sostuvo que la aplicación por los órganos del Estado argentino de una norma interna que transgrede un tratado —además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional— vulnera el principio de la supremacía de las convenciones internacionales sobre las leyes internas. Añadió que el legislador no tiene atribución para modificar un tratado por una ley y si bien podría dictar una ley que prescribiese disposiciones contrarias a un tratado o que hiciese imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo comportaría un incumplimiento al principio de jerarquía de las normas (artículo 31) y resultaría un acto constitucionalmente inválido.

No es menor la importancia del caso "Cocchia", por cuanto la CSJN consideró —ya en diciembre de 1993— que Argentina se encontraba en plena inserción de un

> régimen de integración regional, en una decisión que acompaña la realidad política, económica y social de nuestro tiempo [...] Es ésta una clara definición de política legislativa, que el ordenamiento jurídico interno no puede contradecir, dificultar u omitir en su implementación práctica.[14]

III. Desarrollo conceptual del artículo en análisis

La cuestión sustantiva en la inclusión del nuevo inciso, dentro de las atribuciones del Congreso, era el establecimiento de una correcta jerarquía y conciliación de los eventuales tratados de integración ratificados por la República Argentina que contengan una delegación de competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales.

En otras palabras, se trata de un mandato sobre el correcto solapamiento legislativo entre los institutos de la relación jerárquica de los instrumentos internacionales y el derecho de la integración regional que establezcan transferencias de soberanía, en el entendimiento de que la futura interpretación del operador judicial deberá efectuar una adecuada conciliación con

14. CSJN "Cocchia".

la primera parte de la Constitución Nacional.

El inciso 24 se erige en una cláusula constitucional de integración, es decir, como una disposición normativa

> que contempla la posibilidad de ceder parte de la soberanía de un Estado a una institución o ente, ya sea del orden regional o internacional. Se trata eminentemente de una disposición de rango constitucional de alta relevancia dentro del cuerpo normativo de las constituciones contemporáneas, ya que, en efecto, corresponde a las materias o zonas en las que la propia Carta Política cede o traspasa sus poderes a una nueva esfera en la que se comparte interdependientemente, con otros actores, la toma de decisiones. Así, los Estados comprometidos en un proceso de integración o de cesión de competencias delegan de forma voluntaria poderes soberanos, en algunas materias, con el objetivo de satisfacer necesidades comunes.[15]

Estas cláusulas de transferencia o habilitación constitucional a la integración han permitido generar derechos y obligaciones vinculantes que superan la tradicional cooperación del derecho internacional, dando lugar a estructuras supranacionales o supraestatales, tal el caso paradigmático de la Unión Europea.

En palabras de Gelli

> los tratados de integración pueden ordenar la constitución de parlamentos, consejos y tribunales con capacidad de decisión y de imposición sobre los Estados parte del acuerdo de integración y sobre los habitantes de cada uno de ellos, de crear, en suma, derecho comunitario.[16]

Ahora bien, la constitución argentina dispone que la delegación puede tener como contenido "competencias" y "jurisdicción". La utilización del término "competencias" procura identificar los atributos propios de los

15. Herrera, "Las cláusulas de integración en...", p. 168.
16. Gelli, *Constitución de la Nación Argentina...*, p. 241.

poderes políticos, es decir materias que se encuentran dentro del espectro de actuación de los Poderes legislativo y ejecutivo. Por ende, se permite la cesión de materias que constitucionalmente han sido asignadas al congreso nacional, en cuanto órgano con potestad para emitir legislación obligatoria de alcance general (potestad legislativa) y al ejecutivo, es decir aquellas vinculadas a la reglamentación de las normas de base y demás atribuciones de naturaleza administrativa.[17]

Sin embargo, el inciso 24 habilita también una cesión de "jurisdicción". En este punto, la intención del constituyente ha sido permitir la suscripción de acuerdos por medio de los cuales se autorizaría un poder judicial supranacional, a partir de la transferencia de potestades que a nivel interno se vinculan estrechamente a las detentadas por los tribunales del Estado.[18]

En cuanto a la potestad de aprobación de tratados de esta naturaleza, el inciso 24 otorga al Poder Legislativo la facultad de rechazarlos ya que, caso contrario "el Congreso sería un órgano figurativo dotado de competencia positiva pero privado de desestimar intentos asociativos inconvenientes, según el juicio discrecional de los representantes del pueblo".[19]

Finalmente, la fórmula de redacción adoptada por la Convención Nacional Constituyente para la denuncia de estos acuerdos resulta en una

> innovación sustantiva en nuestro sistema, porque de ordinario la atribución para denunciar un tratado es competencia del Ejecutivo. En este caso la sigue teniendo, pero no exclusivamente, ya que el Legislativo está llamado a coparticipar de la decisión por la que nuestro Estado se desvincula de una asociación. Estamos en presencia de un acto complejo que para perfeccionarse requiere el concurso de dos voluntades igualmente válidas.[20]

17. Perotti, *Habilitación constitucional para la integración...*, p. 987.
18. Perotti, *Habilitación constitucional para la integración...*, p. 987.
19. Midón, *Derecho de la Integración. Aspectos...*, p. 354.
20. Midón, *Derecho de la Integración. Aspectos...*, p. 364.

III.A. Condiciones materiales

El inciso 24 establece una serie de requisitos sustanciales para la aprobación de estos tratados de integración.

En cuanto a su validez, la eventual suscripción de estos tratados de integración se encuentra condicionada —siguiendo una interpretación teleológica y sistemática de la Constitución Nacional— a condiciones de reciprocidad e igualdad, el respeto del orden democrático y la observancia de los derechos humanos, sin que ello implique desconocer o disminuir la protección de los derechos fundamentales reconocidos en otros instrumentos en los que la República Argentina sea Estado Parte.[21]

En efecto, respecto a las condiciones materiales que la norma impone a los acuerdos de integración, se ha afirmado que

> ellas responden a un doble orden. De una parte, las condiciones de reciprocidad e igualdad hacen a la posición del estado argentino en el seno del bloque en atención a los derechos y obligaciones que asume, en relación y en comparación con el resto de los estado miembros, mientras que de la otra, el respeto de los derechos humanos y del sistema democrático pone la mirada en la actuación que desarrollen los órganos comunitarios, particularmente cuando se afectan los derechos de terceros, sean éstos estados partes o particulares.[22]

Las condiciones de igualdad soberana entre los Estados miembros y de reciprocidad del trato económico, son exigencias frecuentes en las disposiciones de habilitación constitucional de los procesos de integración regional y se encuentran presentes, incluso, en el modelo propio del derecho internacional público clásico, que del Derecho de la Integración, de acuerdo al que los Estados deciden en ocasiones delegar competencias soberanas y admitir tratos diferenciales o excepcionales entre los mismos Estados partes.

Por otra parte, los sistemas de integración tanto en Europa como en América Latina se caracterizan por la previsión de cláusulas democráticas

21. Badeni, "Derecho Constitucional", pp. 258 y 274.
22. Perotti, *Habilitación constitucional para la integración...*, p. 987.

que persiguen la existencia y preservación del orden democrático interno de cada uno de los Estados parte y exigen la misma condición para adquirir la calidad de Estado miembro o asociado, según el caso.

En consecuencia, la ruptura del orden constitucional en alguno de los Estados integrados autorizaría a la Argentina a retirarse de la organización y denunciar el tratado o propiciar la salida del Estado infractor del proceso.[23]

Por otro lado, y siendo que los procesos de integración tienen como destinatarios últimos a las personas humanas, el respeto y protección de los derechos humanos y las garantías fundamentales no pueden ser menoscabados bajo ningún concepto por un tratado de integración.

III.B. Aspectos procedimentales

Se trata de una secuencia prevista en el mecanismo constitucional cuya observancia es necesaria para la aprobación de estos tratados de integración con Estados de América Latina —que en nuestra opinión no son otros que los signatarios de la Asociación Latinoamericana de Integración— y que exige una mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

En los supuestos de acuerdos de idéntica naturaleza con Estados no latinoamericanos, se requiere una mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara. Este proceso prevé dos etapas: 1) la manifestación expresa de conveniencia del Congreso para aprobar el tratado mediante voto de mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara (respetando el quórum del artículo 64 de la Constitución); y 2) la aprobación definitiva del Congreso, con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, y una vez transcurridos ciento veinte días de la declaración anteriormente referida.[24]

Indudablemente, lo último se trata de una gestión parlamentaria especial atento los particulares compromisos previstos en la primera parte del inciso y que van más allá de una integración económica intergubernamental. Sin embargo, esta sección del inciso no justifica las restricciones en

23. Gelli, *Constitución de la Nación Argentina...*, p. 243.
24. Badeni, "Derecho Constitucional", pp. 257-258.

torno al plazo de ciento veinte días o supuestos de tratados mixtos que contengan, en su negociación, la participación de Estados latinoamericanos y otros Estados pertenecientes a América del Norte y el Caribe.[25]

La doctrina no es conteste en relación la distinción y pertinencia prevista por el constituyente. Autores se han manifestado contrarios o cautos con dicha diferenciación

> no sólo por la discriminación propiamente dicha sino también por los inconvenientes de diversa índole que acarrea, por ejemplo, en cuanto a la delimitación geográfica de los Estados que conforman Latinoamérica, o los casos de tratados suscriptos conjuntamente con países de esta región y otros que no lo son";[26]

o que se trata de un criterio discutible, atento que no Argentina no mantiene los mismos lazos con todos los Estados de Latinoamérica —en el supuesto de que pudiera precisarse cuáles— en materia económico— cultural.[27]

Finalmente, Rosatti opina que "la decisión del constituyente de 1994 de privilegiar la integración con los países de Latinoamérica constituye un mensaje hacia el futuro que recoge un legado del pasado".[28]

III.C. Jerarquía de los tratados de integración y control de constitucionalidad

En su análisis de la norma, Badeni afirma que los tratados adoptados bajo este inciso son susceptibles de ser considerados "fuentes del Derecho Constitucional" aunque carecen de jerarquía constitucional y sus normas poseen jerarquía superior a las leyes.[29] Idéntico criterio adopta Zarini, para quien además el inciso 24 se presenta separado del inciso 22 y debe ser entendido según "sus propias cláusulas y características destinadas para los tratados de integración".[30]

25. Midón, *Derecho de la Integración. Aspectos...*, p. 363.
26. Perotti, *Habilitación constitucional para la...*, p. 1015.
27. Gelli, *Constitución de la Nación Argentina...*, p. 243.
28. Rosatti, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, p. 241.
29. Badeni, "Derecho Constitucional", pp. 15 y 257.
30. Zarini, *Constitución Argentina. Comentada y concordada,* pp. 304-305.

Al respecto, Gelli señala que, dado que todo el derecho de la integración está por debajo de la Constitución, cabe ejercer sobre el control de constitucionalidad en los casos concretos y que —una vez realizado— si lo cuestionado en su constitucionalidad es el tratado, debería denunciárselo.[31]

Por su lado, Pizzolo añade que la Constitución:

> contempla en su fórmula habilitante límites a la salida de competencias que confluyen en los principios de la fórmula de consenso. Estos límites, actúan como recaudos sustanciales mínimos cuya eventual inobservancia puede conducir a la absoluta inconstitucionalidad del tratado de integración en cuestión. Con ello, queda delimitado un mínimo de protección que condiciona el accionar futuro del poder constituido en la materia.[32]

Najurieta realiza una distinción respecto del poder de contralor judicial y afirma que el inciso 24 comprende —únicamente y hasta tanto exista en el proceso de integración una jurisdicción supranacional— la observancia de los derechos humanos, el orden democrático y el respeto de los principios de derecho público constitucional tal como lo prescribe el artículo 27; y que, por el contrario, el análisis de los recaudos atinentes a la reciprocidad e igualdad "corresponde a la competencia del órgano ejecutivo con control, como regla general, del órgano legislativo al tiempo de la autorización para la ratificación o la adhesión".[33]

Barra, en opinión minoritaria, sostiene que fuera de los límites previstos del inciso 24 y del límite implícito de la subsistencia del Estado, la delegación de competencias será siempre constitucionalmente válida porque se encuentra autorizada por la misma Constitución y que, efectuada la ratificación correspondiente, el tratado se "constitucionaliza", y no puede ser cuestionado constitucionalmente.[34]

En este punto, Cao asume una postura crítica en tanto

31. Gelli, *Constitución de la Nación Argentina...*, p. 601.
32. Pizzolo, *Derecho e integración regional: Comunidad...,* p. 624.
33. Najurieta, "El juez nacional ante el...", p. 57.
34. Barra, *Fuentes del ordenamiento de la...*, p. 220.

> en esta materia, la reforma de la Constitución Nacional de 1994 no ha estado a la altura de los acontecimientos para conformar un derecho comunitario... De la letra del artículo se concluye que el constituyente de 1994 decidió otorgar supremacía supralegal a la normativa derivada regional... Pero no implica, sin forzar demasiado el inciso en estudio, que se haya pretendido otorgar jerarquía constitucional como sí consignó en el inciso 22 del mismo artículo.[35]

Para Sagüés, el inciso 24 debió disponer que el tratado poseía jerarquía constitucional, ya que la transferencia de competencias nacionales a un ente supraestatal conlleva, habitualmente, una "reforma indirecta" de la Constitución, por ejemplo, si se confieren facultades legisferantes al órgano supranacional o atribuciones judiciales que pueden dejar sin efecto fallos de la CSJN.[36]

Colautti, por su parte, advirtió que el inciso 24 habilita la aprobación de tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales y que ello modifica, en forma indirecta, el actual artículo 116 de la Constitución.[37]

En similar sentido, Vanossi y Dalla Vía entienden que

> reconociendo que la integración exige una cierta transferencia de competencias y delegación de poderes en los órganos comunitarios, habrá que suponer entonces que estamos frente a un cambio en la Constitución Política del Estado en comparación con el tipo clásico de Constitución, aquel que respondiendo a la clasificación de Lord Bryce se ha llamado constitución rígida.[38]

Finalmente, Barboza opina que en tanto estos tratados delegan competencias estatales "modifican indirectamente la Constitución", en especial la segunda parte, por lo que deberían también estar dotados de jerarquía constitucional.[39]

35. Cao, "Los Tratados constitutivos del MERCOSUR...", p. 351.
36. Sagüés, "Los tratados internacionales en la...", p. 1036.
37. Colautti, *Los tratados internacionales y la...,* p. 1149.
38. Vanossi & Dalla Vía, *Régimen constitucional de los tratados*, p. 368.
39. Barboza, "Derecho Internacional Público", p. 83.

III.D. Jerarquía de las normas derivadas de los procesos de integración

El inciso 24 determina que la jerarquía supralegal se extenderá a las normas dictadas en consecuencia de los tratados de integración consagrados en la primera parte del mismo inciso. Perotti aclara que

> estas normas con rango privilegiado pueden ser producto tanto de la actividad legislativa de los órganos creados por los tratados fundacionales como de aquellos convenios que los estados suscriban dentro del marco jurídico de estos mismos tratados.[40]

Barra señala que las normas dictadas en consecuencia —es decir, el derecho derivado— no pueden ser examinadas en su validez por el derecho interno y que el juez nacional debe aplicarlo automáticamente. En otras palabras, afirma que, si el derecho derivado es conforme al originario, debe entenderse que —en los límites estrictos de la cuestión planteada— la norma constitucional quedó desplazada o resulta inaplicable al caso, pero no por la norma derivada, sino por la originaria que autorizó su dictado, apoyada en la delegación de competencias que el mismo tratado establece, el que fue ratificado por el ordenamiento local según las exigencias de su propio derecho constitucional.[41]

Por su parte, Ekmekdjian sostiene que la norma constitucional, refiriéndose al último apartado del primer párrafo del inciso 24:

> le estaría dando al derecho comunitario lo que en la doctrina y la jurisprudencia comunitaria europea se denomina aplicación inmediata y directa... esto es esencial para nuestro país con relación al Mercado Común del Sur. En efecto, si bien el Protocolo de Ouro Preto establece la obligación de cada miembro del MERCOSUR de acatar las normas dictadas por los órganos de conducción de él... no adopta la aplicabilidad directa e inmediata de tales normas a los habitantes de los cuatro Estados miembros, sino mediante

40. Perotti, *Habilitación constitucional para la integración...*, p. 1004.
41. Barra, *Fuentes del ordenamiento de la...*, p. 222.

> la incorporación al ordenamiento jurídico interno de cada uno de ellos... posición contraria a la adoptada por la frase final del primer párrafo del inciso 24.[42]

Sin embargo, Badeni advierte con agudeza que la ratificación de estos instrumentos implicaría un potencial reconocimiento superior de las normas emanadas por órganos de la entidad supraestatal (dentro de los límites de las competencias delegadas en el tratado de integración) y que ello

> puede acarrear una cuota importante de inseguridad jurídica cuando se opere la subordinación, o quizás derogación, implícita o tácita de las leyes respecto de las normas que dicten los órganos de las entidades supraestatales.[43]

IV. Aplicabilidad del artículo 75 inciso 24 al MERCOSUR

Cabe preguntarnos, a esta altura, si las normas que emanan de los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR poseen jerarquía superior a las leyes en los términos del inciso 24, dado que ello es reconocido por la Constitución para aquellas reglas jurídicas aprobadas por organizaciones supraestatales, a las cuales se les deleguen competencias. Sin embargo, éste no es el caso del MERCOSUR, que es un organismo típicamente intergubernamental, en el cual las normas de derecho derivado se adoptan por consenso, mediante funcionarios que representan los intereses nacionales de cada país. En consecuencia, si bien el Tratado de Asunción, sus protocolos y acuerdos complementarios cuentan con jerarquía supralegal, aquellos se justifican en los términos de la primera parte del inciso 22.

Cabe señalar, asimismo, que en el MERCOSUR se presenta el problema de las "asimetrías constitucionales", dado que las constituciones de los Estados partes no contemplan disposiciones uniformes, siquiera similares, en torno a la jerarquía de los tratados en general, ni a los de integración en especial.

La mayor coincidencia se encuentra en la Constitución de Paraguay (1992), que reconoce —en sus artículos 137, 141 y 145— la supralegalidad

42. Ekmekdjian, *Tratado de derecho constitucional*, Tomo IV, p. 651.
43. Badeni, "Derecho Constitucional", p. 348.

de los tratados internacionales y particularmente, los concernientes a la integración regional especial en materia de integración con la admisión de un posible orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, social y cultural.

En cambio, la Constitución de Brasil (1988) reconoce —en su artículo 4— la búsqueda de una integración económica, política, social y cultural con las naciones latinoamericanas, pero sin admitir la posibilidad de transferir competencias a organismos supranacionales. Tampoco contiene normas que especifiquen la relación entre el derecho internacional e interno, aunque la jurisprudencia brasileña ha manifestado que —sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado— una ley posterior puede impedir la eficacia interna de un tratado, ya que los tratados y convenciones internacionales, una vez regularmente incorporados al derecho interno, se sitúan en el sistema jurídico doméstico en los mismos planos de validez, eficacia, y autoridad de las leyes ordinarias; traduciéndose en una mera relación de paridad normativa. De esta equiparación, quedan exceptuadas las leyes tributarias brasileñas, ya que según el artículo 98 del Código Tributario nacional, los tratados en esta materia prevalecen sobre aquellas.

La adscripción del Brasil a la doctrina dualista se reafirma, por tanto, exige la promulgación del tratado internacional por el presidente —a través de un decreto presidencial, que asume la forma de un decreto legislativo— para considerarlo incorporado al ordenamiento interno. Con especial referencia al MERCOSUR, el Tribunal Supremo Federal de Brasil sostuvo que

> la recepción de los acuerdos celebrados por Brasil en el ámbito del MERCOSUR está sujeta a la misma disciplina constitucional que rige el proceso de incorporación en el orden positivo interno brasileño de los tratados y convenciones internacionales en general (sentencia del 17 de junio de 1998).[44]

En cuanto a las normas de derecho derivado, la internalización se realiza en Brasil a través de diferentes modalidades de actos administrativos,

44. Scotti, "Instrumentos de integración jurídica en...", p. 194.

según el caso. Las "portarías" (nombre dado a los actos administrativos expedidos por los ministros o secretarios de Estado y demás autoridades ministeriales) se emplean en muchos casos para incorporar normas vinculadas al régimen fitosanitario o para los reglamentos técnicos. La norma MERCOSUR también puede ser incorporada por una instrucción normativa, acto expedido por la Secretaría de Hacienda (perteneciente al Ministerio de Hacienda), o por las resoluciones aprobadas por órganos de administración de carácter colegiado.[45]

Frente a este panorama poco alentador que nos revela el sistema constitucional brasileño, sin embargo, debemos señalar que se han producido algunos avances. En efecto, la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos se ha reconocido en el artículo 5 gracias a una enmienda del año 2004.

La Constitución de Uruguay (1997) no permite el acceso de la República a soluciones de supranacionalidad que impliquen traspaso de competencias a órganos supraestatales, cuando dichas atribuciones estén asignadas por la Carta a órganos constitucionales. Tan sólo señala, en su artículo 6, que se procurará la integración social y económica de los Estados latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas; y que propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.

Para Perotti, la norma se encuentra inserta a los fundamentos del sistema constitucional uruguayo, al tiempo que autoriza un

> [...] régimen específico a los tratados de integración distinguiéndolos del asignado a los tratados en general [...] un mandato del constituyente en torno a la integración regional del Estado, que por ello deberá ser un criterio de acción, o en su caso de omisión [...] que los interesados podrán invocar ante las autoridades [...].[46]

La práctica jurisprudencial uruguaya reconoce igual rango a tratados y leyes y, por tanto, concede prioridad a leyes posteriores nacionales, inclinándose por la doctrina de la igualdad y la consiguiente vigencia de la *lex posteriori* bajo el argumento que, de lo contrario, su parlamento quedaría

45. Feldstein de Cárdenas & Scotti, "Las asimetrías constitucionales: un problema...", p. 295.
46. Perotti, "El Mercosur y el derecho...", p. 559.

inhibido de dictar códigos o leyes que no coincidieran plenamente con un tratado en vigor, sin perjuicio de la responsabilidad en el orden internacional.

A su turno, el Preámbulo de la Constitución de Venezuela (1999) alude a la una finalidad regional al alentar la promoción de una cooperación pacífica entre las naciones e impulsar y consolidar la integración latinoamericana, de acuerdo con la garantía universal e indivisible de los derechos humanos y la democratización de la sociedad internacional, entre otros fines. Asimismo reconoce, en su artículo 153, su impulso con miras a "avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región", autorizando la transferencia de atribuciones a organizaciones supranacionales de integración a través de tratados internacionales, cuyas normas adoptadas en consecuencia "serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna".

Finalmente, la Constitución del año 2009 de la República de Bolivia, que recientemente ha ratificado el Protocolo de adhesión establece en el artículo 410, inciso II que la propia Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. Sin embargo, el bloque de constitucionalidad está integrado, además, por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. Respecto al rango jerárquico, seguidamente la disposición aludida indica que la aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1. Constitución Política del Estado. 2. Los tratados internacionales. 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena. 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

Evidentemente en las constituciones de Venezuela y de Bolivia se advierte que al momento de su redacción y aprobación el norte en materia de integración estaba configurado por la Comunidad Andina de Naciones (CAN), que cuenta con un derecho comunitario de alcance supranacional que se rige por los principios de primacía, aplicabilidad inmediata y efecto directo. Para el año 1999, Venezuela aún era parte de la CAN (hasta 2012) y en el caso de Bolivia, hasta el momento continúa siendo Estado miembro.

V. ¿En qué se avanzó sobre la materia en las últimas décadas? Contexto y evolución en los últimos 30 años

Tal como sugiere Najurieta

> cuando una Constitución se abre a la integración del Estado a una comunidad supraestatal o a una asociación internacional con objetivos de integración, no sólo queda afectada la interpretación del 'artículo de integración' de la Constitución, que es la base constitucional de esa comunidad o asociación, sino que es inevitable que quede involucrado todo el ordenamiento legal del Estado. El ordenamiento jurídico nacional va a ceder espacio al ordenamiento jurídico supra o interestatal y ello va a determinar nuevas formas de razonar y argumentar.[47]

Sin embargo, la implementación práctica del inciso sancionado lejos estuvo de presentar una naturaleza supranacional o siquiera de transferencias de soberanía en favor de organizaciones supranacionales, incluso en la terminología más disimulada si se emplea "delegación de competencias". Por esta razón, no es posible evaluar siquiera la aplicación práctica de la norma examinada, ni aún menos sostener que esta disposición ha logrado un desarrollo concreto en los últimos 30 años.

No obstante, es posible prever que su futura y eventual aplicación no se encontrará exenta de polémica en torno a la propia cesión de soberanía, la naturaleza de competencias cedidas expresa o implícitamente, la limitación de jurisdicciones o funciones históricamente soberanas a favor de la estructura o las instituciones comunitarias. En otras palabras, los términos y conceptos críticos en debate probablemente traten en torno a ideas sobre "limitación de soberanía", "transferencias de competencias" y "supremacía comunitaria".

47. Najurieta, "El juez nacional ante el...", p. 51.

VI. Cambios jurisprudenciales. Breve análisis de la Jurisprudencia de la CSJN

En casos posteriores a "Cafés La Virginia", en los asuntos "Dotti"[48] y "Mercedes Benz Argentina",[49] la CSJN reconoció la jerarquía supralegal de los tratados concertados en el ámbito de la ALADI, aunque lo hizo con fundamento en el inciso 22. Este soporte jurídico fue, indudablemente, adecuado siendo que la ALADI es un proceso eminentemente intergubernamental que no se ajusta a la delegación de competencias que prescribe el inciso 24.

Merece especial mención el caso "Dotti", ya que allí la recurrente había invocado su planteo en el inciso 24. Sin embargo, el voto de la mayoría de la CSJN evitó analizar la naturaleza jurídica del MERCOSUR, ya que se limitó a considerar que el Acuerdo de Recife (1994) poseía carácter de un Acuerdo de Alcance Parcial (AAP) destinado a la promoción del comercio, razón por la cual concluyó que no era "pertinente para la decisión de esta causa, el argumento relativo a la ausencia de naturaleza supranacional en los órganos que constituyen la estructura institucional del Mercado Común del Sur".[50]

Referencia separada merece la causa "Compañía Azucarera Los Balcanes"[51] en el voto disidente de Boggiano, que recordó al inciso 24 como parte del principio de primacía de los tratados internacionales sobre las leyes del congreso.[52]

Finalmente, en SANCOR CUL[53] la CSJN decidió elevar un pedido de opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR

48. CSJN, "Dotti".
49. CSJN, "Mercedes Benz Argentina".
50. Asimismo, en el fallo remite al *leading case* "Cafés La Virginia S. A." (1994) y aclara que la controversia de Dotti "[...] se trata de la aplicación de un acuerdo internacional de alcance parcial —en el cual el consentimiento del Estado argentino se expresó en forma simplificada—, celebrado en el marco del Tratado de Montevideo de 1980 constitutivo de la ALADI, y vigente entre los Estados signatarios [...]".
51. CSJN, "Compañía azucarera Los Balcanes".
52. Boggiano afirmó que la aplicación de normas domésticas —por parte de órganos estatales— contrarias al derecho internacional vigente, "[...] vulnera el principio de supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas" que prevén los incisos 22 y 24 del artículo 75 de la Constitución Nacional.
53. CSJN, "Sancor C.U.L".

para dilucidar si el Tratado de Asunción impone a sus Estados Parte la obligación de abstenerse de establecer derechos a la exportación de mercaderías originarias de uno de ellos y destinadas a otros Estados miembros.

En este caso, con prescindencia de algunos errores conceptuales, cobra relevancia el Dictamen del Procurador General de la Nación Righi, por cuanto opinó que "el Tratado de Asunción... es la piedra basal constitutiva del Mercado Común del Sur... que, por ende, integra el ordenamiento jurídico de la Nación con rango supralegal (arts. 31 y 75, incs. 22 y 24, de la Constitución Nacional)... [y constituye] un paso más dentro de un camino en la búsqueda de la integración regional... de los respectivos mercados nacionales mediante la integración supranacional de la región". Sin embargo, la sentencia de la CSJN no se remite ni reproduce las incorrectas consideraciones del Procurador. Finalmente, el pedido de opinión consultiva fue dejado sin efecto, en 2010, por desistimiento de la parte actora.

Idéntica situación presentó el asunto "Bio Sidus S.A." en 2013,[54] oportunidad en la cual la Corte volvió a solicitar —en forma idéntica al caso anterior— una opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. En esta ocasión, la consulta tampoco llegó a concretarse ante el desistimiento formulado por la accionante.[55]

A pesar de que estos últimos casos no contaron, finalmente, con el dictamen jurídico del Tribunal Permanente de Revisión, ambos antecedentes resultan poseedores de relevancia por cuanto el más alto tribunal nacional argentino admitió —como parte de su proceso de actuación en casos referidos a la marcha integracionista iniciada con el Tratado de Asunción— la conveniencia de despejar dudas "[...] sobre la interpretación o el alcance de la normativa mercosureña en relación con el derecho interno".[56]

Por otra parte, ese mismo año, la Corte tuvo oportunidad de examinar la controversia sobre acción declarativa de inconstitucionalidad de un decreto provincial de 1987 en el caso "Colgate— Palmolive Argentina S.A." (2013),[57] planteada por un litisconsorcio activo conformado por

54. CSJN, "Bio Sidus S.A." En estos autos se discutía la aplicabilidad de los derechos de exportación regulados por la resolución 11/2002 del Ministerio de Economía respecto de diversas exportaciones realizadas por el demandante hacia la República Federativa de Brasil.
55. CSJN, "Bio Sidus S.A.".
56. Mensa González, "Un análisis del artículo 75...", p. 195.
57. CSJ, resolución 721/2003. Nota del autor: este asunto no está incluido en el tomo de fallos.

una docena de empresas —dedicadas a la elaboración, importación, exportación, distribución y comercialización de productos de uso doméstico— que solicitó, específicamente, la declaración de inconstitucionalidad del decreto bonaerense 321/87 y sus normas modificatorias posteriores por entenderlas contrarias a distintas resoluciones —de carácter federal— del Ministerio de Salud.[58]

En lo que nos interesa, los reclamantes afirmaban que el régimen sanitario local era contrario a la competencia nacional para reglamentar el comercio interprovincial —afectando de este modo los artículos 9, 10, 11, 31 y 75 incisos 13 y 22 de la Constitución Nacional, así como otras normas vinculantes al caso, tales como el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto y distintas resoluciones del GMC del MERCOSUR— y requirieron la intervención originaria de la CSJN.

La Corte consideró que el ejercicio del poder de policía provincial no habilita a que las autoridades locales condicionen o perturben —directa o indirectamente— las actividades económicas adoptadas bajo regulación federal,[59] criterio que resulta coherente si se repara en los acuerdos alcanzados en el MERCOSUR:

> [...] a cuya Comisión de Comercio... se le asignan las funciones y atribuciones establecidas en los artículos 16 y 19 [... del Protocolo de Ouro Preto] y las resoluciones del Grupo Mercado Común [...] dictadas en su consecuencia, las cuales conforme al artículo 15 del Protocolo resultan obligatorias para los Estados Partes, quienes conforme al artículo 38, se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2° de este Protocolo [...] De ello se colige que la competencia del gobierno federal en orden a la regulación de los aspectos en cuestión no sólo se deriva de la Constitución Nacional sino de normas supranacionales de rango superior (artículo 75, incisos 22 y 24 de la Constitución Nacional [...]).[60]

58. CSJ, resolución 721/2003, para. 1.
59. CSJ, resolución 721/2003, para. 11.
60. CSJ, resolución 721/2003, para. 12.

El último de los casos de la CSJN que merece mención es el asunto "Whirlpool Puntana S.A." en 2014,[61] referido a las implícitas facultades legislativas en materia impositiva a la luz del Tratado de Asunción y el artículo 75 (en sus incisos 22 y 24) de la Constitución Nacional —que el reclamante cuestionaba al invocar estas disposiciones respecto de una resolución ministerial que imponía derechos de exportación— y la posterior constatación de su constitucionalidad por parte de la CSJN, que rechazó el pedido del demandante.[62] En lo que nos interesa, la Corte consideró en su parágrafo 13, que:

> [...] aun cuando es indudable que no resulta ajena a un sistema de integración económica la aspiración de que se supriman los derechos de exportación —como una herramienta tendiente a afianzar la libre circulación de bienes entre los países miembros— lo cierto es que no puede concluirse que el referido Tratado, teniendo en cuenta el modo en que se ha ido dando el proceso de integración en los diversos acuerdos complementarios realizados entre los Estados partes, imponga la prohibición de establecer tales derechos, como una exigencia concreta y perentoria [...] Sin embargo, y en el estadio actual del proceso de integración [...] no hay en el Tratado constitutivo del MERCOSUR ninguna norma que, de manera directa, imponga a los estados miembros la obligación de abstenerse de establecer derechos de exportación a las mercancías con destino a los países miembros.[63]

Sobre esta sentencia, Gelli opinó que la CSJN

> [...] configuró, tal vez sin proponérselo, un ejemplo de hasta qué punto se ha diluido la integración [...] y hace evidente cuán distante queda todavía la construcción de un verdadero y poderoso mercado del sur.[64]

61. CSJN, "Whirlpool".
62. La cuestión a resolver por la CSJN fue determinar si los derechos de exportación —instituidos mediante resolución 11/02 del entonces Ministerio de Economía e Infraestructura— eran incompatibles con las disposiciones del Tratado de Asunción.
63. CSJN, "Whirlpool".
64. Gelli, *Constitución de la Nación Argentina*..., pp. 335-336.

Sin embargo, Perotti fue más decidido en su cuestionamiento al máximo tribunal, al afirmar que la sentencia fue manifiestamente incorrecta y que resultó en una conculcación del derecho mercosureño.[65]

Finalmente, es útil destacar que distintos tribunales inferiores argentinos han seguido —en esencia— la misma orientación que la CSJN, destacándose entre ellas, las siguientes jurisdicciones:

> [...] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal; y, principalmente, [...] la sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, con referencia a la Declaración Sociolaboral del Mercosur (DSLM) y su rango prevalente sobre las leyes) [...] entre otras.[66]

VII. Reflexiones finales: valoración del cambio y propuestas a futuro

La inclusión de una cláusula de habilitación constitucional de integración regional que reconozca, expresamente y con carácter amplio, la posibilidad de conformar un proceso supranacional o supraestatal —caracterizado por una genuina delegación de competencias decisorias y jurisdiccionales— ha representado una propuesta ambiciosa para la Argentina desde 1993 y su contexto.

En efecto, la consagración de jerarquía superior a las leyes —tanto de los tratados de integración, en su medida de derecho constitutivo del

65. El autor, que forma parte del estudio jurídico que diseñó la estrategia del demandante y tiene una conocida posición personal a favor de la construcción de un derecho supranacional "desde" los tribunales regionales, sintetiza las siguientes razones: 1) la existencia de reclamos similares por parte de los socios del MERCOSUR a la República Argentina en el pasado (especialmente, en la Comisión de Comercio), con el pretexto de que en este ámbito "[...] los derechos de exportación intrazona infringen el Tratado de Asunción"; 2) la literalidad del Tratado de Asunción, de indudable interpretación sobre el incumplimiento del cobro de los tributos en el caso planteado; y 3) la observación de un Grupo de Expertos del sistema de solución de controversias del MERCOSUR —un documento inédito y reservado que no posee señalización ni posibilidad de identificación alguna— que indica "[...] que el Tratado de Asunción prohíbe los derechos de exportación entre los Estados Parte" y que su aplicación incumpliría la normativa regional. *Cfr*. Perotti, "MERCOSUR: una de cal y...".
66. Perotti, "El Mercosur y el derecho...", p. 559.

bloque, como de las normas de derecho derivado que se dicten por los órganos decisorios de estas organizaciones supranacionales— permite vislumbrar un claro interés del constituyente en promover y valorizar especialmente el fenómeno de la integración regional en América Latina.

Lo anterior tiene, según Poffo, una explicación plausible: el MERCOSUR merece analizarse en su contexto —dentro de un momento determinado— para identificar su punto de "inercia de base actual" y desde allí establecer la tendencia general apta para diseñar un marco de acción que, a más de tres décadas de su gestación, torna "[...] necesario explorar otras herramientas que permitan sostener el dinamismo de la integración y achicar la brecha entre lo real y lo potencial en materia de asociación".[67]

Por esta razón no es posible descartar —de manera definitiva, aunque en un futuro muy lejano— una eventual aplicación práctica de la norma examinada, ni aún menos sostener en forma concluyente que esta disposición jamás podrá obtener un uso concreto conforme a la intención del legislador de 1994. En todo caso, es factible que el inciso 24 pueda ser reinterpretado —o más bien dilucidado— pero esta tarea, en nuestra opinión, no puede prescindir de la armonía integral del texto, ni de las necesidades o los anhelos del momento en que se dictó, dotando así de un pleno efecto a la intención del legislador.

Ahora bien, una posición realista nos recuerda que la norma constitucional analizada no se pronuncia a favor de la primacía del derecho comunitario y que ello exigiría —como mínimo— el reconocimiento de su jerarquía constitucional. Asimismo, el artículo 75 inciso 24 tampoco se expide sobre otros de los principios característicos del derecho comunitario como la aplicabilidad inmediata y el efecto directo de las normas de derecho constitutivo y derivado de un proceso supranacional.

Por esta razón, es posible prever que su futura y eventual aplicación no se encontrará exenta de polémica en torno al tipo de proceso de integración negociado, su contexto político— económico, la seriedad con la que se examinen fórmulas consensuadas respecto de la propia noción de la cesión de soberanía, la naturaleza de competencias concedidas —tanto expresa como implícitamente— la limitación de jurisdicciones o aquellas funciones históricamente soberanas transferidas a favor de la estructura o las instituciones comunitarias, sin omitir su financiamiento y otros

67. Poffo, *Integración productiva del MERCOSUR,* p. 7.

aspectos razonablemente atendibles no enunciadas que puedan surgir en un debate sobre este asunto. En otras palabras, los términos y conceptos críticos potencialmente en cuestionamiento tratarán, probablemente, aunque no únicamente, sobre las ideas sobre la "limitación de soberanía", las "transferencias de competencias" y la "supremacía comunitaria".[68]

Por estas razones, la reforma constitucional de 1994 y la inclusión de una cláusula de habilitación constitucional de integración regional no ha representado, hasta el momento, un avance muy significativo para la República Argentina, aunque presenta un objetivo ambicioso y potencialmente extraordinario, de cumplirse todo lo positivo que se espera de esta disposición.

Indudablemente, los socios del MERCOSUR no han realizado la opción a favor de la supranacionalidad sino eligieron, hasta el momento, una tímida intergubernamentalidad y no ha decidido superar el gran desafío de sus asimetrías constitucionales para alcanzar la conformación de un esquema supranacional entre sus socios. El proceso de integración creado en 1991 aún presenta un gran potencial de desarrollo tanto "desde" el bloque como "desde" sus Estados Parte y requiere avanzar con eficiencia, sobre sólidas evaluaciones jurídicas, políticas, sociales y económicas en ámbitos más allá de lo estrictamente arancelario— comercial que permitan, en definitiva, cumplir los objetivos propuestos oportunamente en el Tratado de Asunción. Para ello, la institucionalidad prevista en las constituciones de los Estados presenta un rol que no puede ser ignorado sino que merece, por el contrario, un lugar central en cualquier planificación seria del proceso integracionista mercosureño.

Bibliografía

Badeni, Gregorio, "Derecho, Constitucional", *La Ley*, 2da. ed., 2006, Buenos Aires.

Barboza, Julio, "Derecho internacional público", *Zavalía*, 2da. ed., 2008, Buenos Aires.

Barra, Rodolfo C., *Fuentes del ordenamiento de la integración*, Abaco, 1998, Buenos Aires.

68. Godio, *La transferencia de competencias supranacionales...*, p. 103.

Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo II, Ed. Ediar, 1995, Buenos Aires.

Cao, Christian A., "Los Tratados constitutivos del MERCOSUR. Su derecho originario a la luz de una Teoría general de la integración regional", en Carnota, Walter & Maraniello, Patricio (dirs.), *Tratado de los Tratados internacionales comentados*, Tomo I, La Ley, 2011, Buenos Aires, pp. 243-351.

CECP-Ministerio de Justicia de la Nación, *Obra de la Convención Nacional Constituyente,* La Ley, 1994, Buenos Aires.

Colautti, Carlos E., *Los tratados internacionales y la Reforma Constitucional*, en La Ley 1994-D-1149.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Ekmekdjian c/ Sofovich", "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho", 07/07/1992, *Fallos: 315:1492*.

——,"Bio Sidus S.A. (TF 22046-A) c/ Dirección General de Aduanas s/ recurso", 10/12/2013, *Fallos: 334:2261*.

——,·Cocchia, "Cocchia, Jorge Daniel c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo", 02/12/1993, *Fallos: 316:2624*.

——, "Café La Virginia", "Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)", 13/10/1994, *Fallos: 317:1282*.

——, "Dotti", "Dotti Miguel A. y otro s/ contrabando (incidente de apelación auto nulidad e incompetencia", 21/12/1999, *Fallos: 321:1226*.

——, "Mercedes Benz Argentina", "Mercedes Benz Argentina S.A.C.I.F.I.M.T.F.N. N° 8010-A c/ A.N.A.", 21/12/1999, *Fallos 322:3193.*

——, "Compañía Azucarera Los Balcanes", "Compañía azucarera Los Balcanes S.A. c/ Poder Ejecutivo de la Nación s/ Recurso de hecho", 18/12/2001, *Fallos 324:4414.*

——, "Sancor C.U.L.", "Sancor C.U.L. (TF 18476-A) c/ D.G.A.", 06/10/2009, *Fallos 332:2237.*

——, "Bio Sidus S.A." "Bio Sidus S.A. (TF 22046-A) c/ Dirección General de Aduanas", 10/12/2013, *Fallos: 334:448.*

——, Resolución CSJ 721/2003 (39-C/CS1), 05/09/2003.

——, "Whirlpool" "Whirlpool Puntana SA (TF 21.671-A) c/ Dirección General de Aduanas", 11/12/2014, *Fallos: 337:1451.*

Ekmekdjian, Miguel Á., *Hacia la República Latinoamericana,* Depalma, 1991, Buenos Aires.

——, *Tratado de derecho constitucional*, Tomo IV, Depalma, 2001, Buenos Aires.

Farfán Beltrán, María L., "La interpretación constitucional del art. 75, inc. 22 bajo el lente de las doctrinas 'originalistas' y 'evolutivas'", en *El Derecho — Suplemento Constitucional*, edición del 21/04/2022 (Cita digital: ED-MMDCCCLXXV-312).

Feldstein de Cárdenas, Sara L. & Scotti, Luciana B., "Las asimetrías constitucionales: un problema siempre vigente en el MERCOSUR", en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión — RSTPR*, Año 1, N.º 2, 2013, pp. 271-311.

Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 4 ed. ampliada y actualizada, La Ley, 2013, Buenos Aires.

——, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 6ta. ed., La Ley, 2022, Buenos Aires.

Godio, Leopoldo M. A., *La transferencia de competencias supranacionales en los procesos de integración regional. Reflexiones sobre su inclusión, cuestionamiento actual y perspectivas de aplicación al cumplirse treinta años de la reforma constitucional argentina de 1994*, El Derecho, 2024, Buenos Aires.

Herrera, Juan C., "Las cláusulas de integración en las constituciones de Suramérica: 200 años después de la Carta de Jamaica", en *Colombia Internacional* N.º 86, 2016, pp. 165-192. DOI: http://dx.doi.org/10.7440/colombiaint86.2016.06 consultado el 06/03/2025.

Mensa González, Andrea, "Un análisis del artículo 75, inciso 24 y de las posibilidades de integración supraestatal", en Bernal, Marcelo, Pizzolo, Calogero & Rossetti, Andrés (coords.), *¡Que veinte años no es nada!: Un análisis crítico a veinte años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina*, Eudeba, 2015, Buenos Aires, pp. 186-204.

Midón, Mario A., *Derecho de la Integración. Aspectos institucionales del MERCOSUR,* Rubinzal-Culzoni, 1998, Santa Fe.

Najurieta, María S., "El juez nacional ante el desafío de la integración: una nueva exigencia para la formación del magistrado", en *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional,* Año XII, N.º 23, 1999, pp. 51-58.

Perotti, Alejandro D., *Habilitación constitucional para la integración comunitaria. Estudio sobre los Estados del MERCOSUR*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Austral, 2003.

——, "El Mercosur y el derecho constitucional de los Estados Partes", en *El Derecho*, 13 de diciembre de 2007 (Tomo 2007, 559 - cita digital: ED-DCCLXIX-912), pp. 2-12.

——, "MERCOSUR: una de cal y una (grande) de arena. Código Aduanero y derechos de exportación", en *El Dial.com — Suplemento de derecho aduanero y comercio exterior*, edición del 17/10/2018 (cita online: DC2620, consulta realizada el 24/11/2024).

Pizzolo, Calogero, *Derecho e integración regional: Comunidad Andina, MERCOSUR, SICA, Unión Europea*, ed. Ediar, 2010, Buenos Aires.

Poffo, Carlos A., *Integración productiva del MERCOSUR,* Catálogos, 2012, Buenos Aires.

Rimoldi de Ladmann, Eve I., "El Derecho de la Integración y el Derecho Constitucional Latinoamericano", en *Lecciones y Ensayos* N.º 47, 1987, pp. 69-96.

Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2da. ed. ampliada y actualizada, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, 2017, Santa Fe.

Sagüés, Néstor P., "Los tratados internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994", en *La Ley* 1994-E-1036.

——, *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución,* Astrea, 2017, Buenos Aires.

Scotti, Luciana B., "Instrumentos de integración jurídica en el Mercosur: el rol del derecho internacional privado", en Scotti, Luciana B. (dir.), *Balances y perspectivas a 20 años de la constitución del Mercosur,* Eudeba, 2013, Buenos Aires, pp. 173-209.

Sosa, Guillermina L., "Los principios en el Derecho de la Integración", en Carnota, Walter & Maraniello, Patricio (dirs.), *Tratado de los Tratados internacionales comentados*, Tomo I, La Ley, 2011, Buenos Aires, pp. 112-139.

Vanossi, Jorge R. & Dalla Vía, Alberto R., *Régimen constitucional de los tratados,* 2da ed., Abeledo Perrot, 2000, Buenos Aires.

Zarini, Helio J., *Constitución Argentina. Comentada y concordada,* Astrea, 2019, Buenos Aires.

EN DEFENSA DEL PACTO DE OLIVOS Y DEL EJERCICIO (POSIBLE) DEL PODER CONSTITUYENTE*

Ramiro Álvarez Ugarte**

Resumen: Este artículo ensaya una defensa del Pacto de Olivos, a treinta años de su gestación. Argumenta que el mismo representa, de una manera imperfecta, a una dimensión esencial de los procesos constituyentes *postsoberanistas*, que abandonan visiones ficticias sobre el pueblo soberano e ideas descabelladas sobre la posibilidad de su (perfecta) representación. Fue un acuerdo de cúpulas gestado al calor del último aliento de la representación política tradicional mediada por partidos políticos. Esta defensa contrasta dos visiones del poder constituyente: una *soberanista* que pide encontrar en él al soberano colectivo y una *postsoberanista* que se contenta con que él participe del proceso de manera imperfecta y a través de múltiples representaciones. El trabajo concluye con un análisis de los casos *Fayt* y *Schiffrin*, en los que estas visiones se pusieron en juego.

Palabras clave: reforma constitucional — poder constituyente — pacto de olivos — corte suprema — control judicial

Abstract: This article attempts a defense of the Olivos Pact, thirty years after its creation. It argues that it represents, in an imperfect way, an essential dimension of the post-sovereign constituent processes, which abandon fictitious visions about the sovereign people and unlikely ideas about the possibility of its (perfect) representation. It was a top-level agreement conceived in the heat of the last gasp of traditional political representation mediated by political parties. This defense contrasts two visions of constituent power: a sovereignist one that asks to find the collective sovereign in it and a post-sovereignist one that is content with him participating in the process imperfectly and through multiple representations. The work concludes with

* Recepción del original: 27/11/2024. Aceptación: 07/02/2025.
** Docente UBA Derecho (JTP).

an analysis of the Fayt and Schiffrin cases, in which these visions were put into play.

Keywords: constitutional reform — constituent power — pact of olivos — supreme court — judicial review

I. Introducción

En este ensayo me gustaría defender al Pacto de Olivos, el acuerdo entre Raúl Alfonsín y Carlos Menem que hizo posible la reforma constitucional de 1994. Usualmente criticado, ese acuerdo político fue fundamental para permitir una reforma constitucional consensuada por los partidos políticos mayoritarios, que produjo cambios significativos en nuestro derecho. Si bien estos no fueron perfectos, permitieron la consolidación y expansión de nuestra democracia. Eso no hubiera sido posible sin ese acuerdo "de cúpulas" que —sin embargo— visto en una perspectiva más larga fue la culminación de un proceso constituyente que había iniciado años antes. Procedo de la siguiente manera. En la primera parte recorro brevemente al Pacto de Olivos, y me enfoco de manera especial en la ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma. Fue la expresión jurídica de un acuerdo político, que limitó a la Convención Constituyente con relativo éxito. En la segunda parte ensayo una defensa de ese acuerdo que se concentra —especialmente— en razones de coordinación colectiva. Recurro a la teoría de los juegos para explicar por qué el pacto era la mejor estrategia posible para los dos jugadores dadas las circunstancias. Es una aproximación que no tiene pretensiones de ser concluyente, pero es consistente con los relatos de los propios actores que participaron del proceso de negociación. En la tercera parte recorro los efectos jurídicos del Pacto de Olivos, especialmente en la interpretación que de él hizo la Corte Suprema en los casos "Fayt" y "Schiffrin". Sostengo que allí se pusieron en juego dos visiones del poder constituyente, en el primer caso una mirada *postsoberanista* que entiende al poder constituyente como una serie de mecanismos o procedimientos encadenados de los que el pueblo participa imperfecta e indirectamente y en el segundo una concepción *soberanista* que pretende ver una representación más acabada del mismo en la institución de la convención. Concluyo reivindicando al primer criterio sobre el segundo.

II. El Pacto de Olivos

El ejercicio del poder constituyente es uno de los principales misterios o dilemas de la teoría constitucional contemporánea.[1] Ello se vincula con la ficción original: la existencia de un soberano colectivo inalcanzable cuya voluntad y consentimiento, sin embargo, determina la legitimidad de los sistemas políticos democráticos.[2] *El Pueblo* con mayúsculas emerge, en este relato, como el actor fundamental pero de voz usualmente desconocida, que se proyecta como imagen —o producto de la imaginación— sobre el lugar vacío que ocupa el poder en una democracia, recreándolo permanentemente con intervenciones periódicas y parciales y siempre inacabadas.[3] De esta visión surge una cierta conceptualización del poder constituyente, la *soberanista*, que sostiene —contra toda evidencia— que este poder lo ejerce "el pueblo por sí mismo" (*the people themselves*), en general en circunstancias extraordinarias y revolucionarias, para fundar órdenes jurídicos nuevos.[4] En esta visión, *El Pueblo* ejerce un rol activo, abraza a la Constitución como producto suyo: de su acción y su voluntad. Este punto de vista es relativamente tradicional, heredero de los primeros dilemas o aporías del constitucionalismo moderno,[5] y está atado a ciertas ficciones constitutivas[6] o a visiones explícitamente *populistas*, que sostienen que el soberano colectivo puede ser —en determinadas circunstancias— efectivamente encarnado por alguien o algo.[7]

La visión *postsoberanista* articulada por Andrew Arato busca superar las limitaciones de la vieja concepción. Esta conceptualización del poder constituyente excluye la posibilidad de que "una sola agencia, institución, o individuo reclame personificar al poder constituyente y la autoridad del 'pueblo constituyente'".[8] Considera que el pueblo está presente "de una

1. Arato, *Post Sovereign Constitution Making: Learning*...; Arato, The Adventures of the...; Verdugo, "Is it time to abandon the...".
2. Morgan, *Inventing the People: The Rise of*...; Rosanvallon, *El pueblo inalcanzable. Historia*...; Fritz, *American Sovereigns: The People and America's*...
3. Lefort, *Democracy and Political Theory*, p. 225.
4. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review.*
5. Rosanvallon, *La Democracia Inconclusa: Historia de la*....
6. Fritz, *American Sovereigns: The People and America's Constitutional Tradition Before the Civil War.*
7. Laclau, *La razón populista.*
8. Arato, *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy,* p. 10.

manera plural, compleja y siempre limitada que no tiene ni la posibilidad del no absoluto del referéndum, ni el poder constituyente ilimitado incorporado en una asamblea".[9] Estimo que esta visión —que el autor rastrea a la experiencia de Polonia, Hungría, y Sudáfrica— es en última instancia correcta, especialmente cuando se la compara con la visión *soberanista*, ya que supera o deja atrás al mito del soberano colectivo y lo reemplaza por un modelo en el que los ciudadanos pueden estar representados de muchas maneras diversas. Esta visión del poder constituyente tiene —además— la enorme virtud de devolverlo a un plano real y posible y sacarlo de los dilemas teóricos que lo atrapan[10] y que han hecho fracasar su ejercicio práctico en casos recientes y cercanos.[11] Esta visión es —además— la que mejor explica al proceso de reforma de 1994 cuando se lo mira en una perspectiva histórica más larga.[12]

Resulta necesario recordar algunos hechos básicos para desplegar este argumento. El presidente Carlos Menem afrontaba un cuarto año de gestión con una enorme popularidad, luego de haber logrado controlar el proceso inflacionario e hiperinflacionario que había marcado los últimos años del gobierno de Raúl Alfonsín.[13] En ese escenario, Menem deseaba una reelección que la Constitución de 1853 le negaba. Alfonsín, por su parte, había concluido su gobierno con una serie de sueños inconclusos y pendientes, entre ellos el traslado de la capital a Viedma-Carmen de Patagones y una reforma constitucional que pudiera fortalecer a una democracia que se percibía a sí misma débil y sometida a unas amenazas diversas. En efecto, el *Consejo para la Consolidación de la Democracia*, bajo el liderazgo de Carlos Nino, había producido útiles materiales para pensar una reforma que disminuyese el poder del presidente y la lógica *delegativa* del sistema político, que tendía a construir presidentes fuertes al comienzo de los mandatos para quitarles poder y volverlos sumamente débiles ante las recurrentes crisis económicas.[14] La mesa de negociación estaba, al menos

9. Arato, "Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary...", p. 24.
10. Verdugo, "Is it time to abandon the...; Sethi, "Looking beyond the constituent power...".
11. Alemán & Navia, "Chile's Failed Constitution: Democracy Wins".
12. García Lema, *La reforma por dentro.*
13. Torre, *Diario de una temporada en el quinto piso…*
14. Consejo para la Consolidación de la democracia, *Reforma Constitucional. Dictamen preliminar del Consejo...*; Consejo para la Consolidación de la democracia, *Presidencialismo vs. parlamentarismo: Materiales para el...*; O'Donell, "Delegative Democracy".

teóricamente, servida: el presidente de la Nación y el presidente del principal partido de la oposición tenían cosas que llevar allí. Además, la cuestión constitucional estaba planteada en el debate público desde hacía algunos años y había sido apoyada por los dos partidos mayoritarios si la misma era *consensuada*.[15] En enero de 1988, por caso, el presidente Alfonsín y Antonio Cafiero —líder del PJ en ese momento, recientemente electo gobernador de Buenos Aires— habían firmado un documento conjunto en el que ya se pensaban en líneas posibles de reforma constitucional, como la desconcentración del poder económico en el Estado federal y la posibilidad de creación de regiones.[16]

Las negociaciones se aceleraron rápidamente en 1993. El oficialismo avanzó con la amenaza de realizar una consulta popular no vinculante y varios proyectos de reforma fueron presentados en el Congreso.[17] Las elecciones de octubre empujaron al acuerdo: el PJ obtuvo un 42.5 por ciento de los votos, mientras que la UCR obtuvo 30.3,[18] y las discusiones dentro del radicalismo empezaron a moverse lentamente hacia la posibilidad de un pacto.[19] El relato del acuerdo es conocido: por medio de intermediarios, Menem y Alfonsín acercaron posiciones y arribaron a un entendimiento en la cocina de la casa vacía del ex canciller Dante Caputo, a pocas cuadras de la Quinta de Olivos.[20]

La ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional capturó el pacto en términos jurídicos y casi contractuales. El artículo 2 habilitaba a la Convención a reformar una serie de temas entre los que se contaba la reducción del mandato presidencial y la reelección por un período; la atenuación (declamada) de los poderes del presidente mediante la creación de la Jefatura de Gabinete; la regulación de los decretos de necesidad y urgencia, la delegación legislativa, y la promulgación parcial; la elección del intendente de la Ciudad de Buenos Aires, la incorporación

15. García Lema, *La reforma por dentro.*
16. El País, "Alfonsín y Cafiero acuerdan reformar la Constitución en 1989", 14/01/1988; García Lema, La reforma por dentro.
17. PEN, "Consulta Popular sobre la Constitución Nacional"; Ayala, "La reforma Constitucional de 1994", pp. 57-58.
18. Ministerio del Interior, "Escrutinio Definitivo".
19. García Lema, *La reforma por dentro.*
20. Spotify, "Podcast Generación 94 – Episodio 01", 00:26:01.; Spotify, "Podcast Generación 94 – Episodio 3", 00:32:09.

de un tercer senador por la minoría en todas las provincias, la creación del Consejo de la Magistratura, entre otros. El artículo 3 habilitaba a otra serie de reformas y artículos que podían ser discutidos por la Convención, incluyendo cuestiones como el fortalecimiento del sistema federal, la autonomía municipal, mecanismos de democracia directa y semidirecta, la creación de una Defensoría del Pueblo, entre otros. El artículo 5 —sin embargo— era el que *juridificaba* al acuerdo político que supuso el Pacto de Olivos.[21]

> La Convención podrá tratar en sesiones diferentes el contenido de la reforma, pero los temas indicados en el artículo 2º de esta ley de declaración deberán ser votados conjuntamente, entendiéndose que la votación afirmativa importará la incorporación constitucional de la totalidad de los mismos, en tanto que la negativa importará el rechazo en su conjunto de dichas normas y la subsistencia de los textos constitucionales vigentes.

La cláusula implicaba sellar el destino del acuerdo dentro de la Convención, y bloqueaba la posibilidad de que una de las partes —quizás beneficiada por una elección a convencionales constituyentes especialmente favorable o gracias al acuerdo con partidos excluidos del Pacto de Olivos— abandonase el acuerdo una vez que la Convención estuviese constituida. Lejos de ser un acuerdo político a ser sostenido solo por la honorabilidad de los firmantes, la ley 24.309 y su artículo 5 volvían al acuerdo original que permitió el ejercicio del poder constituyente un contrato vinculante, para las partes del mismo y para los terceros afectados por él. Ello fue objeto de extensos debates y críticas en las primeras jornadas de la Convención Constituyente, reunida en la ciudad de Santa Fe meses después. Algunos constitucionalistas cuestionaron ese alcance de la ley,[22] aunque sus lineamientos generales se impusieron y fueron aceptados por la propia Convención e incorporados a su reglamento, con el visto bueno de la Corte Suprema.[23]

21. García Lema, *La reforma por dentro*.
22. Ayala, "La reforma Constitucional de 1994", pp. 61–62.
23. CSJN, "Romero Feris, Antonio J. c. Estado Nacional", considerando 3.

III. Conflicto y Negociación

La teoría de los juegos es un marco teórico creado a mediados del siglo XX que permite evaluar estrategias de acción entre actores que participan de esos juegos, que son en general asumidos como actores racionales que buscan maximizar su beneficio. Hay todo tipo de juegos: cooperativos, de suma cero, simultáneos y secuenciales, de repetición, etcétera.[24] La teoría permite enmarcar a situaciones diversas en ejemplos conocidos, como el dilema del prisionero o la tragedia de los comunes. Ha sido extensamente utilizada para analizar fenómenos políticos (como las transiciones a la democracia desde procesos autoritarios)[25] y constitucionales (como los procesos de reforma constitucional).[26] Desde este punto de vista, el Pacto de Olivos presentaba un juego relativamente simple: había solo dos jugadores, con objetivos diferentes pero no contradictorios, que les permitía una mejora de Pareto si negociaban, es decir, la posibilidad de obtener mejoras simultáneas respecto de la situación anterior. Eso exigía que desplieguen la estrategia cooperativa que finalmente desplegaron.

Opciones estratégicas y ganancias en el proceso de reforma constitucional de 1994

	UCR Coopera	UCR Defecciona
PJ Coopera	A (3, 3) Ambos obtienen reformas deseadas.	B (1, 4) UCR gana; PJ no obtiene reelección
PJ Defecciona	C (4, 1) PJ obtiene reelección; no hay reformas adicionales.	D (2, 2) Bloqueo mutuo; no hay reformas ni reelección

En el análisis para determinar la mejor estrategia posible en un escenario de este estilo es fundamental considerar el grado de éxito que una u otra puede desplegar. Siguiendo lo que recordaron los propios actores que participaron del proceso a treinta años de la reforma,[27] Alfonsín sabía

24. Myerson, *Game Theory: Analysis of Conflict*.
25. Colomer, *Game Theory and the Transition to Democracy. The Spanish Model*.
26. Heckathorn & Maser, "Bargaining and..."; Buchanan, "Same players, different game...".
27. Spotify, "Podcast Generación 94 – Episodio 2".

que estaba en una situación de debilidad y que no podía imponer las reformas que había imaginado antes de que la crisis económica de fines de los ochenta determinase el final prematuro de su gobierno. La estrategia B no estaba, entonces, realmente a su alcance. Pero Alfonsín también temía que, apalancado por su creciente popularidad, Menem pudiera salirse con la suya siguiendo la estrategia C de *ir por todo* en un escenario que se le presentaba, *a priori*, como electoralmente favorable.[28] Si bien ante un escenario de esa naturaleza Alfonsín podría procurar bloquear el intento reeleccionista (estrategia D) ello presentaba dos desafíos. Por un lado, su éxito no estaba asegurado. Por el otro, el resultado lo dejaba en la situación ya de por sí insatisfactoria en la que se encontraba, al menos si consideramos que las reformas imaginadas por el Consejo para la Consolidación para la Democracia eran efectivamente deseadas por el líder de la oposición. Del lado justicialista, el escenario se presentaba igualmente favorable a la cooperación. Si bien Menem podría imaginar la posibilidad de imponer su control creciente del sistema político para obtener la reelección, sabía que la estrategia de defección (C) era costosa: implicaría un proceso más dificultoso, debería confrontar con actores que retenían cierta capacidad de veto u oposición, y —al final del camino— podría fracasar. La estrategia de cooperación mutua (A) era la que más convenía a ambas partes.

En este escenario, presentado aquí de manera simplificada, quizás cumplió un rol relevante el recuerdo de la experiencia de la reforma de 1949, impuesta de manera unilateral por un partido dominante que no perduró en el tiempo y perdió vigencia y *facticidad* a pocos años de ser adoptada.[29] Para Acuña, las pretensiones normativas de los actores de la reforma de 1994 cumplieron un rol secundario en relación con las explicaciones electorales y al *juego de la gallina* que suponían las estrategias de defección.[30] En todo caso, en la mesa de negociación esas pretensiones normativas —es decir, lo que cada cual deseaba— fueron centrales para darle contenido a la reforma, por más que no expliquen el hecho de la misma.

Si la cooperación era la mejor estrategia posible para ambas partes, necesitaban —sin embargo— asegurar que la otra parte no iba a retroceder de su compromiso y elegir una estrategia no cooperativa de maximización

28. Spotify, "Podcast Generación 94 – Episodio 2", 00:30:08.
29. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to...*; Ajmechet, "Las concepciones...".
30. Acuña, *La nueva matriz política argentina*, p. 138; Carrizo, "Entre el consenso coactivo...".

de su posición. Si bien esta no estaba disponible para Alfonsín, sí parecía estarlo para Menem. La ley 24.309 y el compromiso del artículo cinco sobre la fórmula de votación del llamado Núcleo de Coincidencias Básicas procuraba sellar el acuerdo e impedir al otro la salida unilateral. El proceso de dos pasos que prevé el artículo 30 de la Constitución para su reforma exigía que esa instancia de acuerdo fuese adoptada en el primer paso. Sin esa *juridificación* del acuerdo político en el momento inicial la estrategia unilateral hubiera seguido abierta para Menem, a la espera de un resultado favorable en la elección de convencionales constituyentes que le permitiera perseguir una estrategia maximalista (C) una vez que Convención hubiera sido electa. Un escenario de esa naturaleza hubiera desincentivado a la UCR a dar el primer paso que prevé el artículo 30, lo que hubiera hecho a la reforma más difícil: la hubiera convertido en un juego de suma cero desde el minuto uno. El proceso de reforma debía iniciarse limitado, contenido, en un escenario típicamente *postsoberanista* de ejercicio del poder constituyente,[31] en el que la Convención Constituyente no se ve como la representante perfecta de la voluntad del soberano colectivo sino como la instancia final de un proceso más largo y regulado, sometido a reglas diversas y formas de participación y representación que permiten aplicar ideales del constitucionalismo al propio proceso de hacer una Constitución.[32]

IV. Reformas constitucionales inconstitucionales y la limitación del poder constituyente

La interpretación tradicional del Pacto de Olivos y la ley 24.309 sostuvo desde el caso *Fayt* que la Convención Constituyente que opera como consecuencia del artículo 30 de la constitución no es *soberana*: puede ser limitada por el Congreso que declara la necesidad de la reforma.[33] Para la Corte, "la facultad de reformar la Constitución no puede exceder el marco de la regulación —constitucional— en que descansa".[34] Las palabras *al efecto* contenidas en el artículo 30 cumplen un rol central en este argumento: esta expresión "pone de manifiesto que la convención se reúne

31. Arato, *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy.*
32. Arato, "Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary...", p. 20.
33. CSJN "Fayt".
34. CSJN, "Fayt", considerando 7.

con la finalidad de modificar aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró que podían ser reformadas y sobre las que el pueblo de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse al elegir a los convencionales y no otras, sobre las que no concurren dichos requisitos".[35]

Cabe recordar que lo que estaba en juego en *Fayt* era la reforma del artículo 99.4 de la Constitución, cláusula que prevé la atribución presidencial de nombrar jueces de la Corte Suprema (de acuerdo con la fórmula de 1853) y los jueces inferiores (con base en la propuesta del Consejo de la Magistratura, innovación de 1994). Allí el constituyente hizo un agregado peculiar, como último párrafo de este inciso: "Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite". La reforma es curiosa, porque implica una modificación sustancial del artículo 110 que prevé que los "jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta…". Se trata de una cláusula de la sección tercera, del título primero, de la segunda parte de la Constitución, que regula al poder judicial. ¿Por qué el constituyente de 1994 había resuelto introducir una modificación sustantiva al principio de duración *full life* del artículo 110 (sección tercera) en el artículo 99 sobre atribuciones del presidente de la Nación (sección segunda)? La respuesta es sencilla si se observa con atención a la ley 24.309, que no habilitaba ni directa ni indirectamente la modificación del artículo 96 (actual artículo 110) por parte de la Convención.[36]

Así lo entendió la Corte en *Fayt*, que juzgó que la sanción explícita de nulidad contenida en el artículo 6 de la ley 24.309 la habilitaba para juzgar la reforma constitucional que se excediese en su competencia.[37] Para arribar a esa conclusión, la Corte refirió de manera expresa al criterio de Eduardo Menem quien —al debatir la ley 24.309 en el Senado— afirmó que "convención constituyente no se puede declarar soberana más allá del marco que le fijamos nosotros al declarar la necesidad de la reforma".[38]

35. CSJN, "Fayt", considerando 7.
36. CSJN, "Fayt", considerandos 11-12.
37. CSJN, "Fayt", considerando 10.
38. Honorable Senado de la Nación, "Diario de Sesiones, 44ª reunión", p. 3869.

Para la Corte Suprema, el constituyente se había excedido en sus facultades al reformar el artículo 99.4 en un sentido que modificaba —materialmente— al artículo 96 (actual 110), una materia vedada por el Congreso en ejercicio de su facultad prevista en el artículo 30 de la Constitución. El lugar elegido para la reforma es revelador, en ese sentido, de la maniobra: el constituyente se sabría limitado y buscó eludir la limitación introduciéndola en un artículo que no correspondía.[39] La decisión de la Corte en *Fayt* era consistente con la defensa que había hecho del acuerdo político como antecedente necesario al proceso de reforma en el caso *Romero Feris*, de algunos años antes.[40] Curiosamente, en ese caso el juez Fayt había votado en disidencia con argumentos que hacen recordar a la conceptualización *soberanista* del poder constituyente.[41]

En términos prácticos, *Fayt* permitió la continuidad de ese magistrado en la Corte Suprema hasta los 97 años de edad. Pero muchos jueces que fueron nombrados luego de la reforma de 1994 —y algunos que habían sido nombrados con anterioridad— consideraron que el artículo 99.4 era válido en su totalidad y se retiraron a los 75 años. La norma constitucional, entonces, no perdió validez como consecuencia de lo resuelto por la Corte Suprema en un caso concreto. Ello puede tener algo de sentido: como sostiene Roznai, el "poder de declarar a una reforma constitucional 'inconstitucional' no es menos notable que el poder de reforma en sí mismo".[42] Desde un paradigma *soberanista* que ve en la Convención a la representación perfecta del soberano colectivo, la posibilidad de controlar la constitucionalidad de una reforma trae de regreso a la *dificultad contramayoritaria*, pero recargada. Esta visión, que la concepción *postsoberanista* del poder constituyente busca dejar atrás,[43] es la que explica al voto de la mayoría de la Corte Suprema en el caso *Schiffrin*.[44] Allí el tribunal debía volver sobre el artículo 99.4 en un caso muy similar. Pero la mayoría de la Corte decidió repudiar *Fayt* y abrazar una teoría soberanista del poder constituyente, en los términos más ambiciosos posibles. Para la Corte, el caso *Fayt* había sido erróneamente resuelto: la interpretación de las facultades de la

39. CSJN, "Fayt", considerando 14.
40. CSJN, "Romero Feris, Antonio J. c. Estado Nacional".
41. Sáenz, "Artículo 30. Reforma de la Constitución", pp. 89.
42. Roznai, *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of...*, p. 197.
43. Arato, *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy*.
44. CSJN, "Schiffrin".

convención constituyente debía ser amplia y no restrictiva y —en caso de duda— debe juzgarse "a favor de la plenitud de poderes de la Convención Constituyente".[45] De manera aún más radical, la mayoría sostuvo que "la Convención Constituyente representa la voluntad del pueblo" aunque se encuentra "limitada por el contenido pétreo de la Carta Magna", lo cual significa —para la Corte— que una "Convención futura no podría derogar la estructura básica del sistema de poder constitucional ni los derechos humanos ya consagrados".[46]

> Este estándar, del más amplio respeto hacia la actividad de la Convención Constituyente, tiene sustento en un hecho de singular importancia: se trata de la voluntad soberana del pueblo, expresada a través de un órgano —como lo es la Convención Reformadora— que cuenta con el más alto grado de representatividad, ya que los ciudadanos eligen a los convencionales con plena conciencia y conocimiento de que llevarán a cabo en forma inmediata y concreta la misión de reformar la Ley Fundamental.[47]

La defensa de *Fayt* esgrimida por el voto en disidencia del juez Carlos Rosenkrantz es notable, en parte porque reivindica a un ejercicio moderado del poder constituyente en un proceso complejo de dos pasos, en el que el pueblo no se encuentra perfectamente representado en ninguno de ellos, sino que está presente (de manera imperfecta) en ambos momentos. Se trata de una visión más sofisticada sobre el poder constituyente, que abraza —quizás sin saberlo o sin decirlo— a la posición *postsoberanista* de Arato.[48] En efecto, Rosenkrantz

45.CSJN, "Schiffrin", considerando 7.e.
46. CSJN, "Schiffrin", considerando 7.f.
47. CSJN, "Schiffrin", considerando 10. En *dicta*, la mayoría en "Schiffrin" ofrece argumentos adicionales: se trató del único caso en la historia en el que una reforma constitucional no había sido aplicada; el paso del tiempo disipó el temor a la violación de la independencia judicial (considerando 9); la consecuencia lógica de "Fayt" supondría la posibilidad de que el Congreso capture de manera absoluta al poder constituyente, habilitando a la Convención sólo para decir *sí* o *no* ante un menú cerrado de opciones (considerando 12); otras reformas deberían caer bajo el peso de *Fayt* como las normas en defensa de la democracia, el medio ambiente, o la acción de hábeas data, entre otras (considerando 13).
48. Arato, *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy*.

conceptualiza de manera diferente al ejercicio del poder constituyente en los términos del artículo 30: no considera que el Congreso ejerce una función *preconstituyente* (como la mayoría) sino que estima que el poder constituyente se ejerce en dos etapas diferentes, una a cargo del Congreso y otra a cargo de la Convención, "órganos con competencias constitucionales específicas y exclusivas que participan en el procedimiento de reforma constitucional en dos etapas secuenciales claramente definidas".[49] Las dos etapas merecen nuestro respeto, y la limitación que el Congreso pueda imponer sobre la Convención no restringe al poder constituyente sino que lo potencia.

> [...] dichas restricciones son en verdad potenciadoras de la soberanía popular. En efecto, dado que la declaración de la necesidad de la reforma requiere una mayoría calificada de dos tercios de los miembros del Congreso se garantiza que el proceso de reforma constitucional sólo será iniciado cuando exista un amplísimo consenso. Asimismo, el mecanismo ideado por la Constitución permite que el pueblo de la Nación participe dos veces en el proceso de reforma: primero, a través de sus representantes legislativos en el Congreso, identificando qué es lo que será objeto de reforma, y luego a través de los convencionales constituyentes que el pueblo decida elegir, consagrando la reforma que estos le propongan en sus respectivas campañas electorales. Si en la tarea de reformar la Constitución Nacional la Convención no estuviera restringida por la declaración efectuada por el Congreso, el pueblo de la Nación vería reducida su aptitud para determinar qué es lo que, en última instancia, formará parte de la Constitución bajo la cual deberá vivir. De esa manera, su soberanía se vería limitada. En efecto, si la Convención ignorara los límites impuestos por la declaración de la necesidad de reforma no solo se burlaría 'la competencia y la calificación de la mayoría del Parlamento prevista en la Constitución' sino también 'el voto del electorado que tuvo en cuenta la declaración de ese órgano al elegir los miembros de la Convención'.[50]

49. CSJN, "Schiffrin", considerando 10 (voto del juez Rosenkrantz).
50. CSJN, "Schiffrin", considerando. 10 (*Cfr.*, Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Reforma Constitucional. Dictamen preliminar del Consejo...*, 37).

Esta conceptualización más compleja del poder constituyente opera sobre la premisa de un pueblo que no es unívoco, que participa del proceso constituyente de manera decisiva, pero para decir poco: apenas elegir a sus representantes del Congreso que puede declarar la necesidad de la reforma constitucional y a los convencionales constituyentes encargados de llevarla adelante. No es poco, aunque —de manera creciente— no parece ser suficiente.[51] No es *El Pueblo* soberano, perfectamente representado en un órgano constituido al efecto de reformar la Constitución, como la mayoría en *Schiffrin* parece sugerir.[52] Es un pueblo más humilde, menos ambicioso, incapaz de ser encarnado por nada ni nadie, sin un cuerpo determinado —inhallable—, en términos de Rosanvallon.[53] Pero cuya participación es fundamental para el ejercicio del poder constituyente, mediado a través de instituciones que actúan en su nombre sin poder, jamás, representarlo plenamente.[54]

V. Conclusión

La conceptualización *postsoberanista* de *Fayt* que Rosenkrantz reivindica en su disidencia en *Schiffrin* tiene el notable efecto de dejar atrás la ficción de *El Pueblo* como actor central del proceso constituyente, y como fundamento último de la legitimidad del sistema político.[55] Es una visión más realista, y no por ello menos comprometida con el ideal regulativo que el concepto supone: el del autogobierno colectivo. Pero, bajo esta visión, ese ideal se realiza de manera imperfecta, a través de instituciones diversas, que interactúan en procesos reglados —formales e informales— de interacciones e iteraciones democráticas que gestan los acuerdos políticos sobre los que se sustentan las decisiones normativas fundamentales de una comunidad política democrática.[56] Además de más realista, es una visión

51. Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales*.
52. CSJN, "Schiffrin", considerando 10.
53. Rosanvallon, *El pueblo inalcanzable. Historia de la...*
54. Pitkin, *The Concept of Representation*; Manin, *The principles of representative government*; Urbinati, *Representative Democracy: Principles and Genealogy*; Didi-Huberman, "To render sensible".
55. Arato, *The Adventures of the Constituent Power.*
56. Benhabib, *The Rights of Others*..., p. 19; Post, "Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics", p. 1343.

más humilde —acotada, auto restringida— sobre el ejercicio de un poder que puede hacer y deshacer instituciones, países, y naciones.

Esta visión es también más útil para describir al proceso constituyente que culminó en 1994. Arato, al bosquejar la idea fundamental, identifica elementos de esta modalidad de ejercicio del poder constituyente que estuvieron presentes en el "momento constitucional"[57] que se inicia con la elección de Alfonsín, continuó con el trabajo del Consejo para la Consolidación de la Democracia, y culminó en el Pacto de Olivos, que hizo a la reforma posible. Estos elementos son un proceso de dos etapas, negociaciones en forma de mesas de trabajo, énfasis en la continuidad legal, un rol para los tribunales constitucionales y una asamblea constituyente que redacta, y no solo ratifica, una propuesta constitucional previamente hecha.[58] Si bien la experiencia argentina no encaja a la perfección en el modelo *postsoberanista*, las semejanzas son fáciles de trazar. [59] Esta visión *postsoberanista* no es perfecta: admite cuestionamientos en términos de las credenciales democráticas del proceso, de la posibilidad de que este sea excesivamente capturado por élites que excluyen —en términos prácticos— a los ciudadanos de una participación genuina.[60] Frente a esta crítica, sin embargo, diría dos cosas. Por un lado, que ello parece ser una condición posible pero no necesaria del modelo *postsoberanista*, que es compatible con una movilización vigorosa de la sociedad civil alrededor del mismo.[61] Por el otro, al menos en este trabajo la concepción *postsoberanista* cumple una función positiva más que normativa, es decir, explica mejor cómo el

57. Ackerman, "The Living Constitution".
58. Arato, "Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary...", pp. 20–21.
59. Las discusiones previas que derivan en el Pacto de Olivos y la habilitación limitada al ejercicio del poder constituyente realizada por el Congreso mediante la ley 24.309 dan cuenta de un proceso que avanzó en etapas y con una lógica de autorrestricción. Si bien las discusiones fueron más parecidas a un "acuerdo de cúpulas" que a las mesas de trabajo imaginadas por Arato, esas negociaciones existieron y fueron centrales para el éxito del proceso. La continuidad legal estuvo presente desde el inicio de la imaginación constitucional en los 80, tanto en el justicialismo como en el radicalismo. Ver García Lema, , La reforma por dentro, cap. I. Y—como surge de los casos Romero Feris, Fayt, y Schiffrin—la Corte Suprema cumplió un rol relevante en el proceso.
60. Gargarella, "Constituent power in a 'community of equals", pp. 8–11; Williams, "Book Review: The Adventures of the Constituent Power".
61. Cohen & Arato, *Civil Society and Political Theory*; Arato, *Civil Society, Constitution, and Legitimacy*.

poder constituyente se ejerció efectivamente en 1994. Y —en todo caso— resulta una alternativa claramente superadora de la concepción *soberanista* tradicional.

Y es que esta última, que la mayoría en "Schiffrin" reivindica, entraña riesgos profundos que si bien pueden no estar presentes en el caso concreto —ya que no se nos va la vida en el artículo 99.4 de la Constitución— son una consecuencia lógica de su ambición y descuido. Culminaré este trabajo repasándolos.

En primer lugar, entender a la convención constituyente como "soberana"[62] implica, en términos prácticos, que el Congreso no cuenta con la posibilidad efectiva y real de limitar a la convención constituyente. Esta, una vez electa y legítimamente integrada, podría declararse soberana y reformar la Constitución como se le dé la gana. El problema que genera este escenario no es que la convención se reúna para hacer cosas horrorosas, sino que se reúna, *punto*. Ello así porque es difícil imaginar las condiciones bajo las cuales el Congreso podría generar o refrendar el tipo de acuerdos políticos necesarios para avanzar en el uso efectivo del artículo 30. "Schiffrin" sube los costos de activación del procedimiento de reforma porque pone mucho en juego. La reforma constitucional deja de ser un juego de dos pasos y pasa a ser un juego de una única ocasión, al cual las partes no pueden llegar con sus voluntades acotadas o restringidas de manera creíble. Quizás sin desearlo, la mayoría en *Schiffrin* hizo más improbable el ejercicio del poder constituyente. Este es un punto que Rosenkrantz señala expresamente, cuando advierte que apegarse al texto del artículo 30 y su proceso de dos pasos, lejos de suponer una restricción al autogobierno colectivo, es "la mejor forma de facilitar los acuerdos políticos de los que dependen las reformas constitucionales futuras, necesarias para que la Constitución, sin perder su estabilidad, pueda ser actualizada a las necesidades de los tiempos".[63]

En segundo lugar, las condiciones bajo las cuales el Congreso podría declarar la necesidad de la reforma son bastante indeseables bajo el criterio de *Schiffrin*. En efecto, es posible imaginar que el Congreso habilitaría una convención soberana solo si el mismo está ampliamente controlado por una facción que se ve a sí misma en condiciones electorales de

62. CSJN, "Schiffrin", considerando 10.
63. CSJN, "Schiffrin", considerando 17 (voto del juez Rosenkrantz).

llevarse una mayoría clara de sufragios en la elección de convencionales constituyentes. Se trataría de un escenario de imposición unilateral, con una hegemonía claramente delimitada, formalmente legítimo pero con potenciales problemas de legitimidad *sociológica*.[64] Un escenario parecido a la reforma constitucional de 1949, cuyo destino debería deparar razonables precauciones. El ejercicio del poder constituyente debe procurar incluir a todos, y es difícil imaginar que una única facción pueda hacer un ejercicio de este que sea a la vez legítimo y sostenible en el tiempo de manera unilateral.

En tercer lugar, el criterio de *Schiffrin* deja abierta la posibilidad de que la reforma constitucional sea, en efecto, horrorosa en términos procedimentales o sustantivos. La mayoría se da cuenta de esa posibilidad, pero la solución que propone es peor que la enfermedad: eleva a la Corte Suprema como *poder constituyente de última instancia*, ya que torpemente se reserva para sí la facultad de intervenir de modo tal que se respete "la voluntad soberana del pueblo" pero que —a su vez— "preserve en cabeza del Departamento Judicial la atribución para revisar dichas cláusulas y, como última ratio de la más marcada rigurosidad, descalificarlas".[65] Esta referencia usual a las "virtudes pasivas" a las que los jueces pueden recurrir para limitar su enorme poder no es demasiado convincente.[66] Sus esfuerzos por precisar los supuestos que habilitarían su intervención también resultan insatisfactorios. Para la Corte, su intervención solo estaría justificada

> cuando se demuestre categóricamente que exista una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente

o

> cuando lo decidido por la Convención afectara, de un modo sustantivo y grave, el sistema republicano como base del estatuto del po-

64. Fallon Jr, "Legitimacy and the Constitution".
65. CSJN, "Schiffrin", considerando 16.
66. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*.

> der constitucional; o los derechos fundamentales inderogables que forman parte del contenido pétreo de la Constitución.[67]

La Corte Suprema corrió del medio al Congreso como artífice real de los acuerdos políticos *preconstituyentes* que vuelven al ejercicio de ese poder una posibilidad real, y se puso a sí misma en su lugar, pero como un juez *ex post* con base en criterios amplios basados en profusas adjetivaciones (categóricamente, grave, ostensible, concluyente, sustancial, absolutamente) y principios generales (sistema republicano y derechos fundamentales inderogables). En el ínterin, revivió la absurda teoría de los contenidos pétreos de la Constitución, cuya identificación —supongo— es una tarea de su exclusiva jurisdicción.

La decisión de *Schiffrin* tiene, entonces, una enorme consecuencia negativa: hace más difícil el ejercicio del poder constituyente y acerca a la Argentina a los países de constituciones irreformables, que —ante crisis recurrentes— se ven imposibilitados de reformar sus instituciones como mecanismo para lidiar con ellos. Ofrece, a cambio, la promesa de un control judicial *ex post* basado en principios generales del derecho, cierto *neoconstitucionalismo*, y una reivindicación —*avant la lettre*, en 2017— del derecho natural.[68] Si bien los cambios institucionales no son la única variable para considerar a la hora de lidiar con crisis diversas (climáticas, ecológicas, sociales, demográficas) son una herramienta más, que es mejor tener que no tener. A mi juicio, la Corte Suprema en *Schiffrin* nos quitó esa herramienta o hizo que su uso sea mucho más dificultoso. La decisión en *Fayt* fue correcta, y la reivindicación que de ese argumento hace Rosenkrantz en su voto en disidencia en *Schiffrin* debería ser el criterio que —en un futuro— vuelva a ser mayoritario. Es el camino necesario para brindar a los representantes "los necesarios reaseguros de que los acuerdos a los que se arribe en el Congreso de la Nación para reformar la Constitución serán siempre honrados por las convenciones reformadoras por venir".[69] Es un criterio compatible con el ejercicio *postsoberanista* del poder constituyente, alejado de ficciones cuya utilidad se ha agotado. Es

67. CSJN, "Schiffrin", considerando 16.
68. CSJN, "Schiffrin", considerando 17 (con citas extensas a decisiones del juez Lorenzetti, en el que invocó —entre otros— a Hobbes, Locke, Fuller, Habermas, Alexy, Radbruch, Finnis y Rawls, en ese orden).
69. CSJN, "Schiffrin" cdo. 17 (voto del juez Rosenkrantz).

una teoría sobre la cual es posible construir una conceptualización del ejercicio de este poder más acorde con los tiempos actuales de democracias imperfectas, de visiones de soberanía popular imposibles de realizar en la práctica, con aproximaciones tentativas y parciales que busquen acercarnos, aunque sea de manera incompleta al ideal del autogobierno colectivo. Esta visión del cambio constitucional *de baja intensidad*, apalancado en instituciones constitutivas podría ayudarnos a superar articulaciones del poder constituyente que deriven en convenciones excesivamente enamoradas de sí mismas, que son eventualmente repudiadas por aquello mismo que dicen representar.[70]

Un último punto coyuntural. La reivindicación de los acuerdos políticos que supone la visión *postsoberanista* es difícil en estos tiempos, en los que nuevas iteraciones del populismo capaz de *encarnar* al pueblo de manera perfecta se presentan como avasallantes y fundacionales. Ese contexto vuelve, sin embargo, a esa reivindicación más urgente y necesaria. Los acuerdos "de cúpulas" nunca son populares, por buenas razones. Y el Pacto de Olivos supuso —quizás— un último gesto de una representación tradicional, mediada por partidos políticos, que ya no está disponible. Pero cualquiera sea la forma que asuma en el futuro, la política deberá volver a ser un espacio de negociación, diálogo, y consenso, especialmente si quiere ser democrática. Y el derecho constitucional debería ayudar a ese proceso abandonando visiones ficticias de representaciones perfectas e imposibles.

Bibliografía

Ackerman, Bruce, "The Living Constitution", en *Harvard Law Review*, Vol. 120, N.º 7, 04/2007, pp.1737–1812.

Acuña, Carlos H., *La nueva matriz política argentina*, Ediciones Nueva Visión, 1995, Buenos Aires.

Ajmechet, Sabrina, "Las concepciones políticas de la reforma constitucional de 1949: las visiones del peronismo y la Unión Cívica Radical", en Boletín de la Biblioteca del Congreso de la Nación, *Las reformas de la Constitución Argentina*, Vol.132, 03/2020, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pp. 93-114.

70. Álvarez Ugarte, "Esperanza y desilusión en el momento...".

Alemán, Eduardo & Navia, Patricio, "Chile's Failed Constitution: Democracy Wins", en *Journal of Democracy*, Vol. 34, N.º 2, 04/2023, pp. 90–104.

Álvarez Ugarte, Ramiro, "Esperanza y desilusión en el momento constitucional chileno: Reseña de Social Rights and the Constitutional Moment. Learning from Chile and International Experiences", en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 13, N.º 1, 05/2023, pp. 137–155.

Arato, Andrew, *Civil Society, Constitution, and Legitimacy*, Rowman & Littlefield Publishers, 2000, Lanham.

——, *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy*, Oxford University Press, 2016, Oxford.

——, "Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What?", en *South African Journal on Human Rights*, Vol. 26, N.º 1, 2010, pp. 19–44.

——, *The Adventures of the Constituent Power*, Cambridge University Press, 2017, Cambridge.

Ayala, Javier M., "La reforma Constitucional de 1994", en Boletín de la Biblioteca del Congreso de la Nación, *Las reformas de la Constitución Argentina*, Vol. 132, 03/2020, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pp. 57-74.

Benhabib, Seyla, *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens*, Cambridge University Press, 2004, Cambridge.

Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd edition, Yale University Press, 1986, New Haven.

Buchanan, James M., "Same players, different game: how better rules make better politics", en *Constitutional Political Economy*, Vol. 19, N.º 03, 11/2008, pp. 171–179.

Cámara de Senadores de la Nación, "Diario de Sesiones, 44ª reunión" 21/10/1993.

Carrizo, Carla, "Entre el consenso coactivo y el pluralismo político: La Hora del Pueblo y el Pacto de Olivos (1973-1993)", en *Desarrollo Económico*, Vol. 37, N.º 147, 12/1997, pp. 389–418.

Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Reforma Constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Editorial de la Universidad de Buenos Aires, 1986, Buenos Aires.

——, *Presidencialismo vs. parlamentarismo: Materiales para el estudio de la reforma constitucional*, Editorial de la Universidad de Buenos Aires, 1988, Buenos Aires.

Cohen, Jean L. & Arato, Andrew, *Civil Society and Political Theory*, MIT Press, 1994, Cambridge, Massachusetts, Boston.

Colomer, Josep M., *Game Theory and the Transition to Democracy. The Spanish Model*, Edward Elgar, 1995, Hants, England.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fayt, Carlos S c/Estado Nacional". 14/07/1999, *Fallos 322*:*1609*.

——, "Romero Feris, Antonio J. c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/amparo", 01/07/1994, *Fallos 317*:*711*.

——, "Schiffrin, Leopoldo c/Estado Nacional", 28/3/2017, *Fallos 340*:*257*.

Didi-Huberman, Georges, "To render sensible", en Badiou Alain, Bosteels Bruno, Butler Judith, Bourdieu Pierre, Rancière Jacques, *What is a people?*, Columbia University Press, 2016, New York, New York, pp. 65-86.

El País, "Alfonsín y Cafiero acuerdan reformar la Constitución en 1989", 1988, URL https://elpais.com/diario/1988/01/15/internacional/569199606_850215.html (consultado el 14/12/2024).

Fallon Jr, Richard H., "Legitimacy and the Constitution", en *Harvard Law Review*, Vol. 118, N.º 6, 04/2005, pp.1787-1853.

G. Fritz, Christian, *American Sovereigns: The People and America's Constitutional Tradition Before the Civil War*, Cambridge University Press, 2008, Cambridge.

García Lema, Alberto, *La reforma por dentro*, Editorial Planeta, 1994, Buenos Aires.

Gargarella, Roberto, "Constituent power in a 'community of equals'", en *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Vol. 41, N.º 2, pp. 16.

——, *El derecho como una conversación entre iguales*, Siglo XXI, 2021, Buenos Aires.

Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, The MIT Press, 1998, Cambridge, Boston, Massachusetts.

Heckathorn, Douglas D., & M. Maser, Steven, "Bargaining and Constitutional Contracts", en *American Journal of Political Science*, Vol. 31, Nº 1, 02/1987, pp. 142–168.

Kramer, Larry D., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2004.

Laclau, Ernesto, *La razón populista*, 2.ª ed., Fondo de Cultura Económica, 2006, Ciudad de México.

Lefort, Claude, *Democracy and Political Theory*, University of Minnesota Press, 1989, Minneapolis.

Manin, Bernard, *The principles of representative government*, Cambridge University Press, 1997, Cambridge, Massachusetts.

Ministerio del Interior de la Nación, Secretaría de Anuncios Institucionales, "Escrutinio Definitivo", 09/10/1993.

Morgan, Edmund S., *Inventing the People: The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, W. W. Norton & Company, 1988, New York.

Myerson, Roger B., *Game Theory: Analysis of Conflict*, Harvard University Press, 1991, Boston.

O'Donnell, Guillermo A., "Delegative Democracy", en *Journal of Democracy*, Vol.5. N.º 1, 01/1994, pp. 55–69.

Pitkin, Hanna F., *The Concept of Representation*, University of California Press, 1972, Berkeley, California.

Poder Ejecutivo Nacional, "Consulta Popular sobre la Constitución Nacional", Decreto 2.181/1993, 26/10/1993, BORA 27.751.

Post, Robert, "Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics", en *California Law Review*, Vol. 98, N.º 4, 08/2010, pp. 1319-1350.

Rosanvallon, Pierre, *El pueblo inalcanzable. Historia de la representación democrática en Francia*, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, 2004, México.

——, *La Democracia Inconclusa: Historia de la Soberanía Del Pueblo en Francia*, Taurus; Universidad Externado de Colombia, 2006.

Roznai, Yaniv, *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*, Oxford University Press, 2017, Oxford.

Sáenz, Juan Ignacio, "Artículo 30. Reforma de la Constitución", en Gargarella Roberto, Guidi Sebastián, *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, La Ley, 2016, Buenos Aires.

Sethi, Amal "Looking beyond the constituent power theory: The theory of equitable elite bargaining", en *Global Constitutionalism*, Vol. 13, N.º 1, 03/2024, pp.126-153.

Spotify, "Podcast Generación 94 – Episodio 01: Carlos Pagni (el contexto y los años previos)", Rodis Recalt, 00:26:01, URL https://open.spotify.com/episode/6q3V2yLMRJW879BPvJ4iTY consultado el 11/12/2024.

——, "Podcast Generación 94 – Episodio 02: Enrique Nosiglia, (El Pacto de Olivos por dentro)", Rodis Recalt, URL https://open.spotify.com/episode/4g3KHYQhBjIY9gB1YZvWwi?si=ff09c37462f74683 consultado el 11/12/2024.

Torre, Juan C., *Diario de una temporada en el quinto piso: Episodios de política económica en los años de Alfonsín*, EDHASA, 2021, Buenos Aires.

Urbinati, Nadia, *Representative Democracy: Principles and Genealogy*, University of Chicago Press, 2006, Boston.

Verdugo, Sergio, "Is it time to abandon the theory of constituent power?" , en *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 21, N.º 1, 01/2023, pp. 14-79.

Williams, Melissa S., "Book Review: The Adventures of the Constituent Power", en *Constellations*, Vol. 26, N.º 1, 05/2019, pp. 163-165.

Ensayos

ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES: LOS TBI*

Nair Aylen Ivanoff Ravnensky**

Resumen: El objetivo de este trabajo de investigación es analizar las fuentes del Derecho Internacional Público en el proceso de consolidación de normas relativas a la responsabilidad de los Estados: la Resolución 56/83 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (en adelante, A/RES/56/83 o simplemente "Resolución") como codificación de la costumbre internacional en varias de sus disposiciones, la fuente convencional, a través del análisis del Derecho Internacional de las Inversiones y, en particular, de los Tratados Bilaterales de Inversiones, y, finalmente de la jurisprudencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI) como fuente verificadora. En la actualidad, no existe atribución de subjetividad internacional a las entidades subnacionales. De tal manera, la regulación internacional en materia de Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante, TBI) favorece la atribución de responsabilidad internacional al Estado por decisiones de los funcionarios provinciales y así lo verifica la jurisprudencia del CIADI.

Palabras clave: derecho internacional público — derecho internacional de las inversiones — tratado bilateral de inversiones — entidades subnacionales — responsabilidad internacional — jurisprudencia ciadi

Abstract: The purpose of this research is to analyze the sources of public international law in the process of consolidation of rules relating to State responsibility: Resolution 56/83 of the United Nations General Assembly on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (hereinafter, A/RES/56/83 or simply "Resolution") as a codification of international custom in several of its provisions,

* Recepción del original: 24/07/2024. Aceptación: 23/01/2025.

** Estudiante UBA. A la Dra. Gasol Varela por ser mi guía académica y profesional.

the conventional source, through the analysis of International Investment Law and, in particular, of Bilateral Investment Treaties, and, finally, of the jurisprudence of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter, ICSID) as a verifying source. At present, there is no attribution of international subjectivity to subnational entities. Thus, international regulations on Bilateral Investment Treaties (hereinafter, BITs) favor the attribution of international liability to the State for decisions of provincial officials and this is verified by ICSID case law.

Keywords: public international law — international investment law — bilateral investment treaty — subnational entities — international liability — ICSID jurisprudence

I. Introducción

Dice González Napolitano "[e]n la actualidad, la fuente más importante, cualitativa y cuantitativamente, del Derecho Internacional de Protección de las Inversiones Extranjeras son los TBI y los AII[1], en particular los primeros".[2]

> El derecho internacional actual de las inversiones extranjeras está constituido por normas que derivan básicamente de dos fuentes. Por un lado, la fuente convencional, constituida sobre todo por los TBI, pero también, de manera creciente, por acuerdos bilaterales de otra naturaleza, como los acuerdos de libre comercio con disposiciones en materias de inversión y por acuerdos regionales […] Por otro lado, se compone de la fuente consuetudinaria, de menor impacto en la jurisprudencia arbitral, constituida fundamentalmente por el estándar mínimo internacional, reconocido a su vez por una gran cantidad de TBI.[3]

En este trabajo, me centraré en el análisis de la fuente convencional con la finalidad de verificar la hipótesis tendiente a demostrar que los TBI

1. Acuerdos Internacionales de Inversiones.
2. González Napolitano, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 943.
3. González Napolitano, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 949.

favorecen la atribución de responsabilidad internacional a los Estados Nacionales por las decisiones de sus funcionarios provinciales.

Asimismo, considero que es importante entender la lógica de las relaciones internacionales en lo que concierne a los tratados de inversiones y, a su vez, que esto implica analizar qué actores, más allá de aquellos que cuentan con subjetividad internacional, se encuentran involucrados en las relaciones que surgen como consecuencia de una inversión directa. Por un lado, podemos mencionar como sujetos de Derecho Internacional Público a los Estados parte del tratado, el Estado receptor de la inversión y el Estado del cual es nacional el inversor, y a los inversores. Estos últimos pueden ser tanto una persona física o jurídica que aporta capital en el país receptor asumiendo un riesgo con la finalidad de obtener una retribución a cambio. Por otro lado, en lo que concierne a los actores carentes de subjetividad internacional, podemos mencionar a las entidades subnacionales representadas por los funcionarios provinciales que celebran contratos en el marco de los TBI y responsabilizan al Estado por su incumplimiento.

Más allá del tratamiento que puedan tener las diferentes unidades territoriales en los ordenamientos jurídicos internos y, en el caso argentino, de la autonomía que les otorga la Constitución Nacional a las provincias, sus funcionarios son agentes del Estado Nacional.

> En los arbitrajes de inversiones puede ocurrir que el inversor cuestione medidas adoptadas por la administración central del Estado o por un ente descentralizado o subdivisiones territoriales, como una provincia. En el derecho internacional consuetudinario, los actos que violen el derecho internacional son atribuibles al Estado aun si fueron realizados por una subdivisión territorial del Estado. En estos casos los reclamos son dirigidos contra el Estado contratante al que pertenece esa subdivisión territorial.[4]

En este sentido, más allá del rol relevante que tienen los funcionarios provinciales en los procedimientos arbitrales, la normativa internacional es proclive a confirmar esta tesis. Así, el derecho internacional de las inversiones como fenómeno de la fragmentación del Derecho Internacional

4. González Napolitano, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 962.

Público, no escapa a reafirmar la atribución de responsabilidad internacional con reglas tales como el artículo 25 (3) del Convenio CIADI:[5]

> El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

II. Las Fuentes del Derecho Internacional Público:

II.A. El tratamiento de las entidades subnacionales en el Derecho Internacional Público y en el ordenamiento jurídico de Argentina

II.A.1. Qué son las entidades subnacionales, su rol en las Relaciones Internacionales y su tratamiento en el Derecho Internacional Público

Siguiendo a Librado Orozco podemos definir a las entidades subnacionales como

> aquellas entidades que actúan dentro de un Estado y que suponen un gobierno o una administración local o que cuentan con un cierto grado de autonomía, como es el caso de las regiones, los municipios e instituciones con proyección internacional como las universidades [...] De acuerdo al Derecho Internacional Público clásico se consideran sujetos internacionales aquellas entidades que tienen la capacidad de crear normas internacionales y ser destinatarias de ellas y que pueden recurrir a título propio, para hacer valer sus derechos ante tribunales internacionales o pueden ser llevadas ante ellos por haber incurrido en responsabilidad [...] Dentro de esta perspectiva, hoy podemos hablar de tres tipos de actores internacionales [...] [siendo los actores subnacionales] los sujetos que son parte del Estado con un menor nivel en la escala de gobierno.[6]

5. Convenio del CIADI, 21/05/1991, art. 25.
6. Orozco, "Los actores subnacionales en la nueva...", pp. 183-197.

En su análisis del proceso de globalización Librado Orozco aborda el rol de las entidades subnacionales en el ámbito internacional y nota que

> [...] con el final de la Guerra Fría [...] una de las tendencias que se estaba consolidando era la de la participación más activa de nuevos actores en las relaciones internacionales, particularmente en lo que respecta a los llamados actores subnacionales.[7]

No obstante, ante este surgimiento, la respuesta de los Estados fue reafirmar su posición como sujetos originarios del Derecho Internacional Público. Si bien autores como Orozco entienden que nos encontramos ante la crisis del orden westfaliano, que pone al Estado Nacional en el centro de la escena internacional, la "paradiplomacia" no ha erosionado lo suficiente en el *statu quo* de la subjetividad de los entes subnacionales como para lograr atribuir responsabilidad internacional a sus funcionarios.

II.A.2. ¿Estados con subjetividad parcial? El caso constitucional de las provincias argentinas (art. 121-129 CN).

> Las provincias son las unidades políticas que componen nuestra federación. Con el nombre de provincias nuestra historia constitucional y nuestro derecho constitucional designan a los Estados miembros del Estado federal. Las provincias no son soberanas, pero son autónomas.[8]

El Estado Argentino se configura de manera dual respecto de la distribución del poder correspondiendo la administración central al Estado federal y la local a las unidades políticas, en este caso las provincias, que conforman al primero.[9] Sin embargo, el principio de unidad territorial establece que el Estado federal es uno solo más allá de la pluralidad de unidades políticas existan en su territorio. Por otro lado, con el fin de "salvaguardar la unidad integral de la federación"[10] las provincias delegaron

7. Orozco, "Los actores subnacionales en la nueva...", pp. 183-197.
8. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, p. 445.
9. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, p. 438.
10. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, p. 449.

en el Estado federal el poder que históricamente les correspondía por ser preexistentes a la federación.

> La relación de subordinación se expresa en la llamada supremacía federal. El equilibrio del principio de unidad con el de pluralidad tiende a proporcionar cohesión y armonía mediante la subordinación de los ordenamientos jurídico-políticos locales al ordenamiento federal, para que las "partes" sean congruentes con el "todo". Ello quiere decir que la constitución federal impone ciertas pautas en las estructuras de lineamiento que deben ser acatadas y reproducidas por las constituciones de los Estados miembros.[11]

La Constitución Nacional atribuye a las provincias amplias facultades en lo que respecta a la gestión internacional en ejercicio de sus facultades no delegadas y sus competencias concurrentes con el Estado federal. Así, las provincias podrán:

- crear regiones[12] para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional [...],[13]
- celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal [...].[14]

11. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, p. 440.
12. La Constitución Nacional establece en cabeza de los gobiernos provinciales la competencia para establecer unidades territoriales. En este sentido me parece interesante mencionar la distinción que hace Hernández respecto de los tipos de regiones: "Hemos sostenido que las regiones se pueden clasificar en supranacionales, cuando comprenden más de un país (como en el caso del Mercosur, Unión Europea o NAFTA); y en endonacionales, cuando comprenden partes de un país (como es el caso argentino luego de la reforma constitucional), aunque también la perspectiva regional puede ingresar en los límites de una provincia, con la división en ´zonas´". Hernández, "Rol de las regiones, provincias y municipios en el proceso de Integración", pp. 219-272.
13. República Argentina, Constitución de la Nación Argentina, art. 124.
14. República Argentina, Constitución de la Nación Argentina, art. 125.

Conforme lo dicho anteriormente, nuestra norma fundamental al momento de atribución de competencias no deja de hacer mención a la relación de subordinación imperante que rige entre las provincias y el Estado federal haciendo mención tanto en el artículo 121, "[l]as provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal", como en el artículo 124 cuando refiere a la no afectación de las facultades delegadas, y en el artículo 126, "[l]as provincias no ejercen el poder delegado a la Nación", prohibiendo expresamente la celebración de tratados de carácter político.

Erróneamente, se suele decir que las provincias, por las competencias que le otorga nuestra ley fundamental, configuran lo que en Derecho Internacional Público se conoce como estados con subjetividad parcial. Un aspecto que podría llevar a tal conclusión, además de la participación activa que los gobiernos locales tienen en la gestión internacional, es que estas entidades subnacionales son reconocidas como parte tanto en los litigios nacionales como en los internacionales. En primer lugar, en la Jurisprudencia Interna se las reconoce como sujetos susceptibles de trabar demanda contra el Estado Nacional. En segundo lugar, "el Convenio CIADI permite de manera explícita que una subdivisión política y organismo público de un Estado sea parte de un procedimiento CIADI".[15] No obstante, el reconocimiento de esta cuasi subjetividad el artículo 25 (1) y (3) del Convenio CIADI[16] requiere que el Estado Contratante preste su consentimiento para que una unidad territorial pueda actuar como parte en el arbitraje

> (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) [...]
> (2) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

15. González Napolitano, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 962.
16. Convenio del CIADI, 21/05/1991, art. 25.

De esta manera, si bien se reconoce el rol primordial de las subdivisiones en gestiones internacionales como la negociación de inversiones, el Estado Nacional continúa siendo centro de imputación de la norma de responsabilidad internacional.

II.A.3. Los gobernadores como "agentes naturales del gobierno federal" (art. 128 CN)

No obstante, el rol fundamental de las provincias como actores en la administración interna y en la gestión internacional, no existe norma internacional que permita inducir a pensar que los entes subnacionales son reconocidos como sujetos de Derecho Internacional Público. A nivel interno, en consonancia con la teoría monista que adopta nuestro país, la Constitución Nacional Argentina recepta la tendencia internacional. En nuestro esquema de organización nacional las unidades territoriales son autónomas, pero no soberanas y los gobernadores son considerados funcionarios del Estado Nacional: "Los gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación."[17]

De esta manera, el artículo confirma la recepción de la teoría del órgano. Esto no implica entender una dependencia jerárquica respecto del gobierno central sino un compromiso de los gobiernos locales con la supremacía constitucional. Así, dice Gelli que a través del Pacto Federal (Ley 24.130) se buscó alinear a las provincias con las políticas públicas del Gobierno central al mismo tiempo que se reconocía el creciente papel de los gobiernos locales en la respuesta a las necesidades sociales.[18]

II.B. Atribución de Responsabilidad Internacional. Teoría del Órgano. A/RES/56/83 en el proceso de codificación de normas de Costumbre Internacional

Para comprender la atribución de responsabilidad a los Estados en el Derecho Internacional Público es necesario entender cómo opera la imperante doctrina de la *teoría del órgano*

17. República Argentina, Constitución de la Nación Argentina, art. 128.
18. Gelli, *Constitución de la Nación Argentina: Comentada y Concordada*, pp. 872-873.

> [c]uando actúa el órgano actúa la persona jurídica, encontrándose ligado a ésta por un vínculo institucional y no contractual [...] [la] voluntad psicológica del funcionario u órgano-individuo está, entonces, limitada, condicionada y "especializada", por la norma atributiva de la competencia que lo dota de una "voluntad técnica o normativa" al punto que se identifica con ésta.[19]

Cuando actúa el funcionario provincial lo hace en virtud de la competencia que le otorga la Constitución Nacional como agente del gobierno central y tal actuación debiera estar alineada a la voluntad política de este último, ya que ante incumplimiento es el Estado Nacional quien responde en el ámbito internacional. En este sentido, la práctica internacional históricamente ha receptado la teoría del órgano.

> Debido a que tradicionalmente la fuente principal del derecho internacional ha sido la consuetudinaria, su proceso de consolidación y codificación es receptado como una tarea que goza de gran interés y reconocimiento.[20]

Frente a los numerosos esfuerzos en la codificación del Derecho Internacional Consuetudinario, la regulación sobre la responsabilidad internacional del Estado no es la excepción. En este sentido, el instrumento más útil que tenemos a la hora de analizar la atribución de responsabilidad es la Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas[21] que anexa el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. "Si bien éste [Proyecto] no tiene fuerza vinculante convencional, es una referencia obligatoria en materia de responsabilidad internacional".[22] Aunque la Resolución no sea vinculante suele ser referida y citada por los tribunales debido a que codifica en diversas de sus disposiciones normas de costumbre internacional, fuente que sí es vinculante.[23]

19. Silva Tamayo, "La teoría del órgano y sus...", p. 129.
20. De Dios, "La Responsabilidad del Estado Argentino...", p. 88.
21. AGNU, A/RES/56/83.
22. Aizenstatd Leistenschneider, "La responsabilidad internacional de los Estados...", pp. 21-22.
23. González Napolitano, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 304.

Conforme lo expuesto, la norma que adquiere relevancia a los fines de este trabajo es la contenida en el artículo 4 A/RES/56/83[24] en tanto confirma la hipótesis presentada, demostrando la tendencia internacional orientada a atribuir de responsabilidad al Estado Nacional por la actuación de los funcionarios de las entidades subnacionales, norma que recepta, a su vez, el artículo 25 del Convenio CIADI.[25]

> Artículo 4 Comportamiento de los órganos del Estado 1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una subdivisión territorial del Estado.

II.C. La fuente convencional: Tratados Bilaterales de Inversión como fuente creadora de normas de responsabilidad internacional

El Derecho Internacional de las Inversiones adquirió una especial relevancia en el proceso de fragmentación del Derecho Internacional Público.[26] Como rama está conformado por las fuentes consuetudinaria y convencional, ésta última abarcando desde la legislación nacional de regulación de las inversiones[27] hasta los acuerdos internacionales de inversiones.

> Estos tratados por lo general son bilaterales, y se los llama comúnmente tratados bilaterales de inversiones (TBI) o acuerdos para la promoción y la protección de las inversiones (APPI) [...] También existen AII [acuerdos internacionales de inversiones] en forma de capítulos contenidos en tratados de libre comercio y tratados multilaterales que incluyen disposiciones sobre protección de inversiones.[28]

24. AGNU, A/RES/56/83, art. 4.
25. Convenio del CIADI, 21/05/1991, art. 25.
26. AGNU, Suplemento N° 10 (A/60/10).
27. República Argentina, "Ley de Inversiones Extranjeras".
28. González Napolitano, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 952.

Los TBI han sido identificados como una herramienta de política exterior para atraer inversiones extranjeras hacia los países emergentes e infra-capitalizados.[29]

Como contracara, los Estados contratantes se comprometen a cumplir con una serie de estándares (los cuales serán abordados más adelante) Las decisiones que toman los funcionarios provinciales en (in)cumplimiento de un contrato enmarcado en un Tratado Bilateral de Inversiones hacen incurrir al Estado Nacional en responsabilidad internacional. Partiendo de la base de que es el Estado Nacional quien concurre como parte, se demuestra que la tendencia internacional es la atribución de responsabilidad al Estado por decisiones de sus agentes o funcionarios públicos.

> Para que el acto ilícito (acción u omisión) pueda "atribuirse" a un Estado se requiere que se dé alguno de los siguientes supuestos: Que el acto sea cometido por un órgano del Estado-centralizado o descentralizado, perteneciente al gobierno central o a una subdivisión provincial- por un funcionario público o agente del Estado.[30]

A los fines de verificar la hipótesis he decidido profundizar en el estudio del Derecho Internacional de las Inversiones y, en particular, de los Tratados Bilaterales de Inversiones como proceso de creación de normas tendientes a reafirmar la responsabilidad internacional de los Estados Nacionales por las decisiones de sus funcionarios provinciales en el marco de un contrato de inversiones.

II.C.1. Estándares de protección en los TBI

Los TBI suelen presentar disposiciones en común que obligan a los Estados en relación con la protección de las inversiones y que ante su incumplimiento los hacen incurrir en responsabilidad internacional. Estos estándares pueden adoptar la forma de cláusulas, principios o estándares propiamente dichos. Algunos de ellos son:

- Cláusula sobre nacionalización/expropiación: de la inversión por parte del Estado cumpliendo requisitos como la no discriminación,

29. De Dios, "La Responsabilidad del Estado Argentino...", p. 78.
30. González Napolitano, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 308.

compensación, debido proceso, razones de utilidad pública, etc.

- Estándar de trato justo y equitativo: su aplicación en los tribunales ha crecido exponencialmente, ya que es uno de los instrumentos más eficientes en la atribución de responsabilidad al Estado. Algunos tribunales lo asocian al estándar mínimo internacional del caso Neer c. México[31] mientras que otros lo entienden como conceptos separados
- Principio del trato como nacional: de los inversores extranjeros
- Principio de plena protección y seguridad: en general los TBI refieren a la seguridad física del inversor y así lo confirma la jurisprudencia arbitral, aunque existan posturas que amplíen su alcance
- Principio de no discriminación y prohibición de medidas arbitrarias o injustificadas: respecto de las inversiones en todas las etapas del proceso
- Cláusula de la nación más favorecida: según la cual las partes garantizan que se dará un trato igual al otorgado a los inversores de otros Estados
- Cláusula sobre estado de emergencia: conforme la cual ante una compensación, que el Estado pudiera otorgar como consecuencia de esa situación extraordinaria, la misma no debe ser menos favorable para los inversores extranjeros que la otorgada los nacionales
- Cláusula sobre medidas no prohibidas: aquellas que el Estado pudiera adoptar en protección del orden público, la seguridad u otros objetivos de política pública
- Cláusula "paraguas": entre las diversas interpretaciones, una de ellas entiende que su efecto consiste en convertir el incumplimiento de un contrato en el marco de un TBI en la violación del tratado mismo. Quizás este sea el estándar más relevante a la hora de analizar la atribución de responsabilidad por el accionar de funcionarios provinciales, como sucedió en el caso Compañía de

31. Se trata de un estándar objetivo para identificar un ilícito internacional "[e]l tratamiento de un extranjero [...] debe constituir una atrocidad mala fe, incumplimiento deliberado de un deber, o un vicio en el accionar gubernamental tan por debajo de los estándares internacionales [...]" [Traducción de González Napolitano del Caso Neer c. México, ver p. 937, Lecciones de Derecho Internacional Público]

Aguas de Aconquija SA & Compagnie Génerále des Eauxs (hoy Vivendi) c. República Argentina[32] Así, si bien el Tribunal exige el agotamiento de la vía interna determina que

> [...] la naturaleza de los hechos en que se fundamentan la mayor parte de las reclamaciones presentadas en este caso, hacen imposible que el Tribunal distinga o separe violaciones del TBI de violaciones del Contrato de Concesión sin antes interpretar y aplicar las disposiciones detalladas de ese acuerdo [...] En consecuencia, y porque las reclamaciones en este caso surgen casi exclusivamente de supuestos actos de la Provincia de Tucumán que se relacionan directamente con su cumplimiento del Contrato de Concesión, el Tribunal resuelve que las demandantes tenían el deber de hacer valer sus derechos con respecto a tales reclamaciones en contra de Tucumán ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán como lo exige la cláusula 16.4 de su Contrato de Concesión.[33]

II.C.2. Convenio CIADI

La regulación en materia de protección de las inversiones no responde a un código único, sino que se encuentra contenida en diversos instrumentos correspondientes a las reglas de procedimiento de las instituciones de resolución de controversias relativas a inversiones. Vázquez, Marcote y Osorio advierten sobre la complejidad de la aplicación del Derecho Internacional Público en el proceso de fragmentación y como el Derecho de las Inversiones impacta en su evolución.

> El Derecho Internacional de las Inversiones no posee un único cuerpo legal a diferencia del Derecho Internacional Económico en el marco del sistema multilateral de comercio. Sumado a la pluralidad de foros para el arbitrio de disputas, encontramos que hay una preocupante amplitud respecto de la ley que se vaya a utilizar para zanjar una controversia arbitral; la cual se inserta en los conflictos normativos descriptos por la Comisión de Derecho

32. González Napolitano, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, pp. 948-949.
33. De Dios, "La Responsabilidad del Estado Argentino...", p. 84.

> Internacional en su informe sobre la fragmentación del Derecho Internacional.[34]

Siendo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) la institución a la que más acuden los inversores ante incumplimiento de los Estados contratantes, sus instrumentos de regulación se presentan como herramientas fundamentales en el entendimiento de esta rama del Derecho Internacional que, a la luz de la aplicación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), dan respuesta ante la incertidumbre que muchas veces presenta el proceso de fragmentación.

En este sentido, acudir a la reglamentación de los procesos arbitrales y conciliatorios es esencial para entender a qué nos referimos cuando hablamos de diferencia, inversión, inversor, Estado receptor, Estado Contratante, y, así, comprender cómo se configuran las normas de atribución de la responsabilidad.

En su artículo 25 el Convenio[35] establece que las diferencias que se sometan a su jurisdicción deberán surgir directamente de una inversión (jurisdicción *ratione materiae*) entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante (jurisdicción *ratione personae*). Sin embargo, el Convenio CIADI no ofrece ninguna definición del término "inversión". Los TBI que generalmente establecen la jurisdicción del CIADI contienen una cláusula que indica el significado del término "inversión" a los fines del tratado. Por lo general, la materialización legal de una inversión es la adquisición de un conjunto de derechos de propiedad que tiene las características de una o más de las categorías de una inversión definida por el tratado de inversión aplicable.

¿Por qué es importante a los fines de esta investigación determinar el concepto de inversión? La relevancia recae en que es determinante del establecimiento de la jurisdicción arbitral: si no hay inversión no hay diferencia. Así, puede existir un TBI e incluso un contrato en el marco de este y no existir una inversión. Ahora bien, ¿qué es una inversión? Es

34. Vázquez, Marcote & Osorio, "Los Tratados Bilaterales de Inversión desde la...", pp. 66-67.
35. Cuando en el texto se hable de Convenio estoy refiriendo a Convenio CIADI.

> una transferencia de largo plazo de recursos financieros -flujo de capital- de un país a otro ([Estado] receptor de la inversión) con la finalidad de obtener participaciones en una sociedad, una transacción que normalmente implica que el potencial inversor asuma riesgos.[36]

Ante la indeterminación normativa del Convenio, los diferentes tribunales han aplicado lo que se conoce como el *Salini Test*. Según esta regla de admisibilidad, que surge del caso CIADI Salini c. Marruecos, existen distintos requisitos que debe cumplir una inversión para ser reconocida como tal:

- Asunción del riesgo
- Asignación de recursos en el Estado receptor
- Perdurabilidad de la inversión
- Expectativa de retribución
- Aporte económico al territorio donde se invierte: siendo este último el criterio más controvertido

II.C.3. La jurisdicción ratione personae del CIADI y la responsabilidad estatal

La costumbre internacional atribuye la responsabilidad al Estado por sus entes subnacionales. Podría pensarse que en el del Derecho de las Inversiones exista una práctica informal de atribución de subjetividad internacional de estas unidades. Sin embargo, ni siquiera las normas que surgen de la fuente convencional particular en la materia contribuyen a confirmar la atribución de responsabilidad a las entidades locales como sujetos de Derecho Internacional Público. Si bien en materia de arbitraje de inversiones se las reconoce como parte en el proceso, se lo hace en su relación con el Estado Nacional quien debe aprobar su accionar.

De esta forma, es conveniente analizar la jurisdicción ratione personae del CIADI. El artículo 25 del Convenio CIADI determina cuáles serán las

36. Grabowski, "The Definition of Investment under the ICSID Convention...", p. 296. Definición proporcionada por Venezuela conforme los estándares del CIADI en el caso *Fedax* N.V. v. The Republic of *Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, como precedente del Caso Salini c. Marruecos. Traducción propia.

partes en el procedimiento arbitral. Así, serán parte el Estado contratante y el inversor nacional del otro Estado Contratante del Convenio. Un Estado puede ser contratante por haber suscripto al Convenio o por haber suscripto a un AII que contiene una oferta de arbitraje CIADI[37] Por su parte, es inversor la persona física o jurídica nacional del Estado contratante distinto al receptor del aporte económico.

La mencionada norma pone de manifiesto las inquietudes de este trabajo de investigación. Teniendo en cuenta el rol fundamental de las subdivisiones territoriales en las contrataciones de inversión, el artículo 25 prevé la posibilidad de que la administración de las unidades sea parte en un procedimiento arbitral con la aprobación del Estado a quien obliga con su accionar:

> El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

II.C.4. Inversores extranjeros: ¿sujetos o actores del Derecho Internacional Público?

Con el fin de posibilitar una mejor comprensión de la dinámica del Derecho Internacional de las Inversiones, me parece relevante identificar ante qué tipos de actores nos encontramos. De esta manera, los inversores extranjeros ¿son simples actores o son verdaderos sujetos del Derecho Internacional Público?

En primer lugar, considero pertinente definir ambos conceptos. Por un lado, los actores del Derecho Internacional Público son aquellas entidades que, si bien no tienen subjetividad internacional, en la práctica tienen un rol destacado. Sin embargo, estos simples actores podrían adquirir subjetividad por medio de una norma que los regule, aunque, conforme lo anteriormente expuesto, la actual voluntad de los Estados dista de apartarse del *statu quo*. Por otro lado, son sujetos del Derecho Internacional Público

37. González Napolitano, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 962.

> todos aquellos entes que poseen capacidad jurídica para adquirir derechos y/o contraer obligaciones internacionales, o que son centro de imputación de normas internacionales […] no todo sujeto tiene capacidad para crear por sí mismo normas internacionales[38]

lo que no implica que no tengan igualmente subjetividad internacional. De esta manera, podemos distinguir entre sujetos originarios, es decir, los Estados, que poseen personalidad jurídica plena y capacidad para celebrar tratados y generar normas consuetudinarias, mientras que los sujetos derivados son aquellos cuya subjetividad deriva de la voluntad de los Estados. En esta última categoría ubicamos a los inversores extranjeros

> [Son] personas físicas o jurídicas que han realizado una inversión de cierta envergadura en Estados extranjeros, es decir, de los cuales no son nacionales [...] Para determinar si [...] son sujetos de derecho internacional es necesario verificar si los mencionados tratados internacionales (o las normas consuetudinarias) les otorgan algún derecho o le imponen alguna obligación en el plano internacional.[39]

En conclusión, en el Derecho Internacional de las Inversiones los sujetos a los que nos referiremos son los Estados quienes establecen la regulación por medio de los distintos acuerdos bilaterales de inversiones. En el marco de estos, mencionamos a los inversores extranjeros como sujetos derivados y a las entidades subnacionales como actores relevantes en las negociaciones y contrataciones enmarcadas en los TBI.

II.D. La Jurisprudencia del CIADI como fuente verificadora: el caso Metalclad c. México y el caso Compañía Aguas de Aconquija y Vivendi c. República Argentina

Analizar la Jurisprudencia del CIADI es fundamental para entender la tendencia respecto de la atribución de responsabilidad internacional. Ante

38. González Napolitano, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 23.
39. González Napolitano, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 37-38.

incumplimiento por parte de un Estado contratante "[los TBI] establecen la posibilidad de que el inversor extranjero pueda, para resolver una controversia relativa a su inversión, recurrir a la jurisdicción nacional donde se localiza su inversión, o bien, someter tal controversia a un arbitraje internacional en el marco de las reglas del CIADI".[40]

Así, en el caso Metalclad Corporation frente a México[41] se verifica la atribución de responsabilidad al Estado Nacional por el accionar de la municipalidad de Guadalcázar conforme al art. 105 del Acuerdo NAFTA

> Extensión de las Obligaciones: "Las partes procurarán la adopción de todas las medidas necesarias para dar eficacia a las disposiciones de este Tratado, en particular para su observancia por los gobiernos estatales y provinciales, salvo que en este Tratado se disponga otra cosa".[42]

Así, el Tribunal CIADI determinó el pago de una indemnización por parte de México por haber incumplido el artículo 102 (1) del Acuerdo NAFTA generando incertidumbre en el inversor al no establecer reglas claras respecto de la otorgación del permiso municipal, por haber violado el principio de trato justo y equitativo, el estándar mínimo contenido en el artículo 1105 del Acuerdo[43] y haber realizado una acción equivalente a la expropiación.[44]

Otro caso de relevante importancia en la atribución de responsabilidad al Estado Nacional por los actos de sus funcionarios provinciales es el laudo arbitral CIADI Compañía de Aguas de Aconquija SA & Compagnie Générale des Eauxs (hoy Vivendi) c. República Argentina.[45] El caso se divide

40. De Dios, "La Responsabilidad del Estado Argentino...", p. 79.
41. CIADI, "Metalclad".
42. Carbajal Valenzuela, C. "Responsabilidad internacional de los Estados...", p. 205.
43. Minimum Standard of Treatment: 1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security. 2. Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108(7)(b), each Party shall accord to investors of another Party, and to investments of investors of another Party, non-discriminatory treatment. NAFTA, 04/10/1988, art. 1105.
44. Carbajal Valenzuela, C. "Responsabilidad internacional de los Estados...", p. 205.
45. CIADI, "Compañía de Aguas del Aconquija S.A....

en tres etapas, el primer laudo, el dictado de su nulidad parcial y el segundo laudo, con el rechazo definitivo del pedido de nulidad de Argentina y la atribución de responsabilidad concluyendo después de más de 10 años.

En el caso se atribuye responsabilidad internacional al Estado Argentino por hechos internacionalmente ilícitos cometidos por los funcionarios de la Provincia de Tucumán[46] en su calidad de subdivisión política, administrativa y territorial. En la demanda inicial, se presentan como parte ante el CIADI Compañía Aguas del Aconquija S.A. (CAA) y Compagnie Génerale des Eaux S.A. (CGE), hoy Vivendi, en virtud del Convenio y el TBI entre Francia y Argentina firmado en 1991. Las demandantes alegaron violación de los artículos 3, que contemplaba el estándar de trato justo y equitativo y el artículo 5 sobre expropiación del TBI. Por su parte, Argentina sostuvo que no existía diferencia en los términos del artículo 25 del Convenio planteando que la demanda refería a violaciones del contrato de concesión entre los inversores y la entidad subnacional y que el Estado no había prestado consentimiento para ser sometido a la jurisdicción por actos de la Provincia.

El primer laudo estableció que

> era pasible de atribución de responsabilidad al Estado nacional la eventual conducta que sea internacionalmente ilícita, aunque hubiera sido cometida por alguna de sus subdivisiones políticas como era, en el caso en cuestión, la Provincia de Tucumán.[47]

46. "En marzo de 1993, por ley provincial se dio el mandato de privatizar el servicio de agua potable y cloacas en la Provincia de Tucumán. En diciembre de ese año se dictó por ley un marco regulatorio del servicio, y en el primer semestre de 1994 se adjudicó por licitación pública internacional la concesión por 30 años (a partir del 1 de agosto de 1995) a un consorcio internacional cuyo accionista mayoritario (y operador del servicio) era Compagnie Générale des Eaux (hoy Vivendi). La privatización se acompañó con la duplicación de las tarifas. Apenas producida la toma de posesión, se produjo un cambio de gobierno provincial que intentó inmediatamente una renegociación contractual. A principios de 1996 comenzaron a existir problemas de turbiedad en el agua que se sumaron al descontento de los usuarios ante el previo aumento de tarifas. La renegociación tuvo un proceso tortuoso, y terminó con la mutua rescisión del contrato entre el concedente y el concesionario" Ferro, "Aguas del Aconquija: revisión a una...", p. 4.

47. De Dios, "La Responsabilidad del Estado Argentino...", p.84.

Sin embargo, rechaza la pretensión de la demandante al considerar que no se ofreció en el caso una base fáctica suficiente para considerar que Argentina no había cumplido con sus obligaciones y exigió el agotamiento de la vía interna ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo[48] Ante la decisión, las demandantes solicitan revisión por nulidad y se establece un comité ad hoc que anula el laudo por entender que no se habían examinado aspectos sustanciales referentes a los actos de las autoridades provinciales en el marco del TBI.[49] Nuevamente, las demandantes someten la cuestión de fondo para obtener un segundo laudo arbitral en 2007. A su vez, Argentina sostiene sus reclamaciones sobre jurisdicción y el tribunal confirma la decisión del primer pronunciamiento reconociendo la legitimación activa de CAA y Vivendi.

Luego de 10 años de disputa, el tribunal condena a la República Argentina al pago de una indemnización por USD 105000000 por violar

> el Artículo 3 del TBI al no otorgar a las inversiones de las demandantes un trato justo y equitativo de acuerdo con los principios del derecho internacional; (ii) el Artículo 5(1) del TBI al no otorgar protección y plena seguridad a las inversiones de las demandantes de acuerdo con los principios de trato justo y equitativo mencionados en el Artículo 3; y (iii) el Artículo 5(2) del TBI al adoptar medidas ilícitas de expropiación de las inversiones de las demandantes.[50]

Conforme el análisis de estos dos precedentes, podemos hacer uso de la Jurisprudencia del CIADI, como fuente verificadora de las principales fuentes del Derecho Internacional de las Inversiones, para confirmar que, pese al rol relevante de las autoridades provinciales, no existe norma ni práctica que dé a entender que las entidades subnacionales son susceptibles de atribución de responsabilidad. En este sentido, los TBI como fuente primordial del Derecho de las Inversiones favorece la creación de normas que responsabilizan al Estado por el accionar de sus funcionarios y a la

48. De Dios, "La Responsabilidad del Estado Argentino...", p.84.
49. De Dios, "La Responsabilidad del Estado Argentino...", p.84.
50. Si bien sería muy interesante analizar el segundo pedido de nulidad de la Argentina considero que excede las intenciones de este trabajo. Para profundizar ver De Dios, "La Responsabilidad del Estado Argentino...", p. 86.

codificación las normas del Derecho Consuetudinario que se expresan en este sentido.

III. Conclusión

Si bien en la práctica las entidades subnacionales o estados con subjetividad parcial adquieren un rol relevante en las negociaciones internacionales en materia de inversiones, la normativa internacional y, en particular, la regulación en materia de Tratados Bilaterales de Inversión favorece la atribución de responsabilidad al Estado por decisiones de los funcionarios provinciales. Es decir, las decisiones que toman las autoridades de los gobiernos locales en (in)cumplimiento de un contrato enmarcado en un Tratado Bilateral de Inversiones hacen incurrir al Estado Nacional en responsabilidad internacional.

Por un lado, lo largo del trabajo se abordaron tanto la fuente consuetudinaria como la convencional en el proceso de codificación de la primera, la regulación en materia de procedimiento arbitral y, en especial, del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones, su Convenio y los diferentes estándares de protección de los inversores en el marco de los TBI.

Por otro lado, se hizo uso de la Jurisprudencia del CIADI como fuente verificadora en la confirmación de la hipótesis presentada. Así, se analizaron los casos Metalclad c. México y Compañía Aguas de Aconquija y Vivendi c. República Argentina. En tales precedentes, los tribunales arbitrales conformados al respecto dictaminaron en favor de la atribución de responsabilidad internacional de los mencionados Estados por el accionar de las administraciones locales, municipal y provincial respectivamente, obligando al pago de una indemnización como reparación al daño ocasionado por el hecho ilícito.

A su vez, se analizó la tradición constitucional argentina en su recepción de la tendencia internacional y la teoría del órgano, haciendo mención del artículo 128 de la ley fundamental que entiende a los funcionarios provinciales como agentes naturales del gobierno federal, no obstante, la asignación de competencias en la celebración de tratados internacionales y en la formación de regiones de gestión nacional e internacional.

En conclusión, conforme lo anteriormente expuesto, más allá del rol relevante de las autoridades locales en la gestión internacional y de su

participación como parte en los procesos arbitrales, el Derecho Internacional Público no reconoce la atribución de responsabilidad internacional sino al Estado Nacional como sujeto originario. El Derecho Internacional de las Inversiones, y los Tratados Bilaterales de Inversiones como la normativa más específica en la materia abordada, cristalizan los esfuerzos codificadores de la costumbre internacional creando normas de atribución de responsabilidad en consonancia con los trabajos de la CDI reflejados finalmente en la Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Bibliografía

Aizenstatd Leistenschneider, Najman A. "La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños fronterizos", en *Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México,* México D. F.*,* 2012*,* Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XII, pp. 3-23, URL https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29227.pdf, consultado el 23/03/2025.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/RES/56/83, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 28/01/2003.

——, Suplemento N.º 10 (A/60/10), Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 2005.

Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada.* Ediar, 1998, Buenos Aires.

Carbajal Valenzuela, Christian, "Responsabilidad internacional de los Estados frente a los inversionistas extranjeros. Comentarios en torno a la debida aplicación del derecho por los tribunales CIADI", en *Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) Pontificia Universidad Católica del Perú,* Agenda Internacional, 2004, Año X, N.º 20, pp. 195-213, URL https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/8306/8610, consultado el 23/03/25.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, "Compañía de Aguas del Aconquija SA & Compagnie Génerále des Eauxs c. República argentina", caso N.º ARB/97/3, 21/11/2000.

——, "Metalclad Corporation c/ Estados Unidos Mexicanos", 30/08/2000, Caso N.º ARB(AF)/97/1.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, 21/05/1991, Washington D.C., e.v. 18/11/1994, texto aprobado por la República Argentina Ley 24.353. 28/07/1994.

De Dios, Miguel Á., "La Responsabilidad del Estado Argentino por Hechos Internacionalmente Ilícitos, la Codificación A/Res/56/83, los Tratados Bilaterales de Inversión y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones", en *Revista Aequitas*, 2014, Universidad del Salvador, Buenos Aires, pp. 75-96.

Ferro, Gustavo, "Aguas del Aconquija: revisión a una experiencia fallida de privatización", en *Centro de Estudios Económicos de la Regulación. Departamento de Economía y Finanzas, Universidad Argentina de la Empresa*, 2001, Buenos Aires.

Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina: Comentada y Concordada*, 2ª Ed., La Ley, 2004, Buenos Aires.

González Napolitano, Silvina, *Lecciones de Derecho Internacional Público,* Ed. Erreius, 2015, Buenos Aires.

Grabowski, Alex*,* "The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini", en *Chicago Journal of International Law*, 2014 Vol. 15 N.º 1, pp. 287-309.

Hernández, Antonio M., "Rol de las regiones, provincias y municipios en el proceso de Integración", en Hernández, Antonio M. & Valadés, Diego, *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

North American Free Trade Agreement (NAFTA), 19/12/1992, e.v. 01/01/1994, URL https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale/11.aspx?lang=eng, consultado el 23/03/25.

Orozco, Librado, "Los actores subnacionales en la nueva fase del proceso de globalización", en *Revista de Comunicación*, Vol. 15, N.º 1, 2016, Universidad de Piura, pp. 183-197, URL https://revistadecomunicacion.com/article/view/1247, consultado el 23/03/25.

República Argentina, "Constitución de la Nación Argentina", 24/08/1994.

——, "Ley de Inversiones Extranjeras", Ley 21.382, 13/08/1976.

Silva Tamayo, Gustavo E., "Capítulo III: La teoría del órgano y sus consecuencias en el concepto del acto administrativo", en Silva Tamayo, Gustavo E., *La voluntad de los actos administrativos*. Ediciones Rap, 2013, Buenos Aires, URL https://bit.ly/41LLnXp, consultado el 25/03/25.

Vázquez, Agustina, Marcote, Natacha M. & Osorio, Juan E., "Los Tratados Bilaterales de Inversión desde la perspectiva de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados: un camino hacia la ´defragmentación´ del Derecho Internacional", en *Revista Misión Jurídica*, 2021, Vol. 14, N.º 20, pp. 56-69.

Concurso de Ponencias en Derechos Humanos

El acceso desigual a la información pública como un problema de acceso desigual a la democracia*

Alejandro Emir Salomón**

Resumen: El artículo analiza el desarrollo y alcance del derecho de acceso a la información pública, a la vez que explora el desigual ejercicio del derecho en relación a algunos grupos sociales y su impacto en la participación democrática. En este sentido, se presenta un esquema de las barreras que obstan el ejercicio del derecho, y que implican una denegación de acceso a la información. Estas barreras se presentan en tres niveles: primero, la falta de educación cívica; segundo, los obstáculos formales y materiales al sistema de acceso a la información; y tercero, las barreras cognoscitivas. Estas limitan el ejercicio de los derechos fundamentales y profundizan la exclusión, en especial, de los grupos en situación de vulnerabilidad, desatendiendo las obligaciones generales del Estado en la garantía de los derechos humanos y las especiales en relación a los integrantes de dichos grupos.

Palabras clave: derecho de acceso a la información — democracia — derechos políticos — igualdad — no discriminación

Abstract: The article analyzes the development and scope of the right of access to public information while exploring the unequal exercise of the right concerning some social groups and its impact on democratic participation. In this sense, an outline is presented of the barriers that hinder the exercise of the right, and that imply a denial of access to information. These barriers are offered at three levels: first, the lack of civic education; second, formal and material obstacles to the system of access to information; and third, cognitive barriers. These limit the exercise of fundamental rights and deepen exclusion, especially of vulnerable

* Ganador del Concurso de Ponencias en Derechos Humanos.

** Abogado (UBA). Quiero agradecer cariñosamente a Clara Lucarella y a Patricio Méndez Montenegro por haber colaborado en la ideación y discusión de esta ponencia, y por brindarme su constante motivación.

groups, disregarding the general obligations of the State in guaranteeing human rights and the special ones concerning the members of such groups.

Keywords: right of access to information — democracy — political rights — equality — non-discrimination

I. Introducción

El principio de soberanía popular es uno de los principales en que se asienta el sistema constitucional. Se trata de uno de los principios democráticos que permean toda la organización social y política del Estado, y que resultan de utilidad para la elaboración, la interpretación y la aplicación de las leyes.[1] En este principio encuentran su fundamento varios de los derechos que hacen a la vida política, como los derechos políticos y los electorales.

La jerarquización de los tratados internacionales de derechos humanos en 1994, supuso un cambio en la concepción tradicional de algunos aspectos de la participación política, como es el caso de la libertad de expresión. Así, el desarrollo seguido desde la reforma constitucional hasta la actualidad ha ido en aumento y ha sido el fundamento, además, del reconocimiento de otros derechos en cabeza de todas las personas, como el de acceder a la información pública.

En este sentido, el derecho de acceso a la información, al igual que la libertad de expresión, se constituye como un elemento imprescindible de los regímenes democráticos, en tanto se constituye como un instrumento para acceder a otros derechos (representa, por ejemplo, un presupuesto de los mecanismos de participación), además de constituirse en sí mismo como un derecho fundamental.[2] Cabe destacar, en este punto, que a los efectos de esta ponencia se parte de una concepción deliberativa de la democracia, en la que se tiene especial consideración por el carácter dialógico que permite dotarla de un valor epistémico con respecto a los asuntos concernientes al interés público.[3] En ella, se vuelve indispensable mantener un cierto grado de igualdad informativa entre los actores que

1. Gonçalves Figueiredo, *Derecho electoral: principios y reglas, teoría...*, p. 58.
2. Abramovich & Courtis, "El acceso a la información como...", pp. 233-245.
3. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 154.

participan para evitar que la desinformación se convierta en una distorsión del proceso deliberativo.[4]

Teniendo en cuenta el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública como un derecho humano, esta ponencia recorre sus fundamentos y alcances, al tiempo que repasa los estándares internacionales en la materia y su recepción por parte del Estado argentino. Si bien el avance del reconocimiento del derecho en las distintas jurisdicciones subnacionales presenta un escenario variopinto, esta ponencia toma como principal eje de referencia el desarrollo por parte del Estado Nacional.

Asimismo, el objetivo de este trabajo es poner el foco en las distintas barreras que pueden enfrentar las personas en relación al acceso a la información pública, esbozando una categorización que las explique. En este sentido, se sostiene que la limitación que las personas pueden encontrar en el ejercicio de este derecho supone, las más de las veces, una restricción a la participación en los asuntos públicos. Así, se sostiene que estas barreras se presentan en distintos grados, pero que tienen un impacto especial sobre grupos históricamente desaventajados, constituyéndose una nueva dificultad para el acceso a los derechos fundamentales de quienes integran estos grupos.

II. El reconocimiento del acceso a la información pública como derecho fundamental

La construcción del actual Estado moderno y de las democracias constitucionales surge tras el abandono de un modelo absolutista del poder estatal, en que el poder se encontraba concentrado en unas pocas personas de forma absoluta, y cuyas decisiones no podían ser cuestionadas mediante un sistema institucionalizado que canalizara la disidencia ideológica a las medidas adoptadas o que reclamara explicaciones oficiales acerca de la conducta del Estado respecto de las cuestiones de interés público. Así, en los Estados absolutistas el poder no debía explicaciones a nadie acerca de su accionar o su no accionar y, en última instancia, no tenían ningún tipo de contralor o contrapoder que pudiera legítimamente hacerse valer.

Las revoluciones y cambios de paradigmas se insertaron en procesos históricos que significaron el abandono del modelo absolutista y la

4. Martí, *La república deliberativa. Una teoría de...*, p. 114.

constitución de Estados liberales, cuyos principales pilares eran la igualdad y la libertad. En este sentido, estos reconocieron la posibilidad de cada persona de elegir su modelo de vida individual y, a su vez, de participar en la construcción colectiva de la soberanía popular. Los primeros Estados liberales del siglo XIX tuvieron como objetivo proteger un ámbito privado y autónomo de las personas humanas de la intervención del Estado y garantizar, a su vez, la libertad y la igualdad de los ciudadanos. Con este fin, previeron una división del poder que asegurara que ninguno de los poderes pudiera menoscabar por sí solo el ejercicio de estos derechos. La conocida tríada de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, supuso una diseminación del poder entre los poderosos con el fin último de que los intereses y poderes cruzados impidieran que ninguno de ellos pudiera hacerse prevalecer sobre los demás.[5]

Con el transcurrir del tiempo, esta concepción clásica fue matizada y se reconoció la existencia de otros mecanismos de control del poder como la libertad de expresión,[6] en el entendimiento de que la libre circulación de información, ideas y opiniones, es un elemento fundamental de las sociedades democráticas y cobra relevancia como un medio útil para la formación de la opinión pública por parte de quienes deseen influir en la colectividad.[7] La libertad de expresión tuvo una especial consideración desde los comienzos de las democracias constitucionales y los estándares aplicables fueron —con el transcurso de la historia— asentándose en pos de su máxima ampliación. Así, tras la reforma constitucional de 1994, la dotación de la jerarquía constitucional a, entre otros, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Declaración Universal de Derechos del Hombre, significó una mirada distinta sobre las concepciones clásicas de los derechos.

En este sentido, la libertad de expresión se entiende actualmente desde sus dos dimensiones, inescindibles una de otra y ambas con igual valor. Por un lado, la clásica dimensión individual supone el derecho de toda persona a difundir por cualquier medio su pensamiento y hacerlo llegar a quien quisiera. Por otro lado, la dimensión social de la libertad de expresión representa su carácter de medio para el intercambio de ideas e informaciones

5. Basterra, *Acceso a la información pública y...*, p. 1.
6. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas*, párr. 54.
7. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas*, párr. 70.

entre las personas, comprende todo el circuito de la expresión, desde su emisión hasta el derecho de las demás personas a recibir información e ideas y a conocer otras opiniones.[8]

La libertad de expresión se encuentra ligada al derecho de buscar y recibir información como forma de maximizar el campo de autonomía personal y como forma de acceder y ejercer otros derechos.[9] La concepción amplia de acceso a la información como derecho inmanente del sistema democrático de gobierno se sustenta, en concreto, bajo la idea de que "una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre".[10]

Así, los gobernantes deben informar todo aquello que permita ejercer el más amplio control ciudadano sobre su gestión, los recursos públicos y todo lo concerniente al ejercicio de los derechos individuales y colectivos. De esta manera ha entendido también la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("CoIDH") el objeto y fundamentos de este derecho. En el caso "Claude Reyes" (2006) reconoció, por primera vez, el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado y la consecuente obligación positiva del Estado de suministrarla.

La CoIDH estableció los parámetros generales a la luz de los cuales debe ser considerado el ejercicio de este derecho. Cabe destacar que se trata de un derecho del cual son titulares todas las personas, no es un derecho que surja de la ciudadanía, sino del simple reconocimiento de la personalidad humana. Es por eso que no se requiere acreditar ningún tipo de interés para la obtención de la información y se trata de datos que —una vez conocidos— pueden circular y ser difundidos libremente,[11] en consonancia con la idea de que la información no es propiedad del Estado, quien solo la tiene en calidad de representante de los ciudadanos.[12]

Además, se ha entendido que es deber del Estado adecuarse al principio de máxima divulgación,[13] conforme el cual debe presumirse pública y accesible toda la información en su poder y la vinculada a este, y deben interpretarse de forma restrictiva las excepciones que pudieran caber. En este sentido, estas excepciones deben estar fijadas previamente por ley formal,

8. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas*, párrs. 30-33.
9. Basterra, *Acceso a la información pública y...*, p. 4.
10. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas*, párr. 70.
11. Corte IDH, "Claude Reyes", párr. 77.
12. Relatoría para la Libertad de Expresión, Principios de Lima, Principio N° 4.
13. Corte IDH, "Claude Reyes", párr. 92.

responder a un objetivo permitido por la Convención Americana y deben, a su vez, ser necesarias en una sociedad democrática y estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo.[14] Es decir, exige la realización de un test tripartito de razonabilidad. Así, la CoIDH entendió que, al tratarse de excepciones al régimen general de publicidad, es el Estado quien debe demostrar fundadamente que la información solicitada se encuentra dentro de estos supuestos.[15]

En este fallo, la CoIDH definió el alcance del derecho de acceso a la información pública y diseñó las bases de lo que sería el contenido y límites de este derecho por los años siguientes en la región. Así, es fundamental tener en claro que se trata de un derecho que cobra especial relevancia en la medida en que "el acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso".[16]

Los estándares fijados por la CoIDH, tanto en esta sentencia y en otras en que también se reconoció la autonomía del derecho de acceso a la información,[17] fueron recogidos por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos ("OEA") que aprobó, en 2010, una primera ley modelo para los Estados en materia de acceso a la información pública,[18] y una segunda —con mayor alcance y en especial miras al desarrollo tecnológico— en 2020.[19] Se trata de leyes modelo que son, generalmente, superadoras de las normativas locales, en tanto dan un alcance aún más amplio a la publicidad de la información, explicitan una amplia cantidad de información que debe publicarse activamente, crean un sistema con una mayor intervención del órgano garante del derecho de acceso a la información y brindan una mayor precisión sobre distintos aspectos, precisando cuestiones más específicas.

En lo que concierne al reconocimiento de este derecho en Argentina, fue recién en 2012 que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió por primera vez acerca del contenido y alcance de este derecho en el caso "Asociación por los Derechos Civiles" ("ADC"). Para resolver, el

14. Corte IDH, "Claude Reyes", párrs. 88-91.
15. Corte IDH, "Claude Reyes", párr. 93.
16. Corte IDH, "Claude Reyes", párr. 86.
17. *Cfr*. Corte IDH, "Gomes Lund", párr. 200.
18. Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2607 (XL-O/10).
19. Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2958 (L-O/20).

Máximo Tribunal acudió a la aplicación automática de los estándares que venía sosteniendo la Corte Interamericana.[20] Es de destacar que la Corte Suprema también ha remarcado que el fundamento central de este derecho se encuentra en el principio republicano de control de los actos de gobierno, toda vez que se constituye como un derecho que posibilita el conocimiento del desempeño de los funcionarios públicos.[21]

Debido a que se trata de información que compete a las funciones del Estado nacional así como a los distintos Estados provinciales, el acceso a la información pública se encuentra dentro de las potestades regulatorias propias del derecho administrativo, y, como tal, se trata de materia eminentemente local.

En relación al Estado nacional, si bien hubo algunos antecedentes normativos de menor jerarquía,[22] en septiembre de 2016, se sancionó la primera ley que regula el derecho de acceso a la información pública para el sector nacional. Su reglamentación llegó rápidamente en marzo de 2017[23] y se mantuvo prácticamente sin modificaciones hasta septiembre de 2024,[24] en que el Poder Ejecutivo incorporó la reglamentación de artículos que previamente no contaban con ella y modificó el sentido de otros. Si bien esta modificación en la reglamentación fue interpretada por las organizaciones de la sociedad civil como un intento de cambio de paradigma por vía reglamentaria del espíritu de la ley,[25] lo cierto es que la prevalencia de la norma legal por sobre la norma reglamentaria permite mantener el análisis centrado en el impacto de ellas sobre el ejercicio del derecho fundamental que ambas regulan.

En este sentido, se trata esta de una ley que, en gran medida, hizo eco de los estándares imperantes en la jurisprudencia y en la doctrina especializada, que eran coincidentes en la idea fundamental de que —en principio— toda información en poder del Estado se presume pública y que el rechazo de una solicitud de información se trata de un supuesto

20. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "ADC", considerando 10.
21. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "CIPPEC", considerando 7.
22. *Cfr*. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1172/2003.
23. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 206/2017.
24. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 780/2024.
25. Acción Colectiva; Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia; Alianza Regional por la Libre Expresión e Información & otros, "Un decreto no puede limitar el...".

excepcional.[26] Esta ley cobra especial relevancia porque establece un número sumamente amplio de sujetos obligados a entregar información que alcanza a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial y, por ejemplo, a las empresas en la que el Estado participa o aquellas a las que —incluso sin ser parte— se hayan otorgado fondos públicos.[27] Además, otra de las cuestiones novedosas introducidas por esta ley es la creación de un sistema de órganos garantes del derecho de acceder a la información pública, cuyas principales funciones es establecer los criterios generales de aplicación de la normativa y coordinar el trabajo de los distintos sujetos obligados que se encuentran bajo su jurisdicción y de resolver los reclamos administrativos por incumplimiento de la obligación de entregar información que se presenten.[28] En concreto, la ley crea una Agencia de Acceso a la Información Pública, como un órgano con autonomía funcional, en la órbita de la Jefatura de Gabinete de Ministros,[29] con competencia respecto de todos los sujetos obligados, a excepción del Poder Legislativo, el Poder Judicial de la Nación, el Ministerio Público Fiscal de la Nación, el Ministerio Público de la Defensa y el Consejo de la Magistratura, a los cuales la ley obliga a crear un organismo con autonomía funcional y con competencias y funciones idénticas a la Agencia del Poder Ejecutivo.[30]

Esta ley es el resultado de un largo camino por una mayor transparencia del Estado, absorbiendo las demandas ciudadanas y de las organizaciones sociales por una mayor rendición de cuentas de la actividad pública.[31] Si bien las leyes modelos de la OEA son ampliamente superadoras de la ley de acceso a la información pública argentina (por cuanto esta es más bien genérica en cuanto a regular algunas excepciones y se presenta de forma menos estricta en relación con la necesidad de publicidad de cierta información que las leyes modelo contemplan como pública), es de destacar que la normativa vigente sigue los contornos del derecho delimitados por los estándares jurisprudenciales y doctrinarios en materia de transparencia.

26. República Argentina, "Ley de Acceso a la Información Pública", art. 1.
27. República Argentina, "Ley de Acceso a la Información Pública", art. 7.
28. República Argentina, "Ley de Acceso a la Información Pública", arts. 19-29.
29. República Argentina, "Ley de Acceso a la Información Pública", art. 19.
30. República Argentina, "Ley de Acceso a la Información Pública", art. 28.
31. Basterra, *Acceso a la información pública y...*, p. 1.

III. Desigualdades y barreras en el acceso a la información pública

Una correcta participación en la vida democrática supone, entre otras cosas, la libre circulación de ideas y un amplio sentido del acceso a la información, que permita a las personas contar con el conocimiento suficiente para tomar autónomamente las decisiones que hacen su modelo individual de vida y poder influir —por medio de la participación política— en las decisiones que hacen a la vida en la propia comunidad política.[32]

Sin embargo, el acceso a la participación democrática no siempre se da en condiciones de igualdad respecto de todos los actores sociales. La existencia de barreras en el acceso a determinados derechos por parte de algunos grupos sociales, supone un detrimento de la posibilidad de estos grupos de participar de la mejor manera en el sistema democrático.

Es preciso destacar que hay grupos históricamente desaventajados que, en general, acceden a sus derechos de manera desigual a los otros miembros de la comunidad, ya sea por su no reconocimiento o por lo dificultoso que ello les supone. Estos grupos en situación de vulnerabilidad suelen encontrar mermado el correcto ejercicio de la mayor parte de sus derechos, y los derechos políticos no son la excepción.[33]

Si bien las barreras que existen para las personas en el acceso a la información pública no son exclusivas de los grupos en situación de vulnerabilidad, lo cierto es que este derecho se ve especialmente menoscabado respecto de estas personas. Así, los obstáculos en el acceso a la información se acentúan en relación a estos grupos debido a que la vulnerabilidad en que se encuentran los expulsa muchas veces a estar entre las personas que más padecen la pobreza, la falta de acceso a servicios públicos esenciales y un goce más limitado del ejercicio de sus derechos fundamentales.[34]

A modo de síntesis, los problemas que se presentan en el acceso a la información pública pueden englobarse, generalmente, en los siguientes motivos: i) falta de educación general y, en particular, sobre este derecho, ii) falta de recursos económicos suficientes, iii) inaccesibilidad del formato en que se registra y entrega la información, iv) requisitos innecesarios para

32. Braguinsky, *El acceso a la información pública...*, p. 13.
33. Saba, "Desigualdad estructural", pp. 58-59.
34. Braguinsky, *El acceso a la información pública...*, p. 27.

solicitar información, y v) complejidad del diseño institucional y el distinto alcance de este derecho en los distintos ámbitos de aplicación.

Si bien estos tipos de problemas suelen aparecer en diversas formas, tanto simultánea como alternadamente, dependiendo del caso, propongo aquí un análisis en tres niveles de las distintas barreras en que se presentan estos problemas, según el menor o mayor acercamiento al fin último de acceder a la información.

Es preciso mencionar que esta clasificación no pretende ser exhaustiva sino meramente útil a los fines de comprender en qué grado se presentan los distintos problemas en el acceso a este derecho y poner el foco sobre los principales obstáculos actuales. Por otro lado, vale aclarar que, en tanto el fin último de este ejercicio constituye la adquisición de cierto conocimiento, en la medida en que las personas se encuentran con estas barreras, independientemente del nivel de que se trate, el acceso a la información se ve en todos los casos impedido de forma absoluta. Por último, cabe mencionar que, a los efectos de este trabajo, no se considera la vocación de las personas por acceder a la información, sino que simplemente se tiene en cuenta la mera posibilidad de acceder.

III.A. Primer nivel: desconocimiento del sistema

En un primer nivel se encuentran las barreras que impiden el conocimiento preliminar del sistema de acceso a la información. Esto es, las personas desconocen la existencia de un derecho de acceder a la información pública o bien desconocen la existencia de un sistema institucional para solicitar la información buscada. En este nivel, las personas se encuentran en un escenario más bien pasivo respecto de la información pública que reciben por parte del Estado o de otros sujetos, pero no intentan buscarla activamente por desconocimiento.

Este nivel se vincula esencialmente con el problema de la falta de educación cívica, acerca de la existencia y alcance de este derecho y del carácter público de la información que podría requerirse, así como también acerca de la facultad que todos tienen de exigir una rendición de cuentas por parte de los funcionarios públicos. Este desconocimiento puede suponer un problema de acceso a la justicia, en tanto el acceso a la información también es un presupuesto del ejercicio de otros derechos.[35] Asimismo,

35. Abramovich & Courtis, "El acceso a la información como derecho", pp. 241-242.

es importante destacar que el deber de garantía de los derechos humanos exige al Estado realizar las actividades que permitan a los individuos saber cuáles son sus derechos.[36]

III.B. Segundo nivel: barreras formales y materiales

En un segundo nivel está el supuesto en que las personas sí conocen la existencia del sistema de acceso a la información, pero no pueden acceder a él. Estas barreras se pueden clasificar, a su vez, en dos tipos: las formales o institucionales y las materiales.

III.B.1. Barreras formales

Las barreras formales o institucionales son aquellas que el propio Estado crea en relación a los circuitos de información. Estas barreras se encuentran en el diseño institucional de acceso a la información, y en las reglamentaciones esbozadas por los distintos organismos involucrados (dependencias de los Estados nacional, subnacionales, u otros sujetos obligados) que obstaculizan un efectivo y amplio goce del derecho. Se trata de supuestos en que el Estado incumple su deber de suprimir las medidas y prácticas que restringen o vulneran derechos fundamentales, respecto de los cuales tiene un deber de garantía.[37]

En este sentido, la existencia de requisitos innecesarios para la solicitud de información pública aparece como una evidente barrera. Así, por ejemplo, exigir la acreditación de identidad mediante documentos oficiales de identificación excluiría, en principio, a todas aquellas personas que —sea por el motivo que fuere— no cuenten con tal documentación, sea que habiten o no en el país. A este respecto, es preciso mencionar que el estándar internacional indica que "el solicitante no necesita dar su nombre en la solicitud de información", sino solo sus datos de contacto para recibir notificaciones.[38] Esto, con el objetivo de evitar una exposición del solicitante que pudiera constituir un desincentivo, al tiempo que vela por el derecho de acceder a la información de las personas indocumentadas.

36. Comité de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/Rev. 1, párr. 2.
37. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los...*, párr. 81.
38. Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública, art. 12 y comentario; Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, art. 23 y comentario.

Por otro lado, cabe recordar que los sistemas de acceso a la información dependen de los Estados nacional y subnacionales de forma diferenciada, creando una multiplicidad de sistemas coexistentes. En este sentido, hay sistemas más perfeccionados que otros en relación con los procedimientos administrativos en los que se solicita información pública (tanto desde la existencia de normativa específica que regula los plazos y modos de respuesta, como de formularios específicos para la solicitud de información). Al mismo tiempo, hay jurisdicciones en las que el derecho de acceso a la información no tiene más que un reconocimiento formal y en las que el Estado aún no ha diseñado ningún tipo de mecanismo para su ejercicio.[39] En estos últimos casos, se ve una clara contraposición con el deber de garantizar el derecho que pesa sobre el Estado y su deber de adoptar disposiciones internas que conduzcan a la efectividad de los derechos protegidos,[40] por lo que cobra especial relevancia el Poder Judicial como garante último de los derechos fundamentales.

Un ejemplo adicional se encuentra en la complejidad que puede suponer para las personas la identificación concreta del sujeto poseedor de la información, máxime en un sistema donde la falta de articulación interna entre las distintas instituciones sea la regla. Así, la falta de colaboración entre distintos sujetos obligados suele suponer una barrera institucional ya que la complejidad del sistema exige un grado de conocimiento específico sobre la organización administrativa del Estado, sus dependencias y de la localización de los distintos sujetos obligados. La falta de articulación debe evitarse tanto entre organismos que dependen de la misma repartición estatal como entre quienes dependen de otras (por ejemplo, es deseable la articulación entre el Estado nacional y los Estados provinciales y municipales, de acuerdo a la distribución de competencias).

Otro problema que supone una barrera institucional en el ejercicio del derecho se da en los casos en que las dependencias que reciben las solicitudes solamente lo hacen por escrito y de forma presencial o que, de igual forma, hacen la entrega de información. Este tipo de protocolos quita el foco del carácter público de la información y del hecho de que, en un país como Argentina, el factor de territorialidad es muchas veces determinante para el acceso a los derechos. Así, este problema se suma a la falta de

39. Altavilla, "Gobierno abierto subnacional: las leyes de...", pp. 23-25.
40. Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/GC/34, párr. 19.

articulación de las instituciones, en tanto el hecho de contar con una dependencia cercana territorialmente no implica necesariamente la posibilidad de acceder a la información que se encuentra en una dependencia que no está territorialmente accesible.

III.B.2. Barreras materiales

Las barreras materiales, por su parte, son aquellas que suponen un obstáculo que impide alcanzar materialmente al sistema de acceso a la información debido a las condiciones en que se encuentran las personas en cuestión.

En este supuesto encontramos, por ejemplo, que la falta de recursos económicos se presenta muchas veces como un obstáculo para acceder a la información pública. Así, el avance en pos de la digitalización de la gestión pública, si bien tiene efectos positivos como lograr un mayor alcance del Estado a personas que no residen cerca de oficinas públicas, significa muchas veces un supuesto de exclusión para quienes no cuentan con los recursos suficientes para acceder a dispositivos tecnológicos y a redes de conexión de calidad que permitan la interacción virtual con los sujetos obligados. Por otra parte, incluso superados los problemas vinculados al acceso a los dispositivos electrónicos, muchas veces se presenta un problema mayormente vinculado con la alfabetización digital.

En esta línea, hay un sinnúmero de sistemas coexistentes, en muchos de los cuales no se garantiza de la forma más amplia el derecho de acceder a la información conforme los estándares internacionales mínimos. Así, surgen otras barreras materiales para el acceso como, por ejemplo, la necesidad de pagar por realizar solicitudes de información,[41] la inexistencia de procedimientos administrativos sencillos para el ejercicio del derecho o la inexistencia de organismos en los que reclamar gratuita, fácil e informalmente los incumplimientos en instancia administrativa (que obligan a la judicialización del pedido de información, exigiendo aún más recursos económicos a los solicitantes que ahora, además, deberán contar con patrocinio letrado).

Por otro lado, el acceso a este procedimiento administrativo para lograr el conocimiento de esta información presupone la capacidad de leer y escribir de las personas requirentes de información y, además, muchas

41. Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública, art. 1, inc. g. Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, art. 5, inc. g.

veces requiere el conocimiento sobre cómo usar las herramientas tecnológicas y la capacidad de navegar y utilizar las plataformas web de los distintos sujetos obligados para encontrar la información que activamente está publicada o para realizar la solicitud sobre la información que les interese conocer. Estos casos cobran especial notoriedad frente a sujetos obligados que no facilitan la explicación de dónde realizar pedidos de información para quienes no están familiarizados con los sitios web. Así, muchas veces la complejidad con que están construidos los sistemas digitales representa un obstáculo para las personas que no son expertas en el uso de la tecnología.

III.C. Tercer nivel: barreras cognoscitivas

En un tercer nivel aparecen las barreras cognoscitivas como obstáculo al acceso a la información. Aquí las personas conocen la existencia del sistema de acceso a la información, pueden acceder a él, pero no pueden comprender la información tal como es entregada por el sujeto obligado. En general, esto se debe a que los sujetos obligados suelen estar compelidos a entregar la información en el estado en que se encuentre al momento de la solicitud,[42] desatendiendo que para algunas personas esto puede no resultar accesible en términos idiomáticos o de formato. En este nivel, debe tenerse en cuenta que, incluso cuando el Estado haya establecido una normativa y un sistema para acceder a la información, recae sobre él un deber concreto de asegurar que en la realidad pueda ejercerse libre y plenamente el derecho a la información, y que —en la práctica— este derecho resulta menoscabado.[43]

Una vez más, el grado de educación viene a jugar un papel importante en el acceso a la información, en la medida en que muchas veces los sujetos obligados, en general, y el Estado, en particular, recoge y produce su información utilizando un lenguaje técnico que puede suponer un alto grado de complejidad para las personas que no están familiarizadas con él, en tanto no se trata de un lenguaje que comúnmente se utilice. En este sentido, se presenta una barrera comunicacional toda vez que el solicitante de información no puede comprender aquello que se le informa, incluso valiéndose de medios que pudieran posibilitar el entendimiento.

42. *Cfr*. República Argentina, "Ley de Acceso a la Información Pública", art. 5.
43. Corte IDH, "Velásquez Rodríguez", párr. 167.

Asimismo, cobra especial relevancia el formato en que la información es puesta a disposición, ya que deben no solo ser abiertos[44] sino también accesibles.[45] En este sentido, se presentan como restrictivos, por ejemplo, los formatos digitales que no permitan una lectura en audio para personas con discapacidad visual.

Aún más, otra barrera que puede darse en este nivel es la idiomática. El sistema de acceso a la información pública no está limitado a hablantes de un solo idioma, máxime en sociedades plurales como la argentina. Puede suponer una barrera insalvable, por ejemplo, la entrega en un formato que impida ser fácilmente pasado por una herramienta de traducción automática o que, debido a su volumen, su traducción por parte de un tercero pueda suponer un costo excesivo.

Cabe destacar que, en este nivel, las tecnologías de la comunicación e información cobran un especial punto de apoyo para maximizar el alcance de la información, y su no utilización implica la mayor de las veces en una barrera insuperable para ciertas personas.

IV. La información pública es necesaria para el ejercicio de los derechos políticos

Los problemas enunciados se presentan en distinta medida para las distintas personas, tanto en relación a los problemas propios de ellas (como los económicos o educativos) como dependiendo de si se intenta acceder a la información en el ámbito del Estado nacional o de un Estado subnacional. Sin perjuicio de ello, estos problemas suponen verdaderas barreras para los grupos vulnerabilizados, en tanto están más expuestos a ver menoscabado el ejercicio de derechos fundamentales en distintos aspectos, impactando en forma desproporcionada en estos grupos los problemas reseñados.

Son grupos que, además, enfrentan dificultades en el acceso pleno a la participación democrática. En lo que aquí interesa, no debe perderse de vista que el acceso a la información pública aparece como un presupuesto del sistema democrático, en tanto maximiza la autonomía y sirve de apoyo a los demás

44. *Cfr*. República Argentina, "Ley de Acceso a la Información Pública", art. 5º.
45. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/GC/1, párr. 37.

derechos políticos. Una participación ciudadana en los asuntos públicos que sea legítima requiere, como punto de partida, la divulgación de información de carácter público en relación al proceso participativo de que se trate.[46] En tanto las personas no puedan obtener o comprender la información pública, la legitimidad de los procesos de toma de decisiones será cuestionable.

El acceso a la información pública ha tenido un desarrollo que ha seguido una progresiva proyección que es cada vez más amplia y que se ha transformado en una herramienta eficaz para posibilitar la rendición de cuentas de los funcionarios públicos y el control de los actos de gobierno. En tanto la ley faculta a toda persona a "buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y redistribuir libremente la información bajo custodia de los sujetos obligados",[47] puede decirse que refiere a un mundo de información que comprende el acceso a datos procesados, a datos brutos, a información sobre el circuito de los datos dentro del Estado y a exigir la producción de información, cuando el Estado tiene un deber especial de producir información y lo ha incumplido.[48]

Por lo tanto, el diseño del sistema de acceso a la información permite comprender a este derecho como el medio posibilitador por excelencia de la rendición de cuentas, ya que permite que cualquier persona exija, sin la necesidad de invocar un motivo, que los funcionarios públicos informen sobre sus decisiones (dimensión informativa de la rendición de cuentas) o que estos expliquen sus decisiones (dimensión argumentativa).[49]

Así, en tanto la rendición de cuentas supone un ejercicio bilateral entre dos o más sujetos, el derecho de acceso a la información se constituye como la herramienta jurídica eficaz para entablar ese diálogo entre los actores que exigen y que rinden cuentas. En este sentido es que cobra especial relevancia el acceso a la información pública como un instrumento de concreción de otros derechos, valores y principios. Este derecho se encuentra íntimamente ligado a la dimensión social de la libertad de expresión y, a su vez, se convierte en un requisito indispensable para el funcionamiento mismo del sistema democrático y de una buena gestión pública.[50]

46. Arnstein, "A ladder of citizen participation", p. 219.
47. República Argentina, "Ley de Acceso a la Información Pública", art. 2.
48. Abramovich & Courtis, "El acceso a la información como derecho", p. 247.
49. Schedler, "¿Qué es la rendición de cuentas?", p. 13.
50. Corte IDH, "Claude Reyes", párr. 84.

El derecho de acceso a la información pública se constituye, entonces, como un prerrequisito clave para el ejercicio de los derechos políticos, en la medida en que estos no pueden ejercerse razonablemente y con plena autonomía si las personas no cuentan con información sobre las decisiones tomadas por los funcionarios ni sobre la explicación de estas.

A fin de sortear las barreras que fueron explicadas, es necesaria la creación de sistemas de acceso a la información que den cuenta de las distintas realidades sustantivas que existen en un país plural y de las necesidades que determinados grupos sociales poseen para lograr un efectivo acceso a la información pública y, en última instancia, lograr una más amplia participación política de los grupos históricamente postergados.[51]

Bibliografía

Abramovich, Víctor & Courtis, Christian, "El acceso a la información como derecho", en Anuario de Derecho de la Comunicación, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, año 1, v. 1, 2000, pp. 223-259.

Acción Colectiva, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, Alianza Regional por la Libre Expresión e Información & otros, "Un decreto no puede limitar el acceso a la información pública", comunicado del 04/09/2024, URL https://acij.org.ar/un-decreto-no-puede-limitar-el-acceso-a-la-informacion-publica/, consultado 21/10/2024.

Altavilla, Cristian, "Gobierno abierto subnacional: las leyes de acceso a la información en las provincias argentinas y su adecuación a los principios internacionales", en *Revista Lecciones y Ensayos*, 2018, N.º 101, pp. 17-52.

Arnstein, Sherry, "A ladder of citizen participation", en *AIP Journal*, julio de 1969, pp. 216-224.

Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, AG/RES. 2607 (XL-O/10), Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública y su Guía de Implementación, 08/06/2010.

——, AG/RES. 2958 (L-O/20), Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública, 21/10/2020.

51. Braguinsky, *El acceso a la información pública...*, p. 41.

Basterra, Marcela, *Acceso a la información pública y transparencia*, Astrea, 2017, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Braguinsky, Eugenia, *El acceso a la información pública y los grupos en situación de vulnerabilidad: Retos, experiencias y buenas prácticas*, UNESCO, 2024, Montevideo.

Comité de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/Rev. 1, Observación General n.º 3 sobre aplicación del Pacto a nivel nacional, 27/07/1982.

——, CCPR/C/GC/34, Observación General N.º 34 sobre libertad de opinión y libertad de expresión, 12/09/2011.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/GC/1, Observación General N.º 1 sobre igual reconocimiento como persona ante la ley, 19/05/2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Claude Reyes", "Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas", 19/09/2006.

——, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17/09/2003.

——, "Gomes Lund", "Caso Gomes Lund y otros ('Guerrilha do Araguaia') vs. Brasil", 24/11/2010.

——, La colegiación obligatoria de periodistas, Opinión Consultiva OC-5/85, 13/11/1985.

——, "Velásquez Rodríguez", "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", 29/07/1988.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "ADC", "Asociación Derechos Civiles c/ EN - PAMI - (dto. 1172/03) s/ amparo 16.986", 04/12/2012, *Fallos 335:2393*.

——, "CIPPEC", "CIPPEC c/ EN - Mº Desarrollo Social - dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986", 26/03/2014, *Fallos 337:256.*

Gonçalves Figueiredo, Hernán R., *Derecho electoral: principios y reglas, teoría y práctica*, Di Lalla, Buenos Aires, 2017.

Martí, José L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1997.

Poder Ejecutivo Nacional, "Acceso a la Información Pública", Decreto 1172/2003, 03/12/2003, *BORA 04/12/2003.*

——, Decreto 206/2017, 27/03/2017, *BORA 28/03/2017*, e.v. 29/09/2017.

——, Decreto 780/2024, 30/08/2024, *BORA 02/09/2024*.

Relatoría para la Libertad de Expresión, CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08),

Principios de Lima, 16/11/2000, Ciudad de Lima, Perú.

República Argentina, "Ley de Acceso a la Información Pública", Ley 27.275 de Derecho de Acceso a la Información Pública, 14/09/2016, *BORA* 29/09/2016.

Saba, Roberto, "Desigualdad estructural", en *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo XXI Editores Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021.

Schedler, Andreas, "¿Qué es la rendición de cuentas?", en *Cuadernos de Transparencia*, N.º 3, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, 2015, México D.F.

JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y JUICIO EN AUSENCIA: ¿HERRAMIENTAS CONTRA LA IMPUNIDAD O EXCESOS EN LA PERSECUCIÓN PENAL?*

Bautista Ezequiel Bellino y Gabriela Inés Unrrein**

"Los hechos graves están fuera del tiempo, ya porque en ellos el pasado inmediato queda como tronchado del porvenir, ya porque no parecen consecutivas las partes que los forman"[1]

Resumen: Históricamente, han sucedido eventos atroces ante los cuales la comunidad internacional ha tenido que sobreponerse, incluso a través de la adopción de mecanismos de excepción a reglas y principios internacionalmente reconocidos, con el objetivo de evitar la impunidad de los responsables. Así, se erigen dos institutos fundamentales a este propósito: la jurisdicción universal y el juicio en ausencia.

El presente trabajo demuestra que ambos mecanismos, a pesar de encontrarse sometidos a constantes discusiones en el ámbito doctrinario, implican un reconocimiento a los valores que representan a los Estados en su conjunto, como el derecho a la verdad, el acceso a la justicia y la obligación de investigar y sancionar.

Palabras clave: jurisdicción universal — juicio en ausencia — impunidad — obligación de investigar y perseguir — acceso a la justicia — derecho a la verdad — derechos del acusado

Abstract: Historically, hideous events have taken place in the face of which the international community has had to overcome, even by adopting mechanisms that imply exceptions from internationally recognized rules and principles, with the aim of avoiding the impunity for those responsible. Thus, two fundamental

* Segundo puesto en el Concurso de Ponencias en Derechos Humanos, organizado en conjunto con el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UBA.
** Abogados (UBA).
1. Borges, "Emma Zunz".

institutes have arisen for this purpose: universal jurisdiction and trial *in absentia*.

This paper demonstrates that both mechanisms, despite being subject to constant doctrinal debate, imply a recognition of the values that represent States as a whole, such as the right to truth, access to justice and the obligation to investigate and prosecute.

Keywords: universal jurisdiction — trials *in absentia* — impunity — obligation to investigate and prosecute — access to justice — right to the truth — rights of the accused

I. Introducción

Con el objetivo de contribuir a la sanción de violaciones graves a los derechos humanos, a lo largo del tiempo han surgido diferentes institutos, entre los que se encuentran la jurisdicción universal y el juicio en ausencia. En el presente trabajo nos proponemos ahondar en ambos mecanismos, teniendo en consideración: (i) su marco conceptual y fundamento; (ii) las posibles contradicciones con principios básicos del derecho penal; y (iii) precedentes y estado actual de ambos institutos.

Así, si bien se analizan en apartados diferentes, tanto la jurisdicción universal como el juicio en ausencia poseen el mismo objetivo: evitar la impunidad ante la comisión de delitos y crímenes de gran trascendencia. En este sentido, se trata de mecanismos penales de excepción, que garantizan el acceso a la verdad y a la justicia para las víctimas. Como último punto de conexión, ambos institutos han tenido un rol preponderante en contextos en los que las instituciones democráticas se han visto afectadas.

La historia de la humanidad ha evidenciado una evolución constante en los medios y métodos lesivos de derechos humanos, de allí que surjan este tipo de herramientas para condenar estos actos atroces. De este modo, entendemos que, más allá del debate que podría darse en torno a la utilización de estas herramientas, ambas se constituyen, dentro del marco de su utilización excepcional, como pilares fundamentales a fin de lograr que aquellas personas responsables por crímenes internacionales puedan ser juzgadas.

II. Jurisdicción universal

El término jurisdicción puede ser entendido como la facultad de prescribir, sentenciar y hacer cumplir la ley, a la vez que también se incluyen los medios a través de los cuales esa jurisdicción es ejercida sobre una persona.[2] En este sentido, tradicionalmente la noción de la jurisdicción solo se basaba en la dimensión territorial de la soberanía estatal, según la cual los Estados gozan de soberanía exclusiva sobre su territorio, y no así sobre el territorio de terceros Estados.[3]

Sin embargo, el paso del tiempo ha dado lugar a ciertos supuestos de aplicación extraterritorial de la jurisdicción. A este respecto, el precedente *Lotus* de la Corte Permanente de Justicia Internacional estableció que lejos de existir una norma que impida extender la jurisdicción de un Estado a personas, bienes y hechos ocurridos fuera de su territorio, el derecho internacional brinda un amplio margen de acción que sólo podría limitarse ante la existencia de prohibiciones expresas.[4]

Posteriormente, surge el concepto de jurisdicción universal, definida como aquella jurisdicción penal sustentada exclusivamente en la naturaleza del delito, con prescindencia del lugar en que este se haya cometido, la nacionalidad del autor presunto o condenado, la nacionalidad de la víctima, o todo otro nexo con el Estado que ejerza esa jurisdicción.[5] De esta forma, los tribunales penales de Estados ajenos al lugar en donde se cometió el crimen o del cual es nacional el imputado, podrán juzgar a individuos por violaciones al derecho internacional y a los derechos humanos en razón de su gravedad.

En ese sentido, se entiende por delitos graves a aquellas violaciones a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y de su Protocolo Adicional I de 1977 y otras violaciones del derecho internacional humanitario, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y otras violaciones de los derechos humanos internacionalmente protegidos que son delitos conforme al derecho internacional y/o respecto de los cuales el derecho internacional exige a los Estados que impongan penas por delitos, tales como la tortura, las desapariciones forzadas, la ejecución extrajudicial y la esclavitud.[6]

2. Bassiouni, "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical...", p. 89.
3. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, p. 51.
4. Corte Permanente de Justicia Internacional, "The Case of The S.S. 'Lotus'", p. 19.
5. AGNU, A/56/677, ppio. 1.
6. Comisión de DDHH de la ONU, E/CN.4/2005/102/Add.1, definición B.

En palabras de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España:

> "[l]a persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad [...] trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados".[7]

En consonancia, el principio de jurisdicción universal encuentra fundamento en dos cuestiones principales: la lucha contra la impunidad y los derechos de las víctimas.[8] De ellos, consideramos que se desprende la obligación de investigar y sancionar aquellas violaciones graves a los derechos humanos. Dicha obligación, ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como una de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que esta resulta de suma importancia cuando se trata de delitos graves según la naturaleza de los derechos lesionados.[9]

Históricamente, en la comunidad internacional se han llevado a cabo arduos esfuerzos en la lucha contra la impunidad. A modo de ejemplo, en el Preámbulo del Estatuto de Roma, encontramos no sólo el reconocimiento sobre la gravedad de los crímenes internacionales en él contemplados, sino que además se estipula que estos:

> no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.

En relación con ello, la Corte Penal Internacional ejerce una jurisdicción limitada ya que, de acuerdo con el artículo 12 del Estatuto de Roma,

7. Tribunal Constitucional de España, Sentencia 237/2005, párr. 9.
8. Vázquez Serrano, "El principio de jurisdicción universal", p. 17.
9. Corte IDH, "Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones", párrs. 183-184.

sólo será competente ante hechos cometidos en el territorio o por un nacional de un Estado Parte o respecto de un Estado que hubiera aceptado su jurisdicción. Esta decisión ha sido criticada por no cumplir con el mandato de mantener la paz y seguridad internacional, además de permitir que algunos crímenes queden impunes.[10]

En esta línea, sostenemos la importancia de la jurisdicción universal dado que, en caso de que no se configuren los supuestos para que intervenga la Corte Penal Internacional, existe un mecanismo subsidiario para amparar aquellas graves vejaciones.[11] Sumado a ello, debe resaltarse que esta ejerce su jurisdicción en forma complementaria, según lo establecido en el artículo 17 del Estatuto de Roma, por lo que permite que los Estados tomen la iniciativa y ejerzan la jurisdicción universal, sin intervenir en caso de que exista una investigación en curso.[12]

Por otro lado, cabe destacar que las graves violaciones a derechos humanos suelen suceder en contextos sociales, políticos y económicos conflictivos. Por lo tanto, la lucha contra la impunidad implica, también, la posible intervención de un tercer Estado que quiera y pueda juzgar, a pesar de que el crimen no se haya cometido en su territorio o por sus nacionales, ante la inacción de otro Estado que no se encuentra posibilitado de ejercer su jurisdicción.[13] En adición, la jurisdicción universal genera un efecto de no repetición, al transmitir el mensaje de que la comunidad internacional no permitirá que un sospechoso escape de su país con el fin de quedar impune, garantizando así la protección de los derechos humanos.[14]

En cuanto al segundo fundamento de la jurisdicción universal, esta aparece como un instrumento garante del derecho de las víctimas de crímenes internacionales a acceder a la justicia y a conocer la verdad sobre los hechos.[15] En los contextos en donde suceden las violaciones masivas de derechos humanos, en ocasiones debido a una ruptura en el orden democrático, el ocultamiento de información completa, objetiva y veraz sobre

10. Bekou & Cryer, "The International Criminal Court and Universal...", p. 52.
11. Suciu, "El principio de jurisdicción universal en...", p. 27.
12. Philippe, "Los principios de jurisdicción universal y...", pp. 15-16.
13. Suciu, "El principio de jurisdicción universal en...", p. 5.
14. ICHRP, *"*Hard cases: bringing human rights violators...", p. 48; Suciu, Dorina C, "El principio de jurisdicción universal en...", p. 7.
15. Vázquez Serrano, *"*El principio de jurisdicción universal*",* p. 19.

los hechos se utiliza como una estrategia del Estado.[16] En ese sentido, para respetar los derechos de las víctimas, existe una obligación de los Estados de investigar y enjuiciar a los acusados, con la consecuente obligación de castigarlos en caso de declararlos culpables.[17]

El derecho a la verdad se encuentra contemplado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos.[18] Además, al vincularse estrechamente con el artículo 25 de la misma Convención, todos aquellos impedimentos fácticos o legales para acceder a información sobre los hechos y circunstancias constituyen una abierta violación a este derecho.[19]

Por último, todo ello se encuadra en los procesos de justicia transicional en la cual se incluyen los mecanismos destinados a resarcir y resolver los problemas que son fruto de violaciones a gran escala y que engloban el enjuiciamiento de personas y la búsqueda de la verdad.[20] De esta forma, en los procesos de transición entre un contexto de conflicto a uno de paz y democracia resulta esencial contar con todos los instrumentos que permitan reconstruir a la sociedad y su confianza en la justicia.

En otro orden de ideas, la jurisdicción universal se vincula con el principio *aut dedere aut judicare*, según el cual se exige que el Estado en el que se encuentra el sospechoso ejerza su jurisdicción o lo extradite a otro Estado que esté dispuesto a hacerlo.[21] Así, cuando se aplique esta regla, el Estado deberá juzgar y ejercer todas las formas de jurisdicción posibles, incluso a través de la jurisdicción universal. Esto tuvo lugar en el marco de lo sucedido con el ex Jefe de Estado *de facto* chileno, Augusto Pinochet, quien fue inicialmente arrestado en Gran Bretaña y luego extraditado a España para iniciar un proceso penal en su contra por crímenes cometidos durante la dictadura en Chile.

En este emblemático caso, no sólo se evidenció la importancia de que exista la jurisdicción universal, sino que también significó un precedente con relación al papel que cumplen las inmunidades personales en estas

16. CIDH, OEA/Ser.L/V/II.152, p. 29.
17. AGNU, A/RES/60/147, ppio. 4.
18. CIDH, Informe N.º 136/99, párr. 224.
19. CIDH, Informe N.º 136/99, párr. 225.
20. CSNU, S/2004/616, párr. 8.
21. Amnistía Internacional, "International Law Commission: The Obligation to...", p. 8.

situaciones. Particularmente, el Tribunal Superior de Gran Bretaña concluyó que Pinochet no contaba con inmunidad por su accionar como Jefe de Estado, en virtud de que la prohibición de cometer actos de tortura se encontraba amparada por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ratificada por el Reino Unido.[22] Por lo tanto, los jueces decidieron que Pinochet podía ser extraditado a España sólo por los crímenes de tortura y conspiración para cometer tortura.[23]

El caso de Pinochet no fue el único a nivel internacional en donde se ejerció la jurisdicción universal. Por mencionar algunos, este mecanismo se utilizó contra Adolf Eichmann, quien fue capturado en Argentina y luego juzgado y condenado en el Estado de Israel por crímenes cometidos en el holocausto judío.[24] A su vez, en el año 2016, el ex presidente y dictador de Chad Hissène Habré, fue condenado en Senegal por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, luego de haber sido solicitada su extradición por parte de Bélgica.[25] Por último, existe actualmente una investigación en curso en Argentina, paralela a la investigación de la Corte Penal Internacional, por crímenes de lesa humanidad y genocidio ocurridos en Myanmar.[26]

Por todo lo que antecede, consideramos esencial que los Estados ejerzan, de una manera consciente, la jurisdicción universal. Seguidamente, se expondrán los motivos por los cuales resulta relevante contar con la aplicación del juicio en ausencia en casos excepcionales, donde la gravedad de lo sucedido así lo amerite.

III. Juicio en ausencia

A los fines del presente trabajo, el término juicio en ausencia será utilizado en sentido amplio para describir cualquier situación en la que el juicio ocurre sin la presencia del acusado.[27] En primer término, cabe mencionar que el derecho a hallarse presente en juicio surge expresamente del artículo

22. ICHRP, *Hard cases: bringing human rights violators...*, pp. 30-31.
23. HRW, *The Pinochet Precedent How Victims Can...*
24. District Court of Jerusalem, Caso N.º 40/61, párr. 244.
25. ICTJ, "Advancing Global Accountability The Role of...", p. 20.
26. Trial International, "Aung San Suu Kyi and others".
27. Wheeler, *The Right to Be Present at Trial...*, p. 104.

14(1)(d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo texto luego fue replicado en los estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia —artículo 21(4)(d)—, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda —artículo 20(4)(d)— y el Tribunal Especial para Sierra Leona —artículo 17(4)(d)—.

A la vez, si bien no se encuentra contemplado en los instrumentos regionales de derechos humanos, ha sido reconocido implícitamente por algunos órganos de carácter regional como una cuestión esencial para llevar a cabo un juicio justo,[28] principio básico de la sociedad democrática y una característica central de la ley y la costumbre internacional.[29]

No obstante, la presencia del acusado ha sido tradicionalmente entendida como un derecho que puede derogarse ante circunstancias determinadas que así lo justifiquen.[30] En razón de ello, la doctrina actual debate si se trata de un derecho, de una obligación, o puede llegar a ser considerado ambas cosas en simultáneo.[31]

Considerar que el hallarse presente durante el proceso se trata de un derecho del imputado supone, a su vez, que este cuenta con la posibilidad de renunciar al mismo y decidir no comparecer,[32] en tanto se realice de forma voluntaria, informada, y que no redunde en un desmedro del interés público.[33] En caso de una renuncia de este estilo por parte del acusado, podría tener lugar un juicio en ausencia. Sin embargo, ¿Qué sucede en los casos en donde no existe tal renuncia?

La utilización del juicio en ausencia en este supuesto ha sido descrita como algo anacrónico, injusto y opuesto a los estándares del Derecho Internacional.[34] Así, el primer antecedente jurisprudencial tuvo lugar dentro del Tribunal Militar Internacional de Núremberg. En este sentido, el artículo 12 de su estatuto facultaba al Tribunal a emprender acciones judiciales contra aquellas personas que hubieran cometido crímenes de su competencia, aunque esas

28. TEDH, "Colozza c. Italia", párr. 27; Corte IDH, "Caso del Tribunal Constitucional vs. Ecuador", párr. 181.
29. Parlamento Europeo y Consejo de la UE, Directiva (UE) 2016/343, párr. 33.
30. Wheeler, *The Right to Be Present at Trial...*, p. 9.
31. Wheeler, *The Right to Be Present at Trial...,* pp. 8-30; Mertins, *Proceedings in Absentia in Comparative and...*, pp. 407-409.
32. Clooney & Webb, *The Right to a Fair Trial...*, p. 452.
33. TEDH, "Hermi c. Italia", párr. 73.
34. Safferling, *International Criminal Procedure*, p. 396; CSNU, S/25704, párr. 101.

personas no hayan sido halladas o resulte necesario celebrar la audiencia en ausencia en aras de la justicia. De este modo se condenó a muerte a Martin Bormann por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, todo ello en su ausencia y sin que este diera cuenta del proceso en su contra.[35]

Sin embargo, luego de la sanción del Estatuto de Roma y la codificación del derecho del acusado a hallarse presente durante el juicio previsto en el artículo 67(1)(d), el debate sobre la posibilidad de llevar a cabo juicios en ausencia del imputado parecía haber llegado a su fin.[36] Nada más lejos de la realidad, ya que la discusión en torno a la utilización del juicio en ausencia volvió al plano internacional luego de la constitución del Tribunal Especial para el Líbano a través de la Resolución 1757 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.[37]

Así, el estatuto del Tribunal establece en su artículo 22(1) que podrán llevarse a cabo juicios en ausencia siempre y cuando el acusado:

a) Haya renunciado expresamente y por escrito a su derecho a estar presente.
b) No haya sido entregado al Tribunal por las autoridades estatales competentes.
c) Se haya dado a la fuga o se encuentre en paradero desconocido, siempre que se hayan adoptado todas las medidas razonables para asegurar su presencia ante el Tribunal e informarle de la acusación confirmada por el Juez de Instrucción.

Nuevamente, este último inciso, es particularmente conflictivo, dado que la utilización del término "paradero desconocido" podría resultar útil como un cajón de sastre para describir cualquier otra manera en la que los imputados no se encuentren presentes en el marco del juicio.[38] En este punto, corresponde mencionar que el Tribunal adoptó este enfoque en virtud de que la realidad política a la hora de su constitución hacía muy poco probable que se lograra detener efectivamente a alguno de los sospechosos de cometer un crimen de su competencia.[39]

35. TMI, "The Trial of German Major War...", p. 411.
36. Stargyn & Selth, "Cambodia and the Right to Be Present...", p. 185.
37. CSNU, S/RES/1757.
38. Wheeler, *The Right to Be Present at Trial...*, p. 136.
39. TEL, "Fiscalía c. Ayyash et al.", párr. 41; Clooney & Webb, *The Right to a Fair Trial...*, p. 447.

Empero, respecto de la utilización del mecanismo del juicio en ausencia en los casos en donde el imputado no fue o puede suponerse que no ha sido informado debidamente, el imputado tiene derecho a un nuevo juicio en caso de que decida comparecer.[40] Con esto dicho, a la luz de la teoría de la ponderación desarrollada por Robert Alexy,[41] corresponde preguntarse: *¿El juicio en ausencia constituiría necesariamente, en todos los casos, una violación al derecho del acusado a hallarse presente?* Ante una respuesta negativa, *¿Bajo qué circunstancias podría llevarse a cabo?*

En miras a responder estas dos cuestiones, consideramos pertinente traer a colación dos grandes críticas al juicio en ausencia. En primer lugar, el proceso de condenar a alguien en ausencia cuando no hay ninguna probabilidad real de que esa persona sea condenada por sus acciones podría traducirse en una mera pérdida de tiempo y recursos;[42] Por otra parte, se ha expresado que las condenas en ausencia incluso podrían crear la impresión de que la comunidad internacional se encontraría satisfecha solo con meras declaraciones de culpabilidad, y no con sentencias y reparaciones verdaderas.[43]

No obstante, se debe tener en cuenta que el juicio en ausencia del acusado es un modo de juicio fuera de lo común, que solo es permisible y legítimo ante determinadas circunstancias,[44] entre las que se encuentran el promover la confianza en los procesos penales, así como evitar que el imputado contravenga el curso del Derecho Internacional y la justicia.[45] En apoyo a esta idea, la doctrina mayoritaria está de acuerdo en que, incluso en aquellas jurisdicciones donde se permite la utilización de este mecanismo, los juicios en ausencia deberían ser la excepción y no la regla.[46]

Así, pareciera que el juicio en ausencia puede aplicarse ante aquellas situaciones en las que el interés público en llevar adelante un juicio sobrepasa el interés de la sociedad en respetar el derecho del imputado a un

40. Wheeler, *The Right to Be Present at Trial...*, p. 162.
41. Alexy, "Epílogo a la Teoría de los...", p. 32.
42. Wheeler, *The Right to Be Present at Trial...,* p. 106.
43. Figa-Talamanca, "Trials in Absentia and International Criminal...", p. 216.
44. Comité de DDHH de la ONU, Com. N.º 16/ 1977, párr. 14.1; TESL, "Fiscalía c. Isa Hassan Sesay, Morris Kallon & Augustine Gbao", párr. 8.
45. Cassese, *International Criminal Law*, p. 405.
46. Friman, "Rights of Persons Suspected or Accused...", p. 255.

juicio justo.[47] En este sentido, en su utilización no tiene lugar una disputa entre dos partes, sino que su objetivo tiene que ver con la búsqueda de la verdad y justicia.[48] Aunado a ello, el derecho que toda persona tiene a la verdad y a saber qué ocurrió con posterioridad a la comisión de graves crímenes de trascendencia internacional constituye, por sí mismo, un medio de reparación que debe ser satisfecho a la sociedad como un todo.[49]

Si se pondera esta cuestión, sumado a lo acontecido en el marco del Tribunal Especial para el Líbano, en los últimos años el debate sobre la posibilidad de llevar a cabo juicios en ausencia ha resurgido notablemente, tanto en el plano nacional como internacional. Al respecto, en el plano nacional, el 11 de julio de 2024 se presentó ante el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley en el que se prevé la aplicación de este instituto ante la comisión de: (i) crímenes previstos entre los artículos 6 y 8 bis del Estatuto de Roma; (ii) crímenes previstos en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; (iii) crímenes dispuestos en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; (iv) delitos del financiamiento del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva previstos en el artículo 306 del Código Penal; o (v) cualquier otro delito al que le fuera aplicable la agravante prevista en el artículo 41 quinquies del Código Penal.[50]

Del mismo modo, en el ámbito internacional, si bien el Estatuto de Roma no permite llevar a cabo juicios en ausencia, el artículo 61(2)(b) dispone que la Sala de Cuestiones Preliminares podrá confirmar los cargos en ausencia del imputado en caso de que:

> haya huido o no sea posible encontrarlo y se hayan tomado todas las medidas razonables para asegurar su comparecencia ante la Corte e informarle de los cargos y de que se celebrará una audiencia para confirmarlos.

47. TPIY, "Fiscalía c. Milošević", párr. 36.
48. TEL, "Explanatory Memorandum by the Tribunal's President...", párr. 36.
49. Corte IDH, "Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala", párr. 76.
50**.** Honorable Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, "Proyecto de ley sobre juicio en ausencia".

El primer antecedente de utilización de este artículo tuvo lugar en el año 2023, 21 años después de que el Estatuto de Roma haya entrado en vigencia, al autorizar una audiencia de confirmación de cargos en el caso *Kony*,[51] e incluso elevar desde la Oficina del Fiscal un documento que contiene los cargos que se le imputan.[52]

IV. Conclusiones

Durante el presente trabajo se ha evidenciado el rol vital que poseen la jurisdicción universal y el juicio en ausencia en la lucha contra la impunidad y la búsqueda de la verdad, luego de que tengan lugar crímenes internacionales. Si bien ambos institutos se encuentran en constante desarrollo, consideramos que existen bases suficientes para sostener esta postura. Especialmente, si se tienen en consideración los procesos vinculados a la justicia transicional, en donde debe asegurarse que el camino hacia la democracia sea transparente y concordante con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Desde nuestra postura, sostenemos que la obligación de investigar y sancionar violaciones graves a los derechos humanos justifica que existan excepciones a las garantías judiciales. No obstante ello, resaltamos la importancia de que dichas excepciones sean claras y uniformes en el derecho internacional, lo cual permite evitar que se utilicen de forma arbitraria.

Por último, si bien la jurisdicción universal cuenta con más apoyo y desarrollo —tanto normativo como jurisprudencial—, que el juicio en ausencia, esto no obsta a la validez de este último ni impide su utilización en base a los argumentos desarrollados precedentemente. Más aún, entendemos a ambos como esenciales y útiles para perseguir un fin común: la lucha contra la impunidad.

Bibliografía

Alexy, Robert, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 66, 2002, pp. 13-64,

51. CPI, "Fiscalía c. Joseph Kony", pp. 1-25.
52. CPI, "Fiscalía c. Joseph Kony", párr. 134.

URL https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=289390, consultado el 18/10/2024.

Amnistía Internacional, *International Law Commission: The Obligation to Extradite or Prosecute*, 2009, Londres.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/56/677, Los principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal, 04/12/2001.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/RES/60/147, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 21/03/2006.

Bassiouni, Mahmoud C., "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", en *Virginia Journal of International Law*, Vol. 42, 2001, pp. 82-157, URL https://www.legal-tools.org/doc/052301/pdf, consultado el 28/09/2024

Bekou, Olympia & Cryer, Robert, "The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A Close Encounter?", en *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, 2007, pp. 49-68, URL https://doi.org/10.1093/iclq/lei149, consultado el 18/10/2024

Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, en Oxford University Press, 2003, Oxford.

Clooney, Amal & Webb, Philippa, *The Right to a Fair Trial in International Law*, Oxford University Press, 2020, Oxford.

Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, E/CN.4/2005/102/Add.1, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, 08/02/2005.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N.º 136/99, Caso 10.488, 22/12/1999.

——, OEA/Ser.L/V/II.152, Derecho a la verdad en las Américas, 13 agosto 2014.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Com. N.º 16/ 1977, Mbenge c. Zaire, 25/03/1983.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/2004/616, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*,* Informe del Secretario General, 03/08/2004.

——, S/25704, Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, 20/05/1993.

——, S/RES/1757, Acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Libanesa relativo al establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano, 30/05/2007.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22/11/1969, San José, Costa Rica, e.v. 18/07/1978, UNTS I-17955.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, 10/12/1984, Nueva York, Estados Unidos, e.v. 26/06/1987, UNTS 1465.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala", 22/02/2002, Serie C, N.º 91.

——, "Caso del Tribunal Constitucional vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", 28/08/2013, Serie C N.º 268.

——, "Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones", 24/02/2011, Serie C N.º 221.

Corte Penal Internacional, "Fiscalía c. Joseph Kony", "Decision on the Prosecution's request to hold a confirmation of charges hearing in the Kony case in the suspect's absence", 23/11/2023, ICC-02/04-01/05-466.

——, Oficina del Fiscal, "Fiscalía c. Joseph Kony", "Document Containing the Charges", 19/01/2024, ICC-02/04-01/05-474.

Corte Permanente De Justicia Internacional, "The Case of The S.S. 'Lotus'", "Francia c. Turquía", 07/09/1927, Serie A, N.º 10.

District Court of Jerusalem, "Caso N.º 40/61", "Fiscal General, Israel c. Adolf Eichmann", 11/12/1961.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17/07/1998, Roma, Italia, e.v. 01/07/2002, *UNTS 2187:38544.*

Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, 30/05/2007, Nueva York, Estados Unidos, 10/06/2007.

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 08/08/1945, Londres, Reino Unido 20/10/1945.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 25/05/1993, adoptado por la Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 25/05/1993.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 08/11/1994, adoptado por la Resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 08/11/1994.

Figa-Talamanca, Niccolo, "Trials in Absentia and International Criminal Court", en Lattanzi, Flavia, *The International Criminal Court: Comments on the Draft Statute*, Editoriale Scientifica, 1998.

Friman, Hakan, "Rights of Persons Suspected or Accused of a Crime", en Lee, Roy S. *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations & Results*, Kluwer Law International, 1999, La Haya.

Honorable Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, "Proyecto de ley sobre juicio en ausencia", 11/07/2024, INLEG-2024-7300-5764-APN-PTE.

Human Rights Watch, "The Pinochet Precedent How Victims Can Pursue Human Rights Criminals Abroad", URL https://www.hrw.org/report/1998/11/01/pinochet-precedent/how-victims-can-pursue-human-rights-criminals-abroad, consultado el 18/10/2024.

International Center for Transitional Justice, "Advancing Global Accountability The Role of Universal Jurisdiction in Prosecuting International Crimes", 2020, URL https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Report_Universal_Jurisdiction.pdf, consultado el 18/10/2024.

International Council on Human Rights Policy, "Hard cases: bringing human rights violators to justice abroad A guide to universal jurisdiction", 1999, Ginebra.

Mertins, Lena, *Proceedings in Absentia in Comparative and International Criminal Law*, Duncker & Humblot, 2021, Berlín.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16/12/1966, Nueva York, Estados Unidos, e.v. 23/03/1976, *UNTS I-14668.*

Parlamento Europeo y Consejo De La Unión Europea, Directiva (UE) 2016/343, Por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, 09/03/2016.

Philippe, Xavier, "Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión", en *International Review of the Red Cross*, No. 862, 2006, pp. 1-27, URL https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/es/assets/files/other/irrc_862_philippe.pdf, consultado el 18/10/2024.

Ryngaert, Cedric, *Jurisdiction in International Law*, Oxford Monographs in International Law, 2ª ed., en Oxford University Press, 2015, Oxford.

Safferling, Christoph, *International Criminal Procedure*, en Oxford University, 2012, Oxford.

Stargyn, Stan & Selth, Johanna, "Cambodia and the Right to Be Present: In Absentia in the Draft Criminal Procedure Code", *Singapore Journal of Legal Studies*, 2005, 170-188, URL https://law.nus.edu.sg/sjls/wp-content/uploads/sites/14/2024/07/1869-2005-sjls-jul-170.pdf, consultado el 18/10/2024.

Suciu, Dorina C, "El principio de jurisdicción universal en España y en algunos países de nuestro entorno: un análisis de la legislación y la práctica judicial" en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, N.º 14, 2016, 1-27, URL https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6056712, consultado el 18/10/2024.

Trial International, "Aung San Suu Kyi and others", URL https://ujim.trialinternational.org/latest-post/aung-san-suu-kyi/, consultado el 18/10/2024.

Tribunal Constitucional de España, "Sentencia 237/2005", 26/09/2005.

Tribunal Especial para el Líbano, "Explanatory Memorandum by the Tribunal's President to Rules of Procedure and Evidence", 10/06/2009.

——, "Fiscalía c. Ayyash et al", "Decision to Hold Trial In Absentia", 01/02/2012, STL-11-01/1/TC.

Tribunal Especial para Sierra Leona, "Fiscalía c. Isa Hassan Sesay, Morris Kallon & Augustine Gbao", "Ruling on the issue of the refusal of the third accused, Augustine Gbao, to attend hearing of the Special Court for Sierra Leone on 7 July 2004 and succeeding days", 12/07/2004, SCSL-04-15-T-194.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Colozza c. Italia", Caso N.º 9024/80, 12/02/1985.

——, "Hermi c. Italia", 18/10/2006, Caso N.º 18114/02.

Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, "The Trial of German Major War Criminals", 01/10/1946.

Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, "Fiscalía c. Milošević", "Decision on admissibility of Prosecution investigator's evidence", "Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabudden", 30/09/2002, IT-02-54-AR73.2.

Vázquez Serrano, Irene, "El principio de jurisdicción universal", en *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo,* Vol. 1, 2018, pp. 6-31, URL https://revistas.unlp.edu.ar/Redic/article/view/9640/8500, consultado el 17/10/2024.

Wheeler, Caleb, *The Right to Be Present at Trial in International Criminal Law*, International Criminal Law Series, Brill / Nijhoff, 2019, Leiden.

NARRATIVAS QUE PERSISTEN EN EL TIEMPO: UN ANÁLISIS DE LOS DISCURSOS NEGACIONISTAS ACTUALES DESDE UNA MIRADA HACIA EL PASADO*

Sofía González Gallastegui**

Resumen: El presente trabajo busca dar cuenta de qué es el negacionismo del terrorismo de Estado, qué hay detrás de estos discursos y por qué se utilizan hoy como estrategia política por parte del actual gobierno nacional, historizando sobre el relato trágico de nuestro país y analizando posibles continuidades discursivas y prácticas.

En este sentido, a lo largo del trabajo se podrá evidenciar que estos discursos no son ajenos a los intereses sociales, políticos o económicos del momento, sino que se corresponden con un modelo de país que se busca imponer, que implica un importante retroceso en materia de derechos y que legitima la violencia como forma de gobierno.

Asimismo, contemplando la particular dañosidad social que entrañan estos discursos, se reivindica en el presente la importancia de defender las banderas de Memoria, Verdad y Justicia, los pactos democráticos, los derechos conquistados en materia de Derechos Humanos, y nuestro máximo consenso común que es el Nunca Más al terrorismo de Estado en nuestro país.

Palabras clave: memoria — argentina — terrorismo de estado — genocidio — dictadura — negacionismo.

Abstract: The present work aims to define the concept of denialism of state terrorism, to identify the underlying motives of those discourses and to analyze the reasons why this strategy is currently being employed by the national government. In order to contextualize the tragic narrative of our country, the work provides historical context and examines the discursive and practical continuities that may exist.

* 3er puesto en el Concurso de Ponencias en Derechos Humanos.
** Abogada (UBA).

In this regard, throughout the paper it will become evident that these discourses are not detached from the social, political or economic interests of the time, but rather align with a model of the country that is being sought to be imposed, one that involves a significant setback in terms of rights and legitimizes violence as a form of government.

Likewise, considering the particular social harm that these discourses entail, the present highlights the importance of defending the banners of Memory, Truth and Justice, the democratic pacts, the rights conquered in terms of Human Rights, and our greatest common consensus: "Never Again" to State Terrorism in our country.

Keywords: memory — argentina — state terrorism — genocide — dictatorship – denialism

I. Introducción

Rumbeando entre el discurso apologético y el discurso negacionista, los y las representantes del actual gobierno nacional, intentan sin tapujos tergiversar la historia trágica de nuestro país,[1] impregnada de torturas, muertos y desaparecidos a partir del plan sistemático y generalizado instaurado por la última dictadura cívico militar.

En cuarenta años de democracia ininterrumpida para nuestro país, en los que el pueblo argentino consolidó consensos básicos como el Nunca Más al terrorismo de Estado, el partido libertario busca hacer temblar la Democracia, cuestionando la funcionalidad de las instituciones que hacen a la República y aquellos consensos comunes que se lograron consolidar.[2]

En plena dictadura, y con posterioridad a la misma, muchos discursos de odio han intentado derrumbar aquellos acuerdos, incluso desde instancias de poder representativas. Hoy esta situación vuelve a manifestarse desde una instancia de poder tan relevante como es el presidente y la vicepresidenta de la Nación, electos por el voto de la mayoría del pueblo.

1. Centro de Estudios Legales y Sociales, "El año en el que el pasado..."; Página 12, "Ni guerra ni excesos, terrorismo de Estado".
2. Nueva Sociedad, "El gobierno de Milei contra el..."; Página 12, "El consenso sobre el Nunca Más...".

Allí radica la idea de que el negacionismo, lejos de solo intentar tergiversar nuestro pasado común, también es una estrategia política, una narrativa dirigida con una clara intencionalidad y un claro objetivo, que en un contexto de debilitamiento económico ha logrado configurar gran legitimidad social.

En este marco, corresponde preguntarnos ¿Qué hay detrás del negacionismo del terrorismo de Estado? ¿Por qué hay sectores políticos que quieren apropiarse políticamente de nuestro pasado común? Recordemos que el caso argentino, como toda práctica genocida, implicó un proceso que empezó mucho antes del aniquilamiento del enemigo político, y cuyos efectos perduraron con posterioridad a esa experiencia, teniendo los discursos negacionistas, tanto entonces como en la actualidad, un especial lugar.

Sobre la base de lo expuesto, este trabajo se propone realizar un primer recorrido dando cuenta de lo que implicó la dictadura cívico-militar argentina, los objetivos finales del despliegue de toda aquella violencia y sus principales beneficiarios. A partir de esta descripción, pasaremos a un segundo recorrido, cuyo objetivo será comprender qué es el negacionismo del terrorismo de Estado, qué hay detrás de los discursos que hoy en día lo reproducen y la dañosidad social que entrañan, reivindicando la memoria como aquel lugar que siempre debemos habitar para entender que todo eso que fue aniquilado también nos constituye.

II. La dictadura cívico-militar argentina

El 24 de marzo de 1976 se produjo el golpe de Estado que derrocó al gobierno constitucional de María Estela Martínez de Perón, iniciándose de este modo la última dictadura cívico-militar argentina, la cual duró hasta diciembre de 1983. En este proceso, las fuerzas armadas —y civiles que formaron parte del proceso represivo — instalaron un sistema de terror que constó de desapariciones forzadas, detenciones en centros clandestinos,[3] torturas, violaciones, embarazos forzados, y apropiación de niñeces, alcanzando a 30.000 víctimas.

3. Vale aclarar que el Estado Argentino reconoció 814 centros de detención, tortura y exterminio, muchos de los cuales hoy funcionan como sitios de memoria.

Cabe destacar que el número de detenidos desaparecidos es una cifra abierta, calculada con base en una variedad de informes, denuncias y datos que fueron recuperándose a partir de testimonios y experiencias de víctimas, personas exiliadas y diversos organismos nacionales e internacionales que sistematizaron la información. La aclaración la realizo en virtud de que en el año 1984 la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (en adelante CONADEP) indicó que el número de víctimas era de 8.961 tomando en cuenta las denuncias que se habían realizado de forma efectiva frente al organismo. Sin embargo, es una cifra que se acompaña de todos los demás datos recabados y que seguirá actualizándose incansablemente, entendiendo que hay investigaciones y juicios de lesa humanidad en curso.[4]

Los sucesos acontecidos, al tener lugar mayormente en el marco de detenciones ilegales en centros clandestinos, se impregnaron de variadas prácticas de violencia y crueldad. Muchos cuerpos nunca aparecieron, fueron ocultados, tirados al mar o al río desde los "vuelos de la muerte",[5] o depositados en fosas comunes;[6] también se ejercieron distintos tipos de violencia sexual,[7] mayormente contra mujeres, al mismo tiempo que se llevó adelante la apropiación de bebés[8] que nacieron en el marco del cautiverio.

4. Según los datos arrojados por la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad, al 15 de marzo de 2024 se contabilizan 321 sentencias, en las que fueron condenadas 1176 personas y 183 resultaron absueltas, desde los primeros juicios orales y públicos realizados en 2006. Por su parte, 17 juicios se encuentran en curso en diferentes jurisdicciones y 62 causas cuentan con requerimiento de elevación a juicio formulado por el Ministerio Público Fiscal, lo cual significa que el proceso continuará con la realización del debate.

5. Así se denomina en nuestro país al método de aniquilamiento por el cual la dictadura cívico militar arrojaba personas detenidas al mar con el fin de hacer desaparecer sus cuerpos.

6. Un ejemplo de ello es el "Pozo de Vargas", un ex centro clandestino de detención ubicado en Tucumán que funcionaba como fosa común de detenidos-desaparecidos, para encubrir sus asesinatos y el destino de sus cuerpos. A la fecha, el Equipo Argentino de Arqueología Forense lleva identificadas a 120 víctimas en este sitio. Espacio Memoria y Derechos Humanos, "Conquistas de Memoria: Pozo de Vargas"; Tiempo Argentino, "Identificaron a la víctima 120 del Pozo de Vargas, la mayor fosa común de la dictadura".

7. La Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad puntualizó en su informe correspondiente a marzo 2024 que 162 de las 1176 personas condenadas por crímenes de lesa humanidad fueron encontradas responsables de delitos sexuales. La visibilización de la violencia sexual aparece en 53 sentencias, el 17 % del total. Ministerio Público Fiscal, "24 de marzo: desde 2006 se...".

8. Dentro de las víctimas, hubo centenares de mujeres que parieron en cautiverio y cuyos bebés fueron secuestrados, entregados a familias de militares o abandonados en instituciones sin registro de su identidad. En este sentido, el trabajo que vienen realizando desde

Incluso todavía hay historias que permanecen sin contar, por las propias condiciones de clandestinidad en las que transcurrieron los hechos y los pactos de silencio en relación con la magnitud de los crímenes cometidos, todavía vigentes entre los militares y los cómplices civiles que formaron parte activa del plan de exterminio.

Ahora bien, cabe realizar una apreciación terminológica, en virtud de que la concepción jurídica convencional acerca de aquel pasado trágico describe tales actos como crímenes de lesa humanidad,[9] pero esto no obsta a que el caso argentino, por fuera del marco legal, pueda analizarse —tal como lo hace gran parte, aunque no en forma unánime, del movimiento de Derechos Humanos en nuestro país— como un genocidio, que buscó la "destrucción parcial" del grupo nacional, y cuyo objetivo estuvo guiado por claras motivaciones políticas.

El abordaje del caso argentino con la caracterización de un genocidio, tal como refiere Malena Silveyra,

> [...] propone una mirada que da cuenta no sólo de las características del sistema concentracionario, sino también de las identidades de las víctimas, sus prácticas políticas previas y los colectivos de los que formaban parte. Incluso, sitúan el proceso represivo en el marco de un proyecto político-económico y problematizan sus consecuencias en la sociedad actual.[10]

Así, pues, corresponde abordar la denominación del crimen de genocidio a partir de Lemkin, quien lo define como "[...] un proceso cuyo objetivo es la destrucción de los patrones identitarios del grupo oprimido y la

---

aquella época las Abuelas de Plaza de Mayo ha sido fundamental para recuperar nietos y nietas desaparecidos/as. Para ampliar sobre su historia, véase el sitio oficial https://www.abuelas.org.ar/las-abuelas. También resulta central el trabajo coordinado que se viene realizando desde el Ministerio Público Fiscal, la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CoNaDI) y el Banco Nacional de Datos Genéticos para garantizar el derecho a la identidad.

9. Jurídicamente, la definición adoptada —aunque con amplios debates que persisten hasta la actualidad— fue la de crímenes de lesa humanidad, ya que al momento de sancionarse la Convención sobre Genocidio en las Naciones Unidas en 1948 el término "genocidio" fue despolitizado, excluyéndose a los grupos políticos de la definición.

10. Silveyra, "Aproximaciones al concepto de genocidio desde...", p, 145.

imposición de los patrones identitarios del opresor",[11] entendiendo, como refiere Daniel Feierstein, que la riqueza de su visión radica justamente en dos elementos fundamentales:

> [...] que un genocidio se propone la destrucción de la identidad de un pueblo —no solamente la de los "cuerpos" inmediatamente aniquilados — y que este proceso de destrucción se vincula con políticas de opresión, en tanto que la transformación de la identidad de un pueblo se lleva a cabo con el objetivo de oprimirlo.[12]

Lo dicho nos permitirá realizar este análisis entendiendo que es nuestro pasado común lo que nos atraviesa, y que el terrorismo de Estado Argentino efectivamente ha modificado la identidad del pueblo y las relaciones sociales que lo configuraban. De esta forma podremos derrumbar las lógicas de extrañeza, ajenidad u otredad, el pensar que el caso argentino no afectó —directa o indirectamente — a la sociedad en su conjunto. Así lo describe el mismo Feierstein cuando señala

> La posibilidad de apropiarse de los efectos de un genocidio resulta fundamental como estrategia de confrontación con la ideología que lo produjo: concebir el aniquilamiento como la destrucción de una parte de nosotros es el único modo de intentar restituir la ausencia de lo que se buscó destruir, de cuestionar la imposición de la identidad del opresor que constituye el objetivo estratégico de los perpetradores. Pero para eso se requiere quebrar las miradas binarias con respecto a las identidades en juego [...].[13]

Ahora bien, sabemos que las juntas militares destinaron sus esfuerzos a la persecución y represión de lo que se denominó el "accionar subversivo". Pero ¿A quiénes se les atribuyó ese accionar?

La significación fue atribuida principalmente a jóvenes militantes políticos, integrantes de sindicatos y de confederaciones obreras o empresariales,

11. Lemkin, *El dominio del Eje en la...*, p.154.
12. Feierstein, "El concepto de genocidio y la...", p 250.
13. Feierstein, "El concepto de genocidio y la...", p 256.

así como también a artistas, estudiantes, trabajadores sindicalizados o involucrados en causas sociales, entre otras personas, incluso muchas de ellas indiferentes, que fueron directa o indirectamente alcanzadas. Así, en palabras de Jaime Malamud Goti "[...] no sólo las guerrillas y los terroristas eran subversivos, sino, también, una amplia gama de ciudadanos considerados como una amenaza por el régimen". Por ejemplo, la lista de los personajes considerados subversivos por un almirante[14] incluía los siguientes: "[...] Los ideólogos, los corruptos, los líderes inauténticos, los irresponsables, los delincuentes económicos y los predicadores falsos".[15]

Los comunicados difundidos por las juntas militares en las primeras horas del golpe daban cuenta del inicio de una reconfiguración total de la sociedad argentina, con objetivos de "recuperar la Nación", contra "el flagelo subversivo" —de allí la denominación "Proceso de Reorganización Nacional"—. De esta forma "la madrugada del 24, la Junta Militar difundió un comunicado en todo el país en el que afirmaba que asumía la conducción del Estado como parte de "una decisión por la Patria", "en cumplimiento de una obligación irrenunciable", buscando la "recuperación del ser nacional" y convocando al conjunto de la ciudadanía a ser parte de esta nueva etapa en la que había "un puesto de lucha para cada ciudadano".[16]

Los grupos "subversivos" fueron identificados como el objetivo a eliminar, y deshumanizados hasta tal punto que muchos individuos legitimaron las acciones represivas de las fuerzas de seguridad, enarbolando un individualismo extremo —acompañado, por supuesto, del terror instalado—.

Esta estrategia de construcción del enemigo político fue fundamental para que la sociedad misma percibiera a "los subversivos" como una amenaza social, un "otro" ajeno que debía ser aniquilado para restaurar el orden, lo que condujo a la legitimación de la violencia tanto en el plano simbólico como fáctico. Así, como describe Zaffaroni sobre los crímenes de masa,

> [...] la individualización estatal de un enemigo canaliza malestar y venganza; es claro que poner todo el mal en cabeza de un grupo y

14. Refiere al Almirante Luis Mendia, citado en La Nación, Buenos Aires, 12 de mayo de 1977.
15. Malamud Goti, "Dignidad, venganza y fomento de la democracia".
16. Ministerio de Educación de la Nación, *La última dictadura: mejor hablar de...*, p, 4.

> postular su destrucción para hacerlo cesar es un fortísimo recurso político, tremendamente amoral, pero muy eficaz.[17]

Lo expuesto nos invita a analizar cómo se materializa en la práctica la lógica de eliminación del enemigo. Sobre este punto, Daniel Rafecas explica que para dar cumplimiento a dicho objetivo

> [...] todo Estado policial sustrae por la fuerza al supuesto enemigo de sus ámbitos de pertenencia, no sólo el político, sino también el familiar, social y el cultural, colocándolo así fuera del alcance de los circuitos de comunicación social. Una vez aislado del mundo que conoce, se le despojará de toda significación sociojurídica [...].[18]

Esta fue la lógica instalada por las juntas militares y desplegada por las fuerzas de seguridad durante la dictadura argentina, transitando un proceso que se basó en la identificación y persecución de enemigos políticos para detenerlos ilegalmente, torturarlos y desaparecerlos, teniendo una amplia disposición sobre aquellas personas, por las propias condiciones de clandestinidad en las que se desplegaba la violencia estatal, así como por la legitimación de las instancias de poder para cumplimentar los objetivos propuestos.

III. En las sombras de la dictadura cívico-militar argentina

Tal como refiere Malena Silveyra, dos grandes líneas complementarias que permiten explicar las causas del proceso de aniquilamiento argentino son:

> Por un lado, la necesidad de una reconfiguración del modelo de acumulación de capital del modelo de industrialización de importaciones (ISI) al modelo financiero y de ajuste estructural, y por otro

17. Zaffaroni, *Crímenes de Masa,* p, 49
18. Rafecas, *El crimen de tortura. En el...*, p. 56.

> lado, la necesidad de frenar el proceso ascendente de organización de los sectores populares.[19]

En este marco, si se indaga en las sombras de la dictadura cívico-militar argentina, puede dilucidarse que la eliminación del enemigo político estuvo íntimamente vinculada con la necesidad de ciertos sectores económicos e instancias de poder de derrumbar el intervencionismo estatal y desestructurar las relaciones sociales y económicas afianzadas, para darle paso al mercado como principal actor político-económico.

El intervencionismo "desmedido" del Estado en la economía —"Estado Populista"— en conjunto con las políticas de justicia social y justa redistribución, así como los fuertes movimientos de sindicalización y los mecanismos de protesta, eran sinónimo de conflicto social, lo que justificaba una reestructuración política, económica y social en la que el mercado adopte un papel preponderante, a partir de la libre competencia y la libre oferta-demanda, modelo neoliberal bajo el cual se terminó privilegiando la valorización financiera del capital y la transferencia de recursos al exterior, agrandándose la deuda externa de manera altamente significativa.

De esta forma, entendemos que el proceso de transformación estructural iniciado a costa de la experiencia de aniquilamiento en el caso argentino tuvo claros beneficios para unos pocos sectores. Existen los culpables visibles y palpables de todo aquello, pero también actores estratégicos que ocuparon roles silenciosos, tales como la iglesia, los medios masivos de comunicación y grupos empresarios que apoyaron el accionar de las fuerzas armadas y de las instancias de poder prevalecientes.

Sobre este punto, Daniel Feierstein sugiere con particular certidumbre que:

> La comprensión del aniquilamiento en tanto destrucción parcial del propio grupo, también permite ampliar el arco de complicidades en la planificación y ejecución del terror, al obligarnos a formular la pregunta acerca de quiénes resultaron beneficiarios no solo de la desaparición de determinados grupos sino, fundamentalmente, de la transformación generada en el propio grupo por los procesos de aniquilamiento, sectores empresariales o políticos que en muchos

19. Silveyra, "Aproximaciones al concepto de genocidio desde...", p. 148.

> procesos genocidas han quedado impunes e invisibles, ya que la responsabilidad se suele vincular sólo a los ejecutores materiales directos: militares, fuerzas de seguridad, policías o miembros del partido gobernante.[20]

Así las cosas, resulta consistente afirmar que son muchas las instituciones que terminan por legitimar, desde roles más o menos activos y/o visibles, los discursos negacionistas del terrorismo de Estado, siendo actores estratégicos a los que hay que prestar especial atención en toda avanzada de la derecha en el poder, y por sobre todo, cada vez que se intenta, desde lo discursivo, tergiversar, negar o relativizar nuestro pasado común.

IV. Negacionismo de la dictadura argentina en la actualidad

Lo primero que tenemos que definir, es de qué hablamos cuando hablamos de Negacionismo del terrorismo de Estado. Mario Ranalletti, refiriéndose al caso argentino, sugiere que "[...] el negacionismo es una empresa política tendiente a promover una tergiversación del pasado reciente caracterizando a la represión clandestina ejecutada desde 1975" y, en especial, tras el golpe de Estado del 24 de marzo de 1976, como una "guerra", término que resume una visión de los años setenta. Los negacionistas se amparan en el derecho a la libertad de expresión y se posicionan como portadores de "otra" versión de la historia, diferente a la "oficial" y "verdadera".[21]

Durante la última dictadura argentina, se distorsionaron los hechos desde un primer momento para justificar la represión y el plan de terror instaurado. A finales de 1977, el gobierno de facto proclamaba la victoria en lo que llamaban la "guerra contra la subversión", reivindicando la idea de dos perpetradores, como modo de justificar el despliegue de la violencia sistemática por parte de las fuerzas de seguridad, y relativizar las masivas violaciones a los derechos humanos que estaban teniendo lugar.

Dos años más tarde, entre el 6 y el 20 de septiembre de 1979, la visita e inspección de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Or-

20. Feierstein, "El concepto de genocidio y la...", p. 256.
21. Ranalletti, "Apuntes sobre el negacionismo en Argentina...", p. 27.

ganización de los Estados Americanos (CIDH-OEA) expuso concretamente lo que estaba ocurriendo en nuestro país, denunciando mediante un informe final[22] publicado el 11 de abril de 1980, miles de detenidos-desaparecidos y asesinatos en manos de las fuerzas de seguridad, aun con las limitaciones[23] que imponía el gobierno, el cual se esforzaba por esconder las atrocidades.

Pese a la denuncia, y a que el caso tome relevancia internacional, las juntas militares continuaban afirmando la existencia de una guerra y negando el carácter masivo y sistemático de los crímenes, incluso negando la existencia de desaparecidos. Así, Videla expresaba por televisión pública en el año 1979 sobre los desaparecidos:

> [...] mientras sea desaparecido, no puede tener un tratamiento especial. Es una incógnita, es un desaparecido, no tiene entidad. No está muerto ni vivo, está desaparecido... Frente a eso no podemos hacer nada.[24]

Las narrativas negacionistas no se agotaron en aquella época, perduraron en el tiempo, se encarnaron en distintos sectores que siguieron levantando aquel discurso, y actualmente adoptaron un papel preocupante. El 10 de diciembre de 2023, a 40 años de democracia ininterrumpida y muchos consensos básicos construidos entre amplios sectores del pueblo argentino, asumió el gobierno conducido por Javier Milei y Victoria Villarruel, con una estrategia política, social y económica que busca asimilarse a la implementada bajo el mando de las juntas militares,[25] en las que las ideas neoliberales de libre mercado y reduccionismo estatal, la violencia política, y la represión al pueblo han sido una constante, y en la cual el negacionismo del terrorismo de Estado ocupa un especial lugar.

22. Organización de Estados Americanos, OEA/Ser.L/V/II.49.
23. La visita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a nuestro país motivó a que las juntas militares optaren por realizar ciertas maniobras engañosas, tales como intentar ocultar el funcionamiento del mayor centro de detención, tortura y exterminio, que se encontraba operativo en la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA), y trasladar a las personas allí detenidas a la isla "El Silencio", ubicada en Tigre, para que permanezcan ocultas e invisibles ante el organismo en cuestión.
24. YouTube, "Videla y los desaparecidos: Conferencia...", 00:00:00.
25. Página 12, "El plan económico de Javier Milei..."; Página 12, "El hilo no tan invisible que conecta...".

De esta forma, el discurso del gobierno actual busca igualar a las víctimas de los atentados guerrilleros con las víctimas del terrorismo de Estado. Bajo este fundamento, la vicepresidenta se ha mostrado como una militante de "la memoria completa", realzando la teoría de los dos demonios,[26] narrando una historia en la que existen dos perpetradores que, en igualdad de condiciones y de medios (militares, económicos, jurídicos), se "enfrentaron" en el marco de una "guerra".

Quizás, uno de los puntos alarmantes, es que estamos frente a lo que Daniel Feierstein señala como la versión recargada de la teoría de los dos demonios, la cual

> [...] apunta, precisamente, contra ese acuerdo básico que constituía un cierto límite social. Lo que busca es minimizar o relativizar la condena a la violencia represiva [...]. Para eso, apela a un rodeo: muestra y expone a las 'otras víctimas' para mostrar que entre las 'supuestas víctimas del genocidio' anidan asesinos y que, entonces, no todo el accionar represivo estuvo mal.[27]

Asimismo, en numerosas ocasiones los representantes de este gobierno han afirmado que no fueron 30.000 los detenidos-desaparecidos, con el argumento de que solo hay 8.751 nombres en los registros de la CONADEP, lo que implica desacreditar así las políticas de Memoria, Verdad y Justicia, relativizar la condena social que debe recaer sobre los perpetradores, y desconocer las desapariciones, torturas y aniquilamientos que aún persisten en el silencio.

En este marco, es menester comprender qué hay detrás de estos discursos, respecto a lo cual Valeria Thus señala

26. La teoría de los dos demonios refiere a una concepción histórica acerca de lo ocurrido en el período de dictadura cívico militar en Argentina, mediante la cual se intenta instalar que las diversas atrocidades tuvieron lugar en el marco de una guerra, en la cual hubo dos perpetradores, y por ende una doble violencia perfectamente equivalente: la violencia estatal, y la desplegada por las organizaciones guerrilleras. De esta forma, no sólo se busca justificar —y exculpar— el accionar represivo de los autores materiales e intelectuales del plan de exterminio, sino también ocultar los verdaderos objetivos del golpe de Estado acontecido en 1976.

27. Feierstein, "Argumentos principales de la teoría...", p. 54.

> Cuando se niega, por caso, la cantidad de víctimas de un genocidio o se las contextualiza en casos de violencia mutua, no sólo se niega quienes fueron las víctimas, sus trayectorias, deseos, militancias, sus modos de ser y sentir social, sino que también se niega el contenido simbólico de la lucha por la memoria del genocidio que encarnan siempre de modo activo los sobrevivientes y los familiares (sociedad civil), pero también las políticas públicas (estatales) de reconocimiento.[28]

En este orden, otras implicancias de las narrativas negacionistas actuales, se vinculan justamente con la des jerarquización y desfinanciamiento de las políticas de memoria, verdad y justicia, las áreas estatales especializadas en Derechos Humanos, los programas de acompañamiento para las víctimas, sectores como el Banco Nacional de Datos Genéticos, el Archivo Nacional de la Memoria, y los sitios de la memoria —como la ex-ESMA[29] —. Estas son solo unas pocas acciones de otras tantas que podemos seguir mencionando, sumadas a las conocidas vinculaciones[30] con quienes han formado parte del plan de aniquilamiento argentino.

Por su parte, una situación importante de mencionar resulta los hechos de violencia política y de violencia institucional que se vienen transitando en nuestro país, alentados por las instancias gobernantes. Sin ir más lejos, desde el inicio de la asunción del gobierno ha habido movilizaciones pacíficas, entre otros motivos[31] contra la Ley de Bases y Puntos de Partida para

28. Thus, "Daño negacionista y Derecho Penal: resignificando...", p. 119 y 120.
29. La ESMA fue el centro clandestino de detención y exterminio más grande dentro de lo que fue el plan genocida, que se convirtió en un emblema del terrorismo de Estado y fue nombrado Patrimonio de la Humanidad por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).
30. Sin ir más lejos, Victoria Villarruel, quien proviene de familia militar, entre otras cosas fundó en el año 2003 el Centro de Estudios Legales sobre el Terrorismo y sus Víctimas (CELTYV), conocido por su labor en defensa de militares acusados por crímenes de lesa humanidad. Además, se conocieron en el último tiempo vinculaciones con la defensa del genocida Miguel Etchecolatz, apareciendo mencionado su nombre en sus cuadernos, así como visitas a su mano derecha, Norberto Cozzani, en la cárcel donde se encontraba alojado, situación que se habría replicado con Jorge Rafael Videla, y otros represores.
31. En los últimos meses, acompañados de la notable inflación y de políticas de ajuste, las medidas tendientes a recortar el presupuesto en derechos adquiridos por el pueblo —tales como la educación y la salud públicas —, la falta de alimentos históricamente brindados por

la Libertad de los Argentinos (Ley Ómnibus) y el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70/2023, dos normativas a partir de las cuales se dispuso la desregulación de la economía y la implementación de políticas de ajuste severas, a la par que se llevó adelante una modificación integral del Estado —reduciéndolo significantemente— en una clara línea de retrocesos de derechos y de obtención de beneficios para actores estratégicos de la economía.[32]

Las manifestaciones que tuvieron lugar en las inmediaciones del Congreso de la Nación fueron reprimidas mediante accionar de todas las fuerzas de seguridad en coordinación con la Ministra de Seguridad, Patricia Bullrich, quien tiempo atrás había puesto en funcionamiento un Protocolo criminalizando la protesta social.[33] De esta forma, se militarizaron las inmediaciones de la institución desplegando operativos de la Gendarmería y la Policía Federal totalmente desproporcionados y con un accionar completamente arbitrario que implicó detenciones ilegítimas, gases lacrimógenos, camiones hidrantes, golpes con bastones y disparos con balas goma, dirigidos contra los manifestantes.

Una vez más, la militancia organizada y el pueblo trabajador en las calles son concebidos como un objeto a eliminar, muy ligados con la alteración del orden y a los cuestionamientos del proyecto de país que se quiere imponer. Es así que la represión a estos colectivos se busca naturalizar —y legitimar— en pos de "ordenar la Nación", y los actos represivos de las fuerzas de seguridad son celebrados —y defendidos como actos de servicio—.

Dicho esto, reivindicar, en cada oportunidad y ámbito posible, la importancia de resguardar las instituciones de la república, de mantener la vigencia y el respeto por los derechos humanos y el orden democrático, de establecer los límites al poder punitivo estatal entendiendo que "[...]

---

el Estado para los comedores y otras instituciones comunitarias, los numerosos despidos de trabajadores y trabajadoras del Estado Nacional, también han sido motivo de protestas y movilizaciones reprimidas por las fuerzas de seguridad en el marco del protocolo antiprotestas, teniendo como resultado las mismas irregularidades y claras violaciones a los Derechos Humanos antes plasmadas, situaciones que, al parecer, no aparentan signos de cesar en lo inmediato.

32. Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, *Análisis crítico del proyecto de "Ley...";* Centro de Estudios Legales y Sociales, "Sobre el DNU 70/2023".

33. Poder Ejecutivo Nacional, Resolución 943/2023.

las propias agencias del poder punitivo cometen los crímenes más graves cuando operan sin contención",[34] no constituyen un capricho partidario, pues las más grandes atrocidades de la historia se han llevado a cabo por la ruptura de estos diques de contención, y por la vulneración de las normas básicas configurativas del Estado de derecho.

V. Reflexiones finales

La sociedad argentina tiene muchas certezas: entre 1976 y 1983 se desplegó una dictadura cívico-militar que dejó un saldo de 30.000 víctimas. Durante ese período se cometieron los crímenes más atroces de la historia del país, los cuales aún seguimos juzgando para poner fin a tanta impunidad. Gracias a los avances en los juzgamientos y las políticas de Memoria, Verdad y Justicia, Argentina ha sido reconocida internacionalmente en materia de Derechos Humanos, teniendo como faro la organización colectiva, incansable, y sostenida en el tiempo.

Desde el 10 de diciembre de 2023, asumió el actual gobierno nacional, con discursos que niegan y/o relativizan los crímenes cometidos, la cantidad de detenidos-desaparecidos y los móviles que fueron motor para el despliegue de aquella violencia masiva.[35] Este intento por legitimar una versión distorsionada de la historia atenta contra la memoria colectiva —la cual nos pertenece, y hoy debemos defender—.

A lo largo de este recorrido, hemos evidenciado que los discursos que reproducen narrativas negacionistas del terrorismo de Estado, no están aislados a los intereses sociales, políticos y económicos del gobierno, sino que se corresponden con un modelo de país que se busca imponer, y que implica graves retrocesos en materia de derechos. Este modelo de país se está construyendo de espaldas al pueblo, en un escenario en el que, bajo la premisa —poco novedosa— de un "orden nacional", toda discrepancia ha llevado a la represión y la violencia, en una búsqueda constante por legitimar nuevamente la idea —peligrosa— de un "enemigo político", un otro ajeno, que debe ser eliminado.

34. Zaffaroni, *Crímenes de Masa*, p. 31.
35. Centro de Estudios Legales y Sociales, "El año en el que el..."; Página 12, "Ni guerra ni excesos, terrorismo de Estado".

Sin dudas, el pueblo argentino tiene que prestar especial atención a la avanzada de la derecha en el poder, y comprender que estos no son meros discursos que no escapan del campo de lo simbólico, siendo que atentan en forma directa contra aquellos consensos que la sociedad argentina logró construir, vulneran la dignidad humana de las víctimas amparada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y dan cuenta de una tecnología de poder que legitima la violencia como forma de gobierno, atentando contra la democracia, a 40 años de su recuperación.

Tzvetan Todorov tiene un extracto al cual quiero remitirme en el presente, el cual reza "Aquellos que, por una u otra razón, conocen el horror del pasado tienen el deber de alzar su voz contra otro horror, muy presente, que se desarrolla a unos cientos de kilómetros, incluso a unas pocas decenas de metros de sus hogares. Lejos de seguir siendo prisioneros del pasado, lo habremos puesto al servicio del presente, como la memoria —y el olvido— se han de poner al servicio de la justicia".[36]

En este sentido, reivindico que hoy, más que nunca, tenemos que llevar a lo más alto las banderas de Memoria, Verdad y Justicia y defender los pactos democráticos, así como los derechos conquistados en materia de Derechos Humanos, incluyendo su incorporación como política de Estado. Así nos lo han enseñado las Madres y las Abuelas de Plaza de Mayo, y esa tarea nos debemos de aquel tiempo, a esta parte, y para siempre.

NUNCA MÁS.

Bibliografía

Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, *Análisis crítico del proyecto de "Ley Ómnibus Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos" y del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/23. Aportes desde una perspectiva de Derechos Humanos*, Astudillo Soledad, Torremare Guillermo & Tavani, Eduardo, 15/01/2024, URL https://www.apdh-argentina.org.ar/informes/analisis-critico-del-proyecto-de-ley-omnibus-bases-y-puntos-de-partida-para-la-libertad-de, consultado 13/03/2025.

36. Todorov, *Los abusos de la memoria*, p. 59.

Centro de Estudios Legales y Sociales, "Informe Sobre el DNU 70/2023", 08/01/2024, URL https://www.cels.org.ar/web/wpcontent/uploads/2024/01/20240108_Sobre_DNU_70_2023_Web.pdf, consultado 13/03/2025.

——, "Informe Milei 1 año. Sección Memoria: El año en el que el pasado se hizo presente" Perelman, Marcela, 10/12/2024, URL https://cels.org.ar/anuarioultraderecha/memoria/, consultado 13/03/2025.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, OEA/Ser.L/V/II.49, Informe sobre los Derechos Humanos en Argentina, 11/04/1980.

Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, *Nunca más: Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Eudeba, 1984, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Espacio Memoria y Derechos Humanos, "Conquistas de Memoria: Pozo de Vargas", 13/01/2020, URL https://www.espaciomemoria.ar/conquistas-de-la-memoria/pozo-de-vargas/, consultado 13/03/2025.

Feierstein, Daniel, "El concepto de genocidio y la "destrucción parcial de los grupos nacionales: Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria", en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Año LXI, N.º 228, pp. 247-266.

—— & Silveyra Malena, "Genocidio o crímenes de lesa humanidad: el debate jurídico argentino como disputa por el sentido asignado al pasado" en *Estudios de Derecho*, N.º 77 (170), pp. 17-46.

——, "Argumentos principales de la teoría de los dos demonios original y de su versión recargada", en Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, *Repertorios. Perspectivas y debates en clave de Derechos Humanos: Negacionismo,* 3ª ed. compendiada, 2023.

Fronza, Emanuela, "La criminalización del negacionismo histórico. ¿El instrumento penal como guardián de la memoria?", en Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, *Repertorios. Perspectivas y debates en clave de Derechos Humanos: Negacionismo,* 3ª ed. compendiada, 2023.

Lemkin, Raphael, *El dominio del Eje en la Europa ocupada: Leyes de ocupación, análisis de la administración gubernamental, propuestas de reparaciones,* Prometeo Libros, 2009, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Nueva sociedad, "El gobierno de Milei contra el consenso del Nunca Más", Bertoia, Luciana, 26/08/2024, URL https://nuso.org/articulo/el-gobierno-de-milei-coquetea-con-los-militares-de-la-ultima-dictadura/, consultado 13/03/2025.

Página 12, "El consenso sobre el Nunca Más está vigente, haga lo que haga el Gobierno", Bullentini, Ailen, 30/06/2024, URL https://www.pagina12.com.ar/748341-el-consenso-sobre-el-nunca-mas-esta-vigente-haga-lo-que-haga, consultado el 13/03/2025.

——, "El hilo no tan invisible que conecta a José Alfredo Martínez de Hoz con Javier Milei", Cipka, Juan Manuel, 24/11/2023, URL https://www.pagina12.com.ar/688180-el-hilo-no-tan-invisible-que-conecta-a-jose-alfredo-martinez, consultado el 13/03/2025.

——, "El plan económico de Javier Milei: un recetario conocido", Editorial, 31/10/2023, URL https://www.pagina12.com.ar/611489-el-plan-economico-de-javier-milei-un-recetario-conocido, consultado el 13/03/2025.

——, "Ni guerra ni excesos, terrorismo de Estado", Molina, Melisa, 03/10/2023, https://www.pagina12.com.ar/594108-ni-guerra-ni-excesos-terrorismo-de-estado, consultado el 23/03/2025.

Rafecas, Daniel, *Historia de la solución final: Una indagación de las etapas que llevaron al exterminio de los judíos en Europa,* 2° Edición ampliada, Siglo Veintiuno Editores, 2021, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

——, *El crimen de tortura: En el Estado autoritario y en el Estado de derecho,* Didot, 2016, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Ranalletti, Mario, "Apuntes sobre el negacionismo en Argentina. Uso político del pasado y reivindicación de la represión ilegal en la etapa post-1983" en Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, *Repertorios. Perspectivas y debates en clave de Derechos Humanos: Negacionismo,* 3ª ed., 2023.

Rivera Beiras, Iñaki, "La Memoria. Categoría epistemológica para el abordaje de la historia y las ciencias penales", en *Revista Crítica Penal y Poder*, N.º 1, pp. 307.

Silveyra, Malena, "Aproximaciones al concepto de genocidio desde una perspectiva marxista. Aportes para comprender el caso argentino", en *Revista del Programa de Investigaciones sobre Conflicto Social*, Vol. 11, pp. 143-170.

Silveyra, Malena & Thus, Valeria, *Juzgar los crímenes de Estado: A 15 años de la reapertura de los juicios en la Argentina,* EUDEBA, 2022.

Thus, Valeria, "Daño negacionista y derecho penal: resignificando la lesividad en el siglo de los genocidios", en Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, *Repertorios. Perspectivas y debates en clave de Derechos Humanos: Negacionismo,* 3ª ed., 2023.

——, *Negacionismo y Derecho Penal,* Didot, 2020, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Tiempo Argentino, "Identificaron a la víctima 120 del Pozo de Vargas, la mayor fosa común de la dictadura", Sosa, Maby & Verduga, Demian, 19/02/2025, URL https://www.tiempoar.com.ar/ta_article/identificaron-victima-120-pozo-de-vargas/, consultado 13/03/2025.

Tzvetan, Todorov, *Los abusos de la memoria*, 2ª Edición, Paidós Ibérica, 2000, Barcelona, trad. de Salazar, Miguel.

Zaffaroni, Eugenio R., *Crímenes de Masa*, 2ª Edición, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

ENTREVISTAS

ENTREVISTA A ÁNGELA LEDESMA*

Lecciones y Ensayos: —*¿Por qué se motivó a estudiar derecho?*

Ángela Ledesma: —Porque desde chica tenía una especie de vocación por socorrer a los que eran más pobres, a los que eran diferentes dentro de la escuela. Me acuerdo que siempre había cierta burla cuando llegaba alguna compañera que tenía el pelo más oscuro o que parecía ser del interior. Entonces, siempre había una mirada ciertamente despectiva. Mis compañeras me decían "defensora de pobres".

En realidad, yo iba a estudiar arte porque dibujaba y pintaba muy bien, había ganado varios concursos. Pero bueno, después terminé optando por seguir derecho. Igualmente, siempre lo primero que estaba en mi camino era dar clases. Ya fuera de arte, de historia o de geografía, pero dar clases. Mi vocación siempre estuvo muy clara con la docencia.

Lecciones y Ensayos: —*¿Hubo algún profesor o profesora que haya marcado trayectoria profesional? ¿Quiénes fueron?*

Ángela Ledesma: —Sí, más de uno. El que me abrió las puertas de esta facultad fue el profesor Carlos Fenochietto, que era titular de cátedra con quien yo rendí derecho procesal civil libre. Era el ogro y el cuco de la facultad: se vestía de oscuro, tenía anteojos oscuros, una persona muy seria, parecía poco amigable. Yo me animé a rendir con él, me fue bien.

Entonces, terminé pocos meses después y me animé a buscar por la guía, en ese entonces, su teléfono y pedir hablar con él. Él me

* Entrevista realizada por miembros del Consejo de Redacción de Lecciones y Ensayos, el 2 de diciembre de 2024. Ángela Ester Ledesma es Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Con relación a su actividad profesional, es Jueza de Cámara Federal de Casación Penal. Es Profesora titular regular de la asignatura "Elementos de Derecho Procesal Civil" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. A nivel de posgrado, es Profesora de las asignaturas "Fundamentos de Derecho Procesal y de Derecho Procesal Penal" y "Garantías del Proceso Penal" en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

recibió en el estudio. Le dije que quería ser ayudante. Me aceptó inmediatamente.

Muchos años después, 15 o 20 años después, le dije, "Doctor, no entiendo por qué usted me abrió esa puerta", yo estaba recién recibida, no sabía nada. "Me inspiraste confianza", dijo.

Llegué aquí. Me acuerdo de que nos reunimos la primera vez acá, en sala de profesores. Esto era la estufa, se usaba como tal. Yo estaba muy nerviosa, me resbalé en el piso y me caí. Hubo una reunión de cátedra en donde eran todos hombres, por supuesto, y todos grandes, todos mayores. Yo aparecí ahí y uno que era juez civil le dijo a Fenochietto: "Charlie, es la primera vez que tenemos una mujer en la cátedra". Él me abrió las puertas y luego me enseñaron procesal Lino Palacio y el grupo de procesalistas penales.

En realidad, fue el que cambió la orientación de mi carrera, porque yo empecé en el proceso civil: escribí sobre proceso civil, di clase siempre sobre proceso civil, y ejercía la profesión haciendo civil. Yo atendía solamente cuestiones civiles. Parecía como que el mundo penal no era para las mujeres, sobre todo en el ejercicio de profesión, era medio peligroso ir a las comisarías nada más. Se concebía el proceso como eso, ¿no? Que, después, en todo el drama de lo judicial los abogados intervenían solamente en la primera etapa un poco, y no quería perder la docencia en una Universidad Nacional.

Yo me fui a vivir a Santiago del Estero después de recibida y allá me agarró la época del proceso militar. Estaba solamente en la Universidad Católica, donde siempre di clases, y la verdad que me abrieron las puertas generosamente, pero, cuando se restableció la democracia, yo quería concursar porque yo ya había concursado acá, ya era jefa de trabajos prácticos aquí, y no quería perder la docencia en una Universidad NacionalYa me había hecho amiga, por el derecho procesal, de profesoras y profesores de Tucumán, con los que habíamos compartido desde el Congreso Nacional de Derecho Procesal que se hizo en Salta en el año 1979. Cuando se abrieron los concursos, no se abrió Procesal Civil, porque el decano normalizador era justamente el titular de Procesal Civil, por lo que eso no se podía tocar.

Se llamó para teoría general y proceso penal. Yo dije, "qué macana", porque yo teoría general daba, y era prácticamente lo que me sabía". Igual, sabía muchísimo el proceso civil, pero la teoría general siempre la manejé muy bien, me gustó mucho. Fenochietto me lo había enseñado, me había enseñado mucha teoría. Me hizo leer todos los clásicos para mi primer

concurso.

Pero, en proceso penal, solamente había escrito un artículo sobre prueba y sabía poco al respecto. Me entusiasmaron tanto que decidí concursar para el cargo de asociado y de titular. Y yo dije, "bueno, me voy a tirar para asociada". Porque das la parte de teoría general y sabía bien esa parte. A último momento me insistieron y terminé tirando doble juego de copias. Creo que el primer día, porque había dos días seguidos para concursar, fue para el cargo de titular. Y bueno, me presenté y, por esas vueltas del destino, me designaron. Ahí el que influyó y, para mí, fue el que volcó mi carrera y lo digo en el libro de homenaje a él, fue el profesor de la Provincia de Córdoba, José Ignacio Cafferata Nores, un gran procesalista penal, muy generoso, porque él también confió en mí. Él sabía mi formación porque me conocía de los congresos y me trataba como con otros profesores. Yo escribía ponencias, siempre trabajaba en los congresos.

Me acuerdo de que, una semana después, recibí en mi casa de Santiago del Estero una caja con libros de procesal penal, me emocionó. Yo tenía muy pocos libros de procesal penal.

En la Universidad de Tucumán, desde la titularidad de cátedra, me tocó enseñar por primera vez la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Nadie nunca la había mencionado en la facultad, ni los abogados la conocían, era la época del despertar de la democracia y de los nuevos derechos.

La Universidad de Tucumán me abrió también las puertas, pero fue Cafferata Nores el que confió a mí en ese momento y hasta el día de hoy sigue siendo un amigo. Ahora estuvo en el Congreso Nacional en Mar de Plata, ya está más grande, pero está muy lúcido, y él siempre me fue apoyando, de alguna manera, en el proceso penal, pero todo el grupo de profesores de proceso penal fue con quienes armamos una red para modificar los programas y los planes de estudio con el restablecimiento de la democracia, porque, en general, era una de las materias que más había que mirar el derecho penal y procesal penal.

Todo el grupo de profesores de proceso penal me ayudó y enseñó mucho en ese camino. La Universidad de Tucumán me abrió las puertas para que yo sea una de las redactoras de la reforma del Código Procesal Penal antes de la intervención federal. Cuando se produce la intervención federal, me vuelven a mandar a mí en representación de la Universidad y había otros profesores tucumanos. Ahí me hice conocida por haber trabajado en el primer Código Procesal Penal acusatorio, que fue el Código de Tucumán

de 1991. Es un código de primera generación, pero para ese momento era todo un *boom*.

Por haber trabajado ahí, me llamaron para trabajar en el Código de la Provincia de Buenos Aires y ahí ya pasé a ser una persona conocida en materia de reformas. Aparte, yo me metía en todas partes. Gracias al grupo de profesores, como asumí la cátedra del año 1986, también vine aquí a acompañar el proyecto de Maier al Congreso de la Nación y estuve metida en todo eso.

Así que bueno, el derecho procesal marcó mi vida académicamente y de ahí otro profesor de procesal hizo que cambiara mi vida profesional también que fue Juan Carlos Gutiérrez, que luego fue ministro de la Corte de la provincia de Buenos Aires, él era secretario de justicia de Duhalde.

Yo lo invité en el año 1992 a cerrar el curso de posgrado que organizaba la Universidad Nacional de Tucumán sobre la reforma procesal penal y le pedí que hable de los derechos humanos y el proceso penal porque él era representante argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Llegó a Tucumán y me dijo delante de otros profesores que hemos ido a buscarlo "Yo a Angelita me la llevo". Empezó con esa broma. Entonces dijo, "Se va como jueza Buenos Aires, se va como jueza federal".

Yo ni idea de venirme a Buenos Aires ni de ser jueza federal. Todo ese día insistió con eso. Esa noche, cuando cenamos, también todos en grupo, él insistió con eso y cuando lo llevamos de vuelta al aeropuerto me lo volvió a decir.

Le pregunté, "¿me lo decís en serio?". Me respondió, "sí." Le dije, "¿por qué confiarías en mí que yo no soy penalista?". "Porque te conozco", me dijo.

Me dijo, "¿vos podrías ir como jueza federal con el nuevo Código Procesal Penal? Porque trabajaste en la reforma procesal. Por eso me interesa que vos puedas trabajar ahí" porque vos trabajaste en la reforma procesal. Por eso me interesa que vos puedas trabajar. Era código mixto, un código que yo combato hoy en día, pero bueno, en ese momento era todo un *boom*, ¿no?

Luego hubo un acontecimiento familiar que motivó que necesitara volver a Buenos Aires y le dije que lo intentáramos. Le di el currículum y nunca más pregunté nada. En el mes de agosto, me enteré por mi hermano que me llamaba por teléfono una mañana temprano, yo en ese momento era abogada del del PAMI, y me dijo, "Estoy leyendo Ámbito Financiero, el Senado te dio el acuerdo", yo me quería morir.

Cuando se produjo la vacante en Casación, decidí concursar y bueno. Lo que quiero decir con toda esta historia es cómo el derecho procesal y la vida académica marcó luego mi vida profesional. Fue todo un cambio, ¿no? La Universidad te abre puertas. Yo llevo mucha gente acá de los cursos a trabajar a tribunales. Es lo que tenemos que hacer los profesores, ¿no? Ser abogados abridores de puertas, sobre todo cuando estamos más grandes. Es nuestra misión.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cómo surgió su interés por trabajar aristas relacionadas con el proceso en derecho, tanto penal como civil?*

Ángela Ledesma: —Los temas de acceso a las justicias fundamentalmente, ¿no? Siempre tuve la sensación de que en el proceso es donde late la justicia.

Entonces, a pesar de que de ahí a veces no sale el mejor producto, lo cierto es que es donde pasa todo, ¿no? En el proceso donde se ventila todo. Además, Fenochietto me hizo leer de entrada *El Proceso* de Kafka, y uno va conociendo esas obras y comienza a entusiasmarse más con el desafío permanente que es el de producir cambios.

Es algo dinámico. El derecho procesal te va mostrando cómo desde el conflicto hasta la solución, por mala que sea, se recorre un camino, se transita un camino, que es el lugar indispensable para la realización de los derechos cuando estos han sido violados con anterioridad.

Entonces, me parece que no es una disciplina menor, como se la suele considerar, donde lo importante es el derecho sustantivo. El derecho procesal parece la niña fea del del proceso.

No nos olvidemos que en materia civil te pueden desapoderar de todos tus bienes, te pueden quitar un hijo, te pueden adjudicar un hijo, te pueden declarar fallido e inhibirte, matarte civilmente por el resto de tu vida, o por un largo tiempo. Así que bueno, todo pasa por el proceso. Eso es esa cosa.

El proceso está ahí siempre, está siempre ahí. El juicio previo del artículo 18. Juicio significa que haya dos partes, no puede haber una sola. Y habla ya de litigio, habla de pugna. Bueno, todo eso a mí me entusiasmó siempre.

También tuve posibilidad de comenzar porque yo estudiaba y trabajaba, porque necesitaba trabajar para poder ayudarme, mis padres me ayudaban en lo que podían, pero no estábamos económicamente en condiciones de que yo me diera el lujo de no trabajar, así que, además, yo sentía que tenía que hacerlo. Trabajé en un estudio con el Dr. Imbrogno, que todavía vive, está muy viejito. Él era un gran litigante y me enseñó mucho derecho

procesal práctico, eso a mí me entusiasmó muchísimo. Me hizo muy bien, me hizo comprender un poco las cosas desde adentro, cómo sufría la gente, sobre todo, y lo que se podía hacer desde el desde el proceso; cómo podíamos llegar a transformar la vida de una persona.

Lecciones y Ensayos: —*Desde su experiencia como docente, ¿cómo aborda las tensiones entre la enseñanza teórica del sistema adversarial y las prácticas judiciales vigentes, y qué estrategias considera necesarias para superar esas discrepancias en la formación de futuros operadores del sistema judicial?*

Ángela Ledesma: —Yo creo que una de las cosas que no tenemos que perder es el optimismo; yo tengo optimismo en el sentido de que creo que son ustedes los que van a transformar el sistema. Entonces, yo deposito todo en la enseñanza de la facultad, toda la esperanza y toda la fuerza, porque estoy convencida de que la transformación se va a producir desde las aulas, se va a producir a partir de las nuevas cabezas de ustedes, que van a pelear con compromiso, sosteniendo posiciones de donde estén, desde donde les toque luchar. Sea ejerciendo profesión, trabajando en el lugar más chiquitito en tribunales, peleándose con su juez, con su fiscal, con su defensor, defensora, jefe tratando de introducir algo, de cambiar algo. Entonces, permanentemente estoy diciéndole esto a los alumnos y a las alumnas que tienen que producir la transformación y que no tienen que claudicar.

Yo enseño permanentemente todo y voy criticando y soy muy crítica de todas las cosas que suceden. Entonces, permanentemente enseño el derecho procesal con una mirada hacia adelante. "Esto debiera ser de esta manera. Esto, así es lo que corresponde constitucionalmente, aunque no se haga y la Corte hizo mal en decir lo que dijo en "Price", aunque sea la Corte". Explico por qué la Corte hizo mal eso y dónde se confundió la corte. Y la Corte tomó una decisión política en el plazo razonable en "Cavallo", no tomó una decisión jurídica. Yo digo las cosas y esa es la forma de explicar, me parece: hablando de la realidad, no podemos quedarnos solamente en teorías. Al principio, cuando recién comencé mi carrera docente, me encantaba hablar de las teorías de lo que habían dicho los clásicos y de introducir latinajos, pero después uno empieza a aprender otra cosa.

Enseñar el nuevo proceso —que no es nada más que el viejo proceso civil, bien litigado— y ahora, encima, pretenden transformarlo a ir al revés, darles más poderes a los jueces, todo al revés, algunos grupos, no todos.

Creo que el nuevo proceso penal, que es el proceso según constitución, es el proceso que tenemos que enseñar todos los días. Yo enseño eso. La vez pasada un juez que asumió hace poco, me dijo, "Yo llegué con todas con todas esas enseñanzas, llegué con todas esas ideas y, después, la realidad...". Bueno, pero no tenés que claudicar, tenés que seguir adelante, tenés que producir un cambio siempre.

Cuando asumí en casación, el doctor David Baigún me visitó al día siguiente, y me dijo, "Vos diferenciate". Y ahí que Carlucci, cuando yo asumí en Santiago el Estero, en el Superior Tribunal, me dijo, "siempre vas a querer encontrar consenso, pero pensá que a vos te van a escoger por tus por tus propios votos". Uno tiene siempre que hacer lo que uno piensa que es correcto, que es lo que corresponde conforme a la Constitución, sin importar demasiado cómo les pueda caer al resto de los compañeros, o al resto del poder judicial.

Entonces, cuando uno enseña el proceso adversarial tiene que enseñarlo teóricamente ubicado dentro de un contexto de una realidad cultural totalmente adversa, porque la cultura y sobre todo la justicia federal, pero sobre todo en el ámbito de Buenos Aires y en el Gran Buenos Aires es espantosa, porque todavía en el interior encontramos más receptividad a la transformación, pero acá no, acá es muy difícil.

Lecciones y Ensayos: —*Usted fue una de las primeras mujeres involucradas en los procesos de reforma de los sistemas de justicia penal en diversas provincias del país ¿Qué obstáculos o desafíos encontró a lo largo de este camino y cómo los superó?*

Ángela Ledesma: —Sí, los tuve y los tenemos todas las mujeres y los hemos vivido.

Las primeras hemos sido la doctora Rita Mill y yo, pero ella se ha dedicado especialmente a la región del nordeste argentino, aunque también tuvo bastante participación en la implementación de la primitiva reforma en los años 1990 aquí. Debo reconocer que, por un lado, siempre tuve el apoyo de los profesores de procesal penal, que me recibieron y me dieron espacio, pero la tuve que pelear, especialmente, con la justicia en cuanto al reconocimiento como mujer. Porque, inclusive hoy, sigo estando bastante sola.

Fíjense, en la justicia nacional y federal, en casación, cuando llegué era había tres juezas y conmigo fuimos cuatro. Ahora estoy sola y, para cuando se abra a cubrir una vacante, se habla de cubrir por una mujer, en vez ser tres mujeres. Debieran ser tres lugares para equiparar, al menos, algo que sucedía hace 22 años y ahora debiera haber mayor paridad.

Es difícil dialogar en el mundo de hombres. Entonces, uno tiene que aprender en los acuerdos, en las reuniones, no sólo en la facultad, sino en las reuniones en tribunales a conducirse. La mujer no tiene que ser ansiosa, tiene que ser serena, no tiene que hablar más fuerte, la mujer debe tener una estrategia para poder entrar al mundo de los hombres.

Yo me empecé a dar cuenta qué era lo que criticaban ellos de las mujeres y a escucharlos y a tratar de hacer todo lo contrario. Entonces, quedarme para hablar última y lo sigo haciendo ahora, nunca levantar la voz, esperar a ver qué piensan.

Ya para ustedes va a ser distinto, pero no fue fácil.

Lecciones y Ensayos: —*Sobre estas reformas, ¿qué desafíos en la implementación del sistema adversarial persisten hasta la actualidad? ¿Qué desafíos nuevos advierte? ¿Cuáles considera que deberían ser los próximos pasos en la implementación del sistema adversarial en la justicia federal?*

Ángela Ledesma: —Yo creo que el principal problema es la cultura; la cultura del trámite, la cultura formalista, el creer que las formas te protegen, que el trámite te protege.

Las formas, obviamente, cumplen una función de garantía, pero eso es en cuanto a las formas más indispensables. Eso quedó muy grabado todavía en la justicia federal. Todavía se sigue trabajando mucho a partir del trámite, y romper con la cultura va a ser lo más difícil. Por eso creo que, en el proceso de implementación, uno de los desafíos principales es la capacitación de los operadores, pero hay que empezar por los jueces. Los jueces tienen que sentarse, hacer un taller, tienen que pararse a dirigir una audiencia adelante de otros, a trabajar como si fuera un alumno más, porque los jueces creen que ya alcanzaron todo y una vez que son jueces y juezas, ya no tienen nada que hacer y no les alcanza ninguna capacitación, no hay capacitación obligatoria que hagan. Entonces, me parece que eso es un desafío fundamental.

Hay muchas cuestiones que se deben atender, pero por su implementación son muy complejos. Se debe atender cuestiones que tienen que ver con los sujetos, con la capacitación de los sujetos, con la formación el nuevo modelo de los sujetos, que tiene que ver con la cantidad de personas que hacen falta y dónde ubicarlas y cómo ubicarlas, porque la distribución tiene que ser totalmente distinta, no sólo de jueces, que es algo que no entienden, sino también de personal, porque ahora nos van a sobrar jueces y juezas en los tribunales orales en algunas jurisdicciones, pero no les gusta ir a trabajar a otra instancia.

Entonces, esto hay que cambiarlo desde la cabeza, desde la comprensión del modelo. Yo a veces me rompo la cabeza con los colegios de jueces y digo, "¿de dónde voy a sacar jueces para cubrir estos lugares que están que donde va a hacer falta?". Y está la resistencia también de que aparezcan otros de afuera que ni siquiera hacen notar que los necesitan.

Entonces, esto genera una disfunción tremenda. Luego pasa con los empleados y los funcionarios, que tienen que cumplir funciones diferentes. Necesitamos más jueces y más juezas y, para eso, necesitamos menos empleadas y empleados y muchos, muchas ya están capacitados ya para ser jueces y juezas, pero están cumpliendo otro tipo de funciones.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cuál considera que es la importancia de la gestión judicial? ¿Cuándo comienza a ser una problemática por abordar en la implementación del sistema adversarial?*

Ángela Ledesma: —Bueno, por un lado, hay dos tipos de gestiones, porque está, por un lado, la gestión administrativa y, por el otro, la gestión judicial.

La gestión administrativa es algo que no se termina de entender y que no se termina de delegar a los funcionarios, porque la gestión judicial y la gestión administrativa no debe mezclarse, que es lo que ha sucedido tradicionalmente donde quien debía cumplir función administrativa cumplía función judicial, aunque firmara otro. Aunque firmara el juez o la jueza y a la inversa también, jueces y juezas entrometiéndose en cuestiones que no les competen. Incluso ahora, en lugar de dejar a la oficina judicial que se encargue de identificar a las partes, los jueces y las juezas le preguntan el número de documento al imputado y otra cosa es que paga la parte, porque la parte es la que puede llegar a negar que sea ese el imputado o la imputada y no el juez o la jueza.

Hay cuestiones que están totalmente tergiversadas. Entonces, hay que pulir bien la gestión administrativa, tiene que haber mucha capacitación para la gestión administrativa, y en la gestión judicial, desde el poder judicial, se debe entender qué significa el macro y el micro *case management*. Los jueces y las juezas debemos manejar las dos cosas. No solamente la dirección del caso, en lo que es la dirección de las audiencias fundamentales del trámite, que son cuatro audiencias fundamentales del trámite, sino que tienen que manejar, también, esto con una idea macro, para lo que tiene que haber planificación desde los desde los colegios de jueces. Nunca se habló de objetivos entre los jueces, nunca nos fijamos objetivos para el año, nunca nos fijamos objetivos para el semestre. Nunca nos fijamos metas de trabajo en

cada año. Entonces, hemos tenido que inaugurar esto de que había que rendir cuentas, por ejemplo, y que había que planificar algo para para el tiempo que venía. Cuesta muchísimo y me parece que las dos cuestiones se enancan porque la gestión judicial, con esta doble mirada desde los colegios de jueces, debe estar en íntima conexión con ella a través de quienes estén a cargo de la gestión administrativa, en coordinación. Esto es algo que todavía no se logra porque en la justicia federal se sigue pensando que las oficinas judiciales dependen de las juezas. Las oficinas judiciales son autónomas. No dependen de los jueces y de los jueces. Entonces, pueden estar dentro del ámbito jurisdiccional de una cámara determinada, pero eso significa que el presidente o la presidenta de la cámara mande a la oficina judicial.

Por eso, volvemos a la capacitación y a la formación, que tienen que estar en cabeza de todos y de todas, sin importar la jerarquía.

Lecciones y Ensayos: —*Uno de los elementos centrales del sistema adversarial es la oralidad. ¿Cree que se podría transpolar este elemento al proceso civil? ¿Cuáles son las resistencias por parte de los actores judiciales que encuentra en su incorporación en el derecho procesal civil y el derecho procesal penal?*

Ángela Ledesma: —Sí, totalmente, y ya hace muchos años que tenemos vigente la audiencia del artículo 360, que es una audiencia fundamental, porque es una audiencia totalmente equiparable a la del control de la acusación.

Más allá de ello, nosotros, hace fácil 20 años, hicimos una encuesta desde mi cátedra que dio como resultado que en general no se hacía esta audiencia. Cuando se enteraron en la Cámara Civil, les tiraron de las orejas. Más allá del plan piloto que puso en funcionamiento, por ejemplo, la Cámara Civil acá, siguen siendo la mayoría de los jueces y de las juezas los que no hacen las audiencias. Sabemos quiénes toman las audiencias y quiénes no toman las audiencias y la diferencia que hay entre unas y otras, porque lo que pasa es que no terminan de comprender que con la oralidad van a tener menos casos, van a resolver más pronto. Se va a acabar la congestión, pero claro, tengo que poner el cuerpo un tiempo hasta poner esto en orden y, después, tengo que dedicarme horas a estar en la sala de audiencias. Entonces, lamentablemente después de la pandemia hay muchas juezas y jueces que trabajan desde su casa y hacen las audiencias por su cuenta.

Esto no es siempre garantía, esto no es siempre útil y no puede ser que el juez o la jueza no vaya a su despacho, que no tenga la inmediatez real con los patrocinantes.

Yo estoy convencida de que la oralidad es fundamental y es decisiva bien hecha, no lo que se llama la oralidad actuada, no la reproducción de lo que pasó antes.

Como enseñaba el profesor Maier, otro gran maestro del proceso penal, cada juez resuelve por el contenido de su propia audiencia. Entonces, tenés que estar en tu audiencia y tener la inmediación.

Esto no se entiende, no se entiende los niveles más altos del poder judicial, lo que significa tener inmediación con las partes, tener inmediación con los testigos, tener inmediación con los hechos en sentido concreto con la reproducción de los hechos, con todos los instrumentos.

La resistencia es tremenda todavía en civil, es muy grande en materia civil, pero tenemos grandes jueces que antes de la experiencia piloto de la Cámara vienen cumpliendo con la ley y están haciendo audiencias.

Lecciones y Ensayos: —*¿Estima que su interés en el proceso civil y la oralidad guarda relación con la necesidad de reorientar conflictos que, con frecuencia, son impropiamente absorbidos por el sistema penal?*

Ángela Ledesma: —Por un lado, yo creo que no existe el abismo que tradicionalmente se creyó entre el proceso civil y el proceso penal. Están mucho más cerca de lo que cualquiera podría pensar, y sobre todo con el nuevo proceso penal. Hay que tener más diálogo entre ambas disciplinas, porque esto enriquece. Lo estamos viendo nosotros en nuestra carrera de especialización en sistemas procesales orales, donde, si bien tenemos poca gente de civil, se enriquecen mutuamente cuando trabajan en aulas virtuales trabajando en común los casos.

La única forma de reducir el sistema penal es con menor penalización, contrariamente a lo que creen a veces los políticos o lo que le hacen creer a la ciudadanía. El proceso y las soluciones civiles alternativas podrían absorber una gran cantidad de casos. No solo los procesos composicionales en general, sino que yo creo que todo el proceso penal debiera caminar en términos de resocialización. Hay que evitar la repetición, esto que permanentemente nos manda la Corte Interamericana; el deber de repetición. Los hechos siempre se repiten, porque las condenas que hace a la Argentina son siempre por las mismas cuestiones, debiéramos trabajar mucho más la justicia restaurativa.

Este me parece que es un camino de ida y que van a quedar para el proceso penal adversarial sólo determinadas categorías de casos a los que tenemos que ponerle toda la energía y todas las fuerzas.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cuál es su visión sobre las reglas de evidencia —o la falta de ellas— en los diseños acusatorios de Argentina, y cómo evalúa la necesidad de contar con regulaciones que acompañen de manera adecuada el proceso transformativo y de implementación del sistema de justicia penal adversarial?*

Ángela Ledesma: —Con relación a las reglas de evidencia, creo que todavía no se tomó conciencia en Argentina sobre esta cuestión. Recién están apareciendo las primeras reflexiones, los primeros trabajos, las primeras tesis, nosotros mismos acabamos de presentar un DeCYT sobre este tema, por suerte la facultad tuvo la generosidad de aprobárnoslo.

No se ha tomado conciencia dentro de la justicia, porque si nosotros miramos el sistema del *common law*, vamos a ver que no existe un Poder Legislativo sancionando reglas de evidencia, sino que vamos a mirar a Canadá y vamos a encontrar el caso ARP, vamos a mirar en Estados Unidos y vamos a encontrar el caso Dover.

Las reglas de evidencia surgen, en gran parte, de los precedentes, de las decisiones de los propios tribunales y, en ese sentido, yo creo que no solamente la Corte, sino el tribunal que yo integro y la otra cámara de casación debiéramos trabajar en reglas de evidencia y debiéramos ser nosotros los que a partir de los casos trabajemos las reglas de evidencia. Una litigación adversarial fuerte nos llevaría esto, pero hoy todavía no la tenemos. La litigación adversarial que nos viene llegando es muy débil. En las provincias no he visto todavía, vamos a ver qué resulta de la investigación, pero no he visto todavía fallos añeros en este sentido, aunque ya hay algunas reglas dentro de los nuevos códigos procesales penales. El nuevo Código Procesal Penal Federal es muy flojito en esto. Le falta mucho todavía, es bastante insuficiente. Creemos que, si se trabaja bien la audiencia de control de la acusación, el tema se va a poner al desnudo, como se debiera poner al desnudo en el proceso civil si funcionara bien la audiencia del 360. Porque decía que todo el mundo se quiere sacar encima en 10 minutos la audiencia del 360 y a nadie le importa la discusión sobre la pertinencia o admisibilidad de prueba.

Creo que es un tema nuevo para nosotros y que tenemos que trabajar mucho y que es muy, pero muy, importante, porque nos va a evitar que los procesos se elonguen y nos va a permitir buscar dentro de un plazo razonable.

Yo creo que tiene dos vertientes: tiene una vertiente que es deficiencia, que tiene que ver con la cantidad de casos que llegan al sistema, y vuelvo

al tema del *case management*, la cantidad de casos que puede atender el sistema y que debe atender el sistema; y, por otro lado, tiene que ver con el tiempo del proceso, tiene que ver con las garantías del proceso. Así que es un tema esencial para nosotros.

No estoy tan segura de que estemos en condiciones de producir ninguna reforma legislativa en este momento. Creo que tenemos que capacitarnos un poquito más y que tendrían que empezar a aparecer algunos fallos que vayan marcando el camino, a partir de los cuales se pongan de manifiesto los problemas en sentido concreto y las respuestas, las soluciones, para que de ahí recién surja una regulación normativa por parte del Congreso. No estoy tan segura de que el Congreso esté en este momento en condiciones de hacerlo.

Recién estamos dando, incluso entre nosotros, las discusiones académicas. Todavía, en esta facultad, hay muy pocas discusiones en ese sentido, muy pocas. Este año, entre las tesis doctorales, hubo una sola que trató el tema, pero salió por otro lado, finalmente salió por la *probation*. Trabajó este tema y no fue el corazón de la tesis.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cómo considera que se deberían gestionar los intereses en el proceso penal? En especial, ¿cuál considera que es el rol de la víctima en el proceso penal? ¿Cómo gestiona usted esos intereses en los conflictos que resuelve?*

Ángela Ledesma: —Bueno, es un tema de actualidad, y es un tema, también, complicado, porque creo que la víctima ha sido olvidada y pareciera que en una primera etapa del proceso de reforma solamente mirábamos al imputado y no mirábamos a la víctima, pero en realidad cuando estábamos tratando de hacer un proceso, un debido proceso en términos de acceso a la justicia, también tenía que ser mirando a la víctima y en favor de la víctima.

Lo que pasa es que acá hay una gran discusión entre nosotros, donde yo creo que a la víctima hay que garantizarle el acceso a la justicia, el derecho a la verdad, el derecho a la investigación, a la participación en todas las etapas del proceso.

Nosotros retrotraemos las actuaciones, anulamos y reenviamos cuando no se ha dado intervención a la víctima en las instancias anteriores, le damos intervención a la víctima desde el tribunal que yo integro. A su vez, yo sigo la letra del artículo 8.2 inciso h de la convención y creo que la víctima no tiene todos los derechos durante el proceso y por eso hay que hacerla participar siempre y oírla siempre. Aún durante la ejecución creo

que no tiene derecho al recurso porque el Estado tiene una sola chance para perseguir. Entonces, por eso tenemos que pulir esa chance, para que se haga la mejor manera posible, ¿no? Porque si no trabajamos y fortalecemos las investigaciones y la capacitación de los acusadores y acusadoras, esto va a funcionar mal.

Creo que hay que gestionar los interesas a la par durante todo el proceso. Es un tema delicado, porque como se trabaja tan mal, no se hacen los juicios como se tienen que hacer y esto se dificulta. Es difícil en la vida diaria, es difícil en la práctica.

Me tocó firmar hace unos días una sentencia en un caso horrible, donde dos chiquitos murieron aplastados por un árbol en el sur y bueno, venían absueltos los imputados, que eran los guardaparques, y los encargados de la administración de bosques encargados de controlar el estado de los árboles. Yo mantuve la absolución y mis colegas condenaron. Y ahora el caso va a ir a la Corte, es un caso horrible, porque uno ve el caso, ve los chiquitos y quieres matar a alguien, pero no tenés que matar a cualquiera, no das satisfacción matando a cualquiera.

En estos casos, la mayor parte de las pericias por lo menos ponían la duda si el árbol se podía caer o no, lo que era indeterminable.

Yo pienso en lo que pasó el año pasado en esta época a la vuelta de mi casa, cuando se cayeron dos árboles y aplastaron totalmente tres autos. En ese momento no había nadie en los autos, estaban estacionados en la vereda, pero, si hubiera habido alguien, hubiera muerto, entonces, ¿qué hubiera pasado aquí en la ciudad? ¿Qué pasaría con las autoridades del gobierno de la ciudad?

Ahora, en el sur, los guardaparques están enfurecidos contra la sentencia, y las víctimas, contentas. Esto es una tensión permanente. Es muy difícil encontrar un punto de equilibrio, pero no se encuentra condenando a cualquiera, sino al condenar al verdadero culpable. A veces, en este tipo de casos es difícil, también. Porque hay una duda que se genera por el factor propio de la naturaleza.

Lecciones y Ensayos: —*¿Qué opinión le merece las tensiones entre la eficacia y garantía en casos complejos como los crímenes contra humanidad, terrorismo y crimen organizado? ¿Cómo cree que influyen las estructuras organizacionales en ese tipo de procesos?*

Ángela Ledesma: —Es una pregunta muy interesante y también de difícil respuesta. En nuestra especialización tenemos una materia para la rama procesal penal que justamente es procesos complejos y bueno, es

muy difícil el equilibrio porque la tensión es permanente. Ahí podríamos diferenciar también en los tres supuestos.

Lo común, por lo menos para dos de esos supuestos —crímenes de lesa humanidad y terrorismo— y para terrorismo son los bienes que están en juego y los efectos de la decisión, cómo repercuten en la sociedad y cómo construyen ciudadanía, cómo construyen estado de derecho. El proceso, luego, puede ser complejo, aunque puede ser criminalidad organizada y puede a lo mejor no producir la misma afectación. Habría que verlo, ¿cierto?

También, los podríamos diferenciar en los modos de abordaje, pero en general yo creo que lo que necesitamos es fortalecer las investigaciones, fortalecer la capacitación de las investigaciones. Tenemos que avanzar mucho más en los acuerdos de cooperación, que no están funcionando todavía y, quizás, debiéramos tener más acuerdos de cooperación. Si nosotros miramos a Europa, vamos a encontrar acuerdos de cooperación como el acuerdo de *Jeffer*, en el que hay un intercambio de información permanente. Nosotros no sólo no tenemos acuerdos con fuertes intercambios de información en toda la región del continente sudamericano, sino que no los tenemos entre las provincias. Yo siempre estuve en contra de la desfederalización sólo por este motivo, porque no existe conexión entre las provincias. Entonces, si no existe cooperación, menos existe cooperación en este tipo de caso.

Cuando hablamos de un caso de terrorismo, trasciende nuestras fronteras y, entonces, habría que pensar mucho en el marco jurídico. Argentina me parece que tiene que trabajar mucho más en fomentar la cooperación y la capacitación para trabajar este tipo de casos.

Esto no significa diluir el debido proceso, pero en todo este tipo de casos, los jueces y las juezas tenemos que hacer un fuerte equilibrio al ponderar los intereses que están en juego, porque no es lo mismo tomar una decisión en un caso que en otro si tenemos en cuenta los efectos que esa decisión produce en la sociedad.

En materia de lesa humanidad, el derecho internacional de los derechos humanos es fundamental. Aún sin legislación, a nosotros nos ha permitido juzgar en la Argentina desde el juicio de las Juntas y hasta los fallos como Simón, dictados por la Corte Suprema de Justicia.

Hace falta capacitación, fortalecimiento de los equipos de investigación y medios suficientes, porque en general no hay medios suficientes para investigar. Nosotros hemos tenido acá casos graves en los que ha sido una vergüenza la investigación. Bueno, yo creo que es una gran deuda de

Argentina y es una gran deuda del propio proceso penal, pero parece que la deuda del Estado es muy fuerte.

Después, en los procesos de terrorismo, hay otros problemas que aparecen, por ejemplo, muy al desnudo en el caso AMIA en mi voto en disidencia, que es la influencia del poder político. Ahí, se puede ver cómo la influencia del poder político y de órganos estatales frustra una investigación, porque frustra una línea de investigación

La estructura de la organización influye muchísimo, por eso esto de que nosotros utilicemos la expresión de Alberto Binder, "la organización por sendas", la organización cerrada como en jaulas. Entonces, el fiscal y la fiscal están en su propia fiscalía, y los jueces y las juezas están en su propio ámbito. Esta falta de flexibilización organizativa, esta falta de unidades de investigación, esta contradicción entre las propias unidades existentes —porque tenemos casos donde el fiscal o la fiscal desisten del caso— no lo llevan adelante y lo lleva adelante la fiscalía de investigaciones administrativas, o viceversa. ¿Y quién es el que se encuentra en mejores condiciones? Entonces, bueno, creo que hacia dentro de la acusación hay bastante para trabajar.

Nosotros hemos trabajado en el año 2000, salió incluso un libro publicado de la procuración, donde hemos trabajado en un proyecto de investigación con el profesor Binder y con otros profesores sobre este tema, y muchas de las cosas que dijimos en aquel momento, hoy en día, no se han hecho, pasaron al olvido. Cabría mucho para charlar.

En la criminalidad organizada, el Estado es sorprendido porque no está preparado, y no puede ser que no estemos preparados. Nosotros no tenemos solo un convenio como el de *Jeffer*, no tenemos convenio como el de *Budapest*. Con el tema de los delitos informáticos, estamos muy desprotegidos a nivel regional como país, como para todos estos temas supranacionales.

Sí, es mucho para trabajar en términos de política criminal. En eso lo tienen que exprimir bien a Binder.

Lecciones y Ensayos: —*¿Qué deudas quedan pendientes en pos de la democratización del sistema de justicia?*

Ángela Ledesma: —Quedan muchas deudas pendientes. Yo creo que el sistema de justicia no funciona como una isla, sino que está dentro de una sociedad y es la caja de resonancia de lo que está pasando, también, en la sociedad.

Nos falta mucha construcción de ciudadanía, mucho más manejo en la ciudadanía de sus derechos y de construcción y de reconocimiento de

los valores del Estado de derecho para que esto se proyecte dentro de la justicia.

Desde la justicia, yo creo que falta mucho más compromiso por un trabajo institucional, un trabajo en conjunto. Cada una y cada uno está trabajando muy a partir de lo que tiene que hacer en su papel y no tiene una mirada macro. Hace falta una mirada desde los objetivos, desde las metas que se van a fijar.

También nos está faltando establecer, desde afuera, organismos observadores que midan la labor de la justicia. Procurar mecanismos de transparencia de la justicia desde adentro hacia afuera, y desde afuera hacia dentro. Un observatorio permanente.

Sí es cierto que hemos avanzado mucho en los últimos 25 años con el fortalecimiento de las ONGs, pero, de todas maneras, si miramos los documentos, estamos otra vez en la misma discusión. Volvemos a la misma discusión fundacional de cuáles son las deudas de la justicia en un Estado democrático y republicano de derecho.

Me parece que la falta de transparencia, de estructuras rígidas, de formación adecuada y de un verdadero compromiso de los jueces y de las juezas con la función más allá que con el número. A veces creen que con las reglas es suficiente, y que las reglas han sido elaboradas para otro tipo de disciplinas; como si esto fuera una cuestión de números y no de calidad. De calidad y del valor social de la decisión que adoptamos, del impacto social de la decisión que adoptamos.

Son muchas cosas sobre las que hay que seguir trabajando y me parece que las deudas de la justicia y las de la justicia federal —aún mayores, porque en algunas provincias la Patagonia se ha avanzado bastante— está mucho más al descubierto cuando hay problemas, pero acá todavía hay mucho encubrimiento. La prensa ayuda a encubrir, porque a veces eso vende. Salvo algunos penalistas, por supuesto, muy críticos de la justicia en general, pareciera como que muestran como grandes resultados, cosas que son ficciones, que no son el mejor resultado, y la garantía de la repetición va un poco a lo mismo. Porque siempre pasa lo mismo.

Lecciones y Ensayos: —*¿Qué consejo le daría a un/una estudiante que está dando sus primeros pasos en el mundo del Derecho? ¿Y específicamente a los nuevos y nuevas penalistas?*

Ángela Ledesma: —Que tengan mucho coraje, que tengan mucha fuerza, que no pierdan el entusiasmo, que sigan peleando, que sepan que todos los días hay que levantarse sabiendo que hay que trabajar y hay que

estudiar y no hay que dejar de estudiar ni de capacitarse nunca, y que hay que trabajar mucho.

En mi experiencia todo se puede conseguir desde abajo, pero trabajando y esforzándose muchísimo. Y nunca se termina.

Volviendo al tema de las mujeres, siempre tenemos que demostrar que podemos, que todavía podemos. Todavía tenemos que mostrar que podemos destruir todo este aparato infernal de la justicia tradicional. A pesar de lo que se van a encontrar con las policías, de lo que se van a encontrar dentro de tribunales, que es mucho peor de lo que se conoce. Estando adentro, es mucho peor. Las cosas que pasan son terribles.

Lecciones y Ensayos: —*¿Qué libro le gustaría recomendarnos?*

Ángela Ledesma: —Yo les puedo recomendar de las primeras cosas que yo leí, porque siguen teniendo vigencia.

La verdad de las formas jurídicas de Michel Foucault, que son cuatro conferencias imperdibles. Me parece que es un libro que no hay que perder la vista si queremos impactarnos.

Para ver cómo sigue funcionando el proceso mixto para tener más ganas de matarlo y de hacer algo en contra, hay que volver a leer *El Proceso* de Kafka.

Después, tenemos que animarnos, a enfrentar el desafío de la inteligencia artificial, ¿no? Entonces, me dirá hasta dónde nos puede ayudar y dónde tenemos que poner algunos límites, también, en el entusiasmo por aceptarla, y por tomar todo lo que nos ayuda, ¿no? Yo tengo muchas ganas de ir incorporando cosas, pero bueno, también sin perder el ser humano, ¿no? Porque en el centro siempre está la dignidad del hombre.

No hay que perder las fuerzas, no hay que perder las ganas, a pesar de que todo te va a salir mal al principio. Sobre todo, te vas a desilusionar. Hasta que alguien diga, "uy, dijo algo interesante", hasta que alguien confíe y hasta que alguien te haga un pequeño espacio. Hasta que te den un sí en un planteo que hiciste. Bueno, vas a hacer 100 y te vas a hacer lugar en uno.

Lecciones y Ensayos: —*¿Hay alguna pregunta que le hubiera gustado que le hiciéramos y que no lo hicimos?*

Ángela Ledesma: —No, yo creo que faltaría un poco sobre las mujeres: el juzgar con perspectiva de género y el reconocimiento a estas cuestiones. Pero me parece que quedó implícito en lo que fuimos viendo. También fue todo un aprendizaje en estos años porque mi generación ha venido recorriendo un camino en estos últimos 35 o 40 años en el que, aunque no

parezca, se han modificado muchas cosas, y son un poquito mejor de lo que eran, aunque nos falte en muchísimas.

Hubiéramos querido llegar a esta altura con cambios más grandes.

Lecciones y Ensayos: —*Muchísimas gracias, ha sido un placer.*

ENTREVISTA A MARIO J. A. OYARZÁBAL*

Lecciones y Ensayos: —*Cuando comenzó sus estudios de grado de Derecho, ¿tenía claro que su interés estaba en ingresar al Servicio Exterior? ¿Qué conocimientos y habilidades adquiridas en la formación jurídica considera que le fueron más útiles para desempeñarse posteriormente en la diplomacia?*

Mario Oyarzábal: —En verdad mi interés en ser diplomático precedió al de ser abogado. Desde la escuela secundaria me interesó la historia—la historia universal en general y de las relaciones internacionales en particular. Ese interés en las relaciones internacionales derivó en el de ser diplomático. En aquel momento no estaban claras, por lo menos para mí, cuáles eran las alternativas laborales de un historiador o de un especialista en relaciones internacionales, que no fueran la academia —que no me interesaba como profesión a tiempo completo— o la diplomacia.

Mi introducción al derecho fue más bien por la necesidad de encontrar una salida laboral en el caso de que no fuera admitido al Servicio Exterior de la Nación que posee un concurso de selección muy riguroso. La carrera de abogacía me despertó poco interés en un principio, hasta que cursé derecho internacional. Y ello quizás no sea sorprendente dada la vinculación del derecho internacional con las relaciones internacionales y con la historia. Es que, como dijo Max Gutzwiller: "en derecho internacional la

* Entrevista realizada por miembros del Consejo de Redacción de Lecciones y Ensayos, el 21 de noviembre de 2024. Mario Javier Agustín Oyarzábal es abogado (UNLP) y Master en Leyes (Universidad de Harvard). Es Embajador de carrera. Es Embajador de la República Argentina ante el Reino de los Países Bajos y Representante Permanente ante la OPAQ, CIJ, CPA, CPI, HCCH y CFC. Representó al país en misiones internacionales ante ONU, OCDE, OEA, OMI, CBI, ISBA, UNCITRAL y UNIDROIT. Es miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y Miembro asociado del *Institut de Droit international.* Fue Consejero Legal de la Cancillería y agente y asesor jurídico de la República en diversos casos ante la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

historia es todo". Es ahí que encontré mi "nicho": quería ser diplomático *y* jurista. Cuando ingresé al Servicio Exterior ya venía haciendo algún trabajo académico en materia de derecho internacional (tanto público como privado), y la carrera diplomática me permitió desarrollarme y ejercer como abogado en el marco de la función pública, a la vez que continuar parcialmente con la actividad académica.

En retrospectiva, creo que la formación jurídica me sirvió para ser mejor diplomático, más allá de la especialización que posteriormente tomó mi profesión. La carrera de abogacía te enseña una manera de abordar los problemas y de solucionarlos que en el caso de la carrera diplomática sirve mucho. Para mí han sido fundamentales las herramientas que me dio la carrera de abogacía en el ejercicio de la diplomacia.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cómo se conjuga el ejercicio de la función de diplomático argentino con su rol como jurista internacional? ¿En qué medida considera que una de estas facetas influye en la otra?*

Mario Oyarzábal: —Diría que muchísimo. Por supuesto que se puede ser diplomático sin ser un jurista internacional y también se puede ser un jurista internacional sin ser diplomático. Hay muchos colegas en la carrera diplomática que no son abogados, que se dedican calificadamente y con mucha efectividad a otras de las muchas funciones que realiza el Servicio Exterior argentino —como son las tareas de asistencia a argentinos en el exterior, el relacionamiento político, o la promoción comercial y cultural.

También se puede ser un jurista internacional sin ser diplomático. Hay una cantidad de abogados que se dedican a asesorar o trabajar en organizaciones internacionales, en ONGs, representando Estados, etc.

El derecho internacional se basa fundamentalmente en la voluntad de los Estados. Las normas internacionales contenidas en los tratados y que se establecen como una costumbre internacional surgen de la práctica estatal y lo que los Estados consideran que constituye una norma jurídica. Desde esa perspectiva, trabajar para el Estado como diplomático, viendo cuáles son y cómo se conjugan los intereses del Estado con los intereses de otros Estados en el escenario internacional, me ha permitido tener una visión más práctica respecto de cómo el derecho internacional opera.

Al mismo tiempo el derecho internacional es el resultado de principios, valores y prácticas que van más allá de la participación del Estado argentino. Haber estudiado, enseñado y escrito sobre derecho internacional, en el plano académico, me permite tener una visión más amplia a la hora de utilizarlo en mi función diplomática—de asesorar al Poder Ejecutivo

acerca de las conductas que podrían contravenir el derecho internacional, y cuáles son las alternativas legales para llevar adelante los objetivos de política exterior, con fundamentos no solo prácticos sino también teóricos sólidos.

En la República Argentina, el derecho internacional forma parte de su ordenamiento jurídico interno por imperio de la Constitución Nacional, y el Poder Ejecutivo tiene la obligación de enmarcar las acciones de política exterior en el derecho internacional. En este marco, contar con abogados que sean capaces de brindar un asesoramiento sólido al Canciller, y por añadidura al Presidente de la Nación, que es quien conduce las relaciones exteriores, resulta indispensable para que las decisiones que se adopten se ajusten a la legalidad internacional y respeten los compromisos asumidos por nuestro país.

Lecciones y Ensayos: *—¿Cómo suele ser la dinámica de ser Embajador ante los Países Bajos con ser representante de Argentina ante tribunales internacionales, además de ser miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas?*

Mario Oyarzábal: —Las dos primeras funciones, de Embajador y de Representante Permanente, vienen de la mano. La Embajada de la República Argentina ante el Reino de los Países Bajos es una embajada distinta a la mayoría de las embajadas argentinas, ya que es a la vez "bilateral" y "multilateral". Por un lado, yo represento a la Argentina ante el Reino (su Gobierno, las empresas radicadas allí y otros actores neerlandeses) y, al mismo tiempo, los embajadores en Países Bajos, salvo excepciones, representamos también a nuestros países ante los organismos internacionales y los tribunales que se encuentran en La Haya y Ámsterdam.

Se trata de dinámicas distintas. La función bilateral se vincula con el relacionamiento político, la promoción de las exportaciones y de las inversiones, la promoción cultural, y la provisión de servicios consulares, entre otros. Salvo excepciones, no involucra actividades jurídicas, y permite bastante creatividad a la hora de establecer una agenda propia de promoción de los intereses argentinos, dentro de los lineamientos de política exterior que establece el Poder Ejecutivo.

La dinámica con los organismos internacionales es diferente. Argentina es miembro de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ), de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) y del Fondo Común de Productos Básicos (CFC). Su agenda es el resultado del trabajo

mancomunado y el consenso de los Estados que son miembros de la organización internacional respectiva. La agenda de las organizaciones internacionales tiene cierta inercia y los intereses e iniciativas que Argentina busque promover deben conciliarse y ser aceptables para los otros países que integran la organización y que también tienen sus propios intereses e iniciativas.

Finalmente, el trabajo que realizamos ante los tribunales internacionales, donde la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y la Corte Penal Internacional (CPI) son las más universales, consiste en dar seguimiento a sus actividades informando a la Cancillería sobre sus decisiones y otros acontecimientos que puedan ser relevantes, sin intervenir —salvo que el país tenga un procedimiento incoado ante la CIJ o una situación abierta o respecto de la cual haya hecho una remisión a la CPI— y menos aún interferir con la independencia judicial de que gozan. En el caso de la Corte Penal Internacional, que posee naturaleza híbrida de tribunal y de organismo internacional, la Embajada participa y contribuye a la tarea de gobernanza que compete a la Asamblea de Estados parte del Estatuto de Roma, como son la adopción de su presupuesto, facilitar la cooperación internacional y garantizar la asistencia a las víctimas. En ambos casos de la CIJ y de la CPI, los diplomáticos que somos juristas internacionales estamos en una mejor condición de recabar información y hacer un análisis *in situ* que pueda ser de utilidad a la Consejería Legal de la Cancillería para su propia evaluación del tema, así como para las autoridades políticas del Ministerio.

En definitiva, ambas funciones —tanto la bilateral como la multilateral— son de representación del Estado argentino, de acuerdo con las instrucciones que recibo de Cancillería, y son solo parcialmente jurídicas.

En cambio, mi función en la Comisión de Derecho Internacional (CDI) es jurídica por naturaleza y allí actuó en capacidad estrictamente personal y de manera independiente sin representar ni recibir instrucciones del Gobierno argentino. La CDI es un órgano subsidiario de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la participación de sus miembros es en carácter de expertos más allá de la función diplomática, académica, judicial o de otro tipo que desempeñen fuera de la Comisión.

Naturalmente que conciliar todas esas funciones no está exenta de desafíos prácticos, ya que todas requieren mi atención. Las reuniones y agendas de las organizaciones internacionales están bastante predeterminadas, lo que deja menos margen de maniobra. En cambio, la agenda bilateral suele ser más fácil de armar y acomodar. Asimismo, para las sesiones de la

CDI debo viajar a Ginebra y sin perjuicio de que las funciones de Embajador son desempeñadas durante ese periodo por el Encargado de Negocios, muchas veces debo estar atento y ocuparme de asuntos diplomáticos a la distancia o aun regresar a La Haya si la importancia o la urgencia del tema lo requieren.

Lecciones y Ensayos: —*Como miembro actual de la Comisión de Derecho Internacional, ¿cuál considera que ha sido su legado más importante, y qué temas cree que deberían ocupar la agenda en el futuro cercano?*

Mario Oyarzábal: —La Comisión de Derecho Internacional ha contribuido de una manera significativa al desarrollo de algunos de los instrumentos que constituyen los pilares del derecho internacional y de la estructura institucional contemporáneos. Pensemos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y sobre Relaciones Consulares, los Artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Estos instrumentos —con excepción de los Artículos sobre responsabilidad internacional que no constituyen un instrumento jurídicamente vinculante— fueron negociados sobre la base de proyectos elaborados por la CDI, y aun cuando sufrieron importantes y muchas veces positivas modificaciones por parte de las respectivas conferencias codificadoras, el legado de la CDI en innegable. Por su parte, los Artículos sobre responsabilidad internacional han ejercido una influencia notable en el desarrollo de las normas consuetudinarias en la materia.

Habiendo contribuido al desarrollo del andamiaje del derecho internacional tal como lo conocemos, la Comisión ha pasado a ocuparse también de temas y cuestiones menos clásicos y más especializados que son igualmente importantes y donde la comunidad internacional posee un interés en el desarrollo progresivo y la codificación de las normas de derecho internacional que puedan ser aplicables. Pensemos en la elevación del nivel del mar y el derecho internacional, donde la CDI viene realizando un trabajo de gran valor en una cuestión de gran importancia para todos los Estados, cuando no existencial en el corto y mediano plazo para algunos Estados especialmente afectados como son los Estados insulares del Caribe y del océano Pacífico. Pensemos también en otro tema que fue recientemente incluido al programa de la Comisión como es el de los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes, que es una modalidad cada vez más utilizadas por los Estados y sus agencias para relacionarse internacionalmente.

Creo que la Comisión no debe ser tímida en abrazar temas nuevos, como podría ser por ejemplo la inteligencia artificial y el derecho internacional, pero sin abandonar el abordaje de los temas clásicos que no se hallan agotados y que tienen el valor agregado de aportar coherencia al sistema, como son por ejemplo la función de los tribunales o de la doctrina, es decir, de los medios subsidiarios en la formación del derecho internacional (tema que se encuentra actualmente en la agenda de la Comisión).

Lo importante es que se cumplan los criterios que la CDI tiene establecidos para tratar un tema, que son que exista una necesidad de la comunidad internacional, que el tema sea claramente delimitable, y que haya suficiente práctica estatal para permitir su desarrollo progresivo y su codificación. También que el tema no esté siendo abordado en otro foro adecuado para evitar la duplicación de labores.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cuál es la percepción de la Comisión de Derecho internacional acerca de la aplicabilidad práctica de los documentos aprobados por la Comisión?*

Mario Oyarzábal: —Es difícil generalizar. Hay quienes consideran que la etapa de oro de la codificación internacional pasó y que la Comisión debe adaptarse a los nuevos desafíos y abrazar los temas nuevos y más especializados que preocupan a la comunidad internacional, así como las nuevas formas *soft* de codificación internacional que ha predominado en las últimas décadas (principios, guías prácticas, cláusulas modelo, etc., en vez de tratados). Hay quienes consideran que la CDI no ha sabido adaptarse con la velocidad requerida y se ha venido ocupando de temas de dudosa relevancia o interés para los Estados; aun cuando el interés que genera, por ejemplo, la labor de la Comisión en materia de elevación del nivel del mar o de la inmunidad de los funcionarios gubernamentales de la jurisdicción penal extranjera —por citar solamente temas en la actual agenda de la Comisión— parecen desmentir esa afirmación.

Por otro lado, la renuencia de la Asamblea General en concluir tratados sobre la base de los proyectos de la CDI por lo menos en las últimas dos décadas ha llevado a que se afirmara que los Estados no valoran suficientemente el trabajo que la CDI realiza. En cualquier caso, la reciente decisión de 2024 de la Asamblea General de negociar instrumentos jurídicamente vinculantes sobre la base de los proyectos de Artículos de la CDI sobre crímenes contra la humanidad y sobre protección de personas en casos de desastre, indicarían un cambio de tendencia.

Aunque podría haber algo verdad en ambas críticas, la realidad parece más compleja. La elección de los temas de la CDI son el resultado de un proceso de consulta entre la CDI y delegaciones representadas en la Sexta Comisión de la Asamblea General; y la aludida renuencia de la Asamblea en concluir tratados se debe al menos parcialmente a la fatiga general que se evidencia en los diversos foros por este tipo de codificación, por las dificultades y el tiempo que lleva la negociación de tratados y el tiempo que lleva alcanzar el número de ratificaciones para su entrada en vigor.

Tales críticas también tienden a subestimar el impacto que tienen los proyectos de la CDI, tanto los que están destinados a constituir un tratado como los que no. Piénsese por ejemplo en los Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos que, a pesar de que más de 20 años después de su adopción por la CDI aún se discute si la Asamblea General debería negociar un tratado sobre la base de aquellos, han ejercido una influencia enorme en el desarrollo de las normas de derecho internacional consuetudinario en la materia.

Similar afirmación puede hacerse de muchos de los instrumentos no vinculantes desarrollados por la CDI en los últimos años, que han demostrado ser de enorme utilidad para los Estados en el desarrollo de su práctica en materia de tratados y otras cuestiones medulares del derecho internacional.

Si cabe alguna duda respecto de la influencia de los instrumentos que elabora la CDI en el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional baste observar la prominencia que la propia Corte Internacional de Justicia atribuye a los artículos de la CDI en los distintos temas, así como cuan frecuentemente Estados y juristas por igual recurren a artículos de la CDI y sus comentarios para sustentar sus posiciones jurídicas. Esa influencia se basa sin duda en el carácter representativo que la Comisión como ningún otro cuerpo posee de los diferentes sistemas jurídicos y regiones del mundo; pero tampoco es ajeno a ella el hecho de que la Comisión ha sido capaz de elaborar a lo largo del tiempo instrumentos de la más alta calidad.

Lecciones y Ensayos: *—¿Cómo ve el impacto de las crisis internacionales recientes en la legitimidad y efectividad del derecho internacional? ¿Cómo se negocian estos desafíos dentro de las instancias multilaterales en las que participa?*

Mario Oyarzábal: —En los últimos años y meses, la guerra en Ucrania, el conflicto en Oriente Medio y la guerra comercial desatada entre

Estados Unidos y Europa y otros Estados están trayendo consecuencias que preocupan y cuestionan nuestra conciencia de ser protagonistas de cambios geopolíticos y desafíos al orden jurídico internacional establecido. Se cuestionan principios fundamentales del derecho Internacional como la integridad territorial de los Estados y la ilegalidad de la ocupación extranjera, o el principio *pacta sunt servanda* (que los pactos deben ser cumplidos). Se cometen actos terroristas en nombre de la libre determinación. Y en nombre de la legítima defensa se justifican graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Abundan los ejemplos de doble rasero y relativismo. La aplicación de principios universalmente aceptados como la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza para resolver disputas internacionales, o de cometer crímenes internacionales, parece depender de si el autor es un aliado o un adversario. Incluso se ha acuñado en Estados Unidos y en Europa una nueva expresión "orden internacional basado en normas" (*rules-based international order*), que cuestiona y devalúa, si no el concepto, al menos la universalidad del derecho internacional. Ello ha llevado a algunos a decir que la efectividad, cuando no la propia legitimidad del derecho internacional tal como lo conocemos se encuentra en crisis.

Y efectivamente, parece ingenuo pensar que los cambios en el escenario internacional de la magnitud que estamos experimentando no van a tener un impacto en el desarrollo del derecho internacional. Tampoco significa que todo el andamiaje normativo a institucional que conocemos vaya a colapsar o transformarse radicalmente. Como en el plano doméstico, en el plano internacional, la violación del derecho no deslegitimiza la norma sino a los autores de la violación, lo que trae diversas consecuencias en el plano jurídico, pero también político que a veces no es posible comprender cabalmente en el corto plazo.

Asimismo, las graves violaciones del derecho internacional ocultan el hecho de que el derecho internacional permea prácticamente la totalidad de las relaciones jurídicas internacionales tanto de carácter público como privado, y que cuando tales relaciones son consideradas en su conjunto resulta cierta la afirmación de que "casi todas las naciones respetan casi todos los principios del derecho internacional y casi todas sus obligaciones casi todo el tiempo" —para utilizar la célebre cita del profesor Louis Henkin. Tampoco deja de ser significativo que hasta los Estados que no pueden no saber que una determinada conducta está reñida con el derecho internacional busquen justificarla en términos jurídicos.

Dicho lo anterior, está claro que las instituciones internacionales no pueden hacer caso omiso de los desarrollos que se manifiestan en el plano de las relaciones internacionales. Al mismo tiempo, las instituciones deben continuar siendo fieles a los mandatos para los que fueron creadas —en el caso de la CIJ resolver las disputas de acuerdo con lo que establece el artículo 38 de su Estatuto; en el caso de la CPI impartir justicia en estricta observancia del Estatuto de Roma; y en el caso de la CDI que integro, identificar la existencia y el contenido de las normas jurídicas en los diferentes temas de forma que reflejen el consenso y el mejor interés de la comunidad internacional en su conjunto. Algo similar podría decirse de la labor codificadora que realizan otras organizaciones e instituciones internacionales como la OPAQ o la HCCH en el ámbito de sus competencias.

Está claro que las instituciones internacionales y el desarrollo normativo que aquellas llevan a cabo ocurren en un contexto más o menos político; pero no es menos cierto que si se politizan pierden su valor agregado. En el caso de organismos internacionales, que están compuestos por Estados, la politización puede ser inevitable. En el caso de tribunales o la CDI la politización es inexcusable.

Lecciones y Ensayos: *—En 2021, Lecciones y Ensayos entrevistó a Susana Ruiz Cerutti, con quien usted colaboró en el Caso de las Papeleras ante la Corte Internacional de Justicia como asesor legal. ¿Qué se lleva de esa experiencia?*

Mario Oyarzábal: —En lo personal, fue una experiencia única por la posibilidad que implicó de representar y contribuir a la defensa de la Argentina en un procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia, junto con un grupo de colegas brillantes liderado por la Embajadora Susana Ruiz Cerutti (cuyo fallecimiento recientemente ha significado una enorme pérdida para la Argentina, el derecho internacional y por supuesto para quienes tuvimos el honor y el privilegio de trabajar con ella) y juristas de gran renombre internacional, como Alain Pellet, Marcelo Kohen, Laurence Boisson de Chazournes y Philippe Sands. Constituyó una experiencia muy formativa que me permitió prepararme mejor para cuando fue mi turno de encabezar los equipos jurídicos de Argentina en procedimientos ante la CIJ —me refiero a la Opinión consultiva sobre la legalidad de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965— y en otros foros y negociaciones internacionales como fue la negociación con Chile que culminó exitosamente con el retiro de una montaña de residuos tóxicos que habían sido depositados en territorio argentino por parte de la minera chilena Los Pelambres.

Más allá de la experiencia personal, el Caso de las Papeleras fue muy importante en términos de demostrar que dos países hermanos son capaces de resolver sus diferencias a través de los mecanismos de solución de disputas disponibles, y de las implicancias jurídicas de la sentencia de la Corte, más allá del caso en cuestión. En el plano bilateral, la sentencia facilitó que Argentina y Uruguay pusieran en práctica un mecanismo de monitoreo conjunto del Río Uruguay para evitar la contaminación y garantizar su sustentabilidad ambiental. La sentencia también reconoció la obligación de llevar a cabo con carácter previo un estudio de impacto ambiental (EIA) cuando existe el riesgo de que la actividad industrial propuesta pueda tener un impacto adverso significativo en un contexto transfronterizo, en particular, sobre un recurso compartido. Esta determinación fue posteriormente ratificada y desarrollada por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) en su primera opinión consultiva solicitada por la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (ISBA), y por la CIJ en su jurisprudencia reciente; al punto que hoy puede considerarse sin lugar a dudas que la EIA constituye un procedimiento obligatorio bajo el derecho internacional consuetudinario.

Lecciones y Ensayos: —*Con su respuesta al Caso de Papeleras mencionó la cuestión ambiental y queríamos preguntarle: ¿qué importancia le compete la creación de un tribunal internacional ambiental?*

Mario Oyarzábal: —Es una pregunta tan interesante como difícil la respuesta. Los tribunales se crean para dirimir disputas de carácter jurídico, sea entre Estados, o entre Estados y particulares, o bien para determinar la responsabilidad individual en caso de crímenes bajo el derecho internacional. La creación de un tribunal internacional ambiental nos interroga a determinar por qué y para qué, es decir cuáles son las disputas que no están pudiendo ser solucionadas adecuadamente por los medios existentes de solución de controversias y el valor agregado que tendría la existencia de un tribunal especializado a nivel internacional al que pueda acudirse para resolverlas.

Actualmente, hay una cantidad de disputas ambientales sometidas a la jurisdicción de tribunales internacionales. Piensen en la Opinión consultiva del TIDM de mayo de 2024 que marcó un hito en la lucha contra el cambio climático; y en las opiniones consultivas actualmente pendientes ante la CIJ y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Sumemos a ello los casos contenciosos ante la CIJ como el de las Papeleras y otros en que la Corte determinó cuáles son las obligaciones y

la responsabilidad de los Estados en materia ambiental. Las cuestiones ambientales, y en particular el derecho del Estado a regular ha impactado también en el arbitraje de inversiones. Existe asimismo una activa litigación ante los tribunales domésticos de varios países, principalmente, aunque no exclusivamente europeos por el daño ambiental causado por empresas multinacionales sobre los recursos naturales y las comunidades locales afectadas por tales actividades. Naturalmente que todo este entramado constituye un sistema de justicia descentralizado e imperfecto y que permite que importantes violaciones del derecho ambiental queden impunes sin posibilidades de obtener una compensación, además del daño que se ocasiona para las generaciones futuras. Entonces la pregunta que debemos formularnos es si el establecimiento de un tribunal internacional ambiental vendría a resolver los problemas del actual sistema.

No puede soslayarse que la creación de un tribunal internacional no es sencilla ni está exenta de dificultades —las dificultades en el establecimiento y el funcionamiento de la CPI son muestra de ello. Requeriría, entre muchas otras cosas, definir qué obligaciones constituirían el objeto de la competencia del eventual tribunal, teniendo en cuenta que las convenciones marco y otros tratados vigentes en materia ambiental no contienen normas demasiado precisas cuando no establecen obligaciones más programáticas que ejecutables. Pero ello no significa que la creación de un tribunal ambiental no pueda constituir un desarrollo positivo, si las dificultades que menciono pueden sortearse.

La experiencia muestra que la adjudicación, tanto nacional como internacional, puede desempeñar y ha desempeñado importantes funciones para el cumplimiento de estándares internacionales, por ejemplo, en materia de crímenes internacionales atroces o la protección del medio ambiente marino. En tal sentido, el aporte que pudiera significar la creación de un tribunal o internacional o de tribunales regionales ambientales no debería descartarse *a priori*.

Lecciones y Ensayos: —*Usted fue el negociador principal por Argentina de la Resolución 69/319 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Principios Básicos de los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana en 2015. ¿Qué nos puede contar de este proceso? ¿Cree que se vieron fortalecidas las posiciones de negociación de los países con sus acreedores de acuerdo a los estándares que originalmente pretendía el instrumento?*

Mario Oyarzábal: —Recordemos que el proceso que condujo a la adopción por la Asamblea General de la ONU de la Resolución 69/319 se

produjo en el contexto del default de la deuda pública argentina de fines de 2001. Habiéndose reestructurado prácticamente la totalidad de la deuda soberana Argentina, una fracción de los bonos habían quedado en manos de *holdouts* que los habían comprado a un precio irrisorio en mercados secundarios de deuda y buscaban cobrar su valor nominal. Esos *holdouts* iniciaron entonces una campaña de litigación contra la Argentina en distintos tribunales alrededor del mundo, intentando hacerse de activos argentinos, inclusive fondos depositados en cuentas de las embajadas, las reservas del Banco Central de República Argentina en la Reserva Federal de Estados Unidos, y hasta un buque militar argentino como fue la incautación de la Fragata "Ara" Libertad en Ghana.

Más allá de los problemas y los costos que ello implicó para la Argentina, la rapacidad y la estrategia litigiosa de los fondos buitre puso en evidencia como nunca antes el efecto sistémico nocivo del accionar de los holdouts en los mercados financieros internacionales, su impacto sobre el goce de los derechos humanos y la economía de los países más pobres, y sobre la capacidad de los Estados afectados de recuperar la senda del crecimiento. También demostró el problema que plantea que en no exista, como existe en el derecho doméstico, un sistema institucional basado en normas jurídicas que permita el concurso preventivo o la quiebra del deudor —un Estado en este caso.

La negociación de la resolución implicó un importante despliegue diplomático y una dificilísima negociación, tanto al interior del Grupo de los 77 y China como con los países más desarrollados que en su gran mayoría se oponían —si no necesariamente al desarrollo de mecanismos de reestructuración de deuda más eficientes y equitativos, a que el proceso se llevara a cabo en las Naciones Unidas donde cada país tiene un voto, y no en las instituciones financieras internacionales donde aquellos países tienen un mayor peso relativo. El apoyo abrumador que obtuvo la Resolución 69/319 puso de evidencia el músculo y la flexibilidad demostrados por Argentina en la negociación, y en última instancia la razonabilidad de su planteo y el reconocimiento generalizado respecto del problema que plantea el accionar de los fondos buitre para los mercados financieros internacionales y la vuelta a los mercados internacionales de los países afectados.

La importancia de la Resolución 69/319 trasciende el caso argentino que la originó y resulta de gran importancia ante las nuevas crisis de deuda soberana que siguen enfrentando los países en desarrollo. Entre otras cosas, llevó a las instituciones financieras internacionales como el

Banco Mundial a mejorar el diseño para las cláusulas modelo *pari passu* y de acción colectiva (CAC) a ser incluidas en contratos internacionales de bonos soberanos. Asimismo, muchos de los principios que reconoce la Resolución —como el principio de buena fe, de trato equitativo, y de la inmunidad soberana de jurisdicción y ejecución— forman parte del *corpus* del derecho internacional consuetudinario, con lo que su obligatoriedad trasciende el carácter recomendatorio de las resoluciones de la Asamblea.

Lecciones y Ensayos: *—A lo largo de su carrera, desempeñó el cargo de Representante Permanente Adjunto de Argentina ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. ¿Qué opina sobre la capacidad de veto permanente de algunos Estados?*

Mario Oyarzábal: —El veto es un mecanismo previsto en la Carta de la ONU —y como tal legal— para los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, que no obstante introduce un factor de privilegio que se explica históricamente, pero que a lo largo de los años ha demostrado ser negativo, al permitir bloquear la adopción de decisiones que afectan los intereses de las grandes potencias aun cuando pudiera estar presente en la hipótesis un interés de la comunidad internacional en su conjunto o se tratara de aplicar o hacer respetar principios y normas fundamentales de derecho internacional.

Algunos miembros del Consejo de Seguridad se han autolimitado en el ejercicio del veto, como el Reino Unido que hace años que no lo ejerce, y Francia que se ha comprometido a no ejercerlo en los casos de atrocidades masivas. Este es un desarrollo positivo, aunque insuficiente porque la amenaza del veto sigue latente.

La República Argentina sostiene que, en los organismos internacionales, y en el Consejo de Seguridad por añadidura, tiene que haber menos privilegios y no más privilegios, y por ello postula que el veto debería eliminarse en una futura reforma de la Carta de la ONU.

La cuestión del veto, además de otras como son la ampliación o no de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, es objeto de negociaciones intergubernamentales en la Asamblea General de la ONU por lo menos desde 2007. Sin embargo, las negociaciones se encuentran estancadas por los divergentes intereses y opiniones implicados, de los actuales miembros permanentes (que son renuentes a ceder sus privilegios), de otros países que aspiran a ser miembros permanentes (Alemania, Brasil, India, Japón y Sudáfrica), y de países como Argentina y muchos otros que buscan "democratizar" el Consejo de Seguridad.

Lecciones y Ensayos: *—Se señala que Argentina se caracteriza por tener una política exterior pendular, sin un consenso acerca de cuáles deberían ser los lineamientos inobjetables del Estado. ¿Es realmente así según su visión? ¿Por qué sería importante que Argentina tenga definido su interés nacional? ¿Debe mantenerse constante a lo largo de los años?*

Mario Oyarzábal: —Yo creo que esa es una afirmación injusta y me atrevería a decir poco informada o que se focaliza en el corto plazo y en decisiones coyunturales. Cuando uno mira a lo largo del tiempo, Argentina ha tenido una política exterior bastante consistente, por lo menos desde el regreso de la democracia. Ejemplos de ello son en materia de derechos humanos y la lucha contra los crímenes internacionales más graves que se manifiesta en el fuerte apoyo de la Argentina a la Corte Penal Internacional, de solución pacífica de controversias, de desarme y no proliferación nuclear, y por supuesto en la cuestión de las Islas Malvinas donde pudo haber cambios en la estrategia por parte de los diferentes gobiernos pero no en el objetivo de recuperar el ejercicio de la soberanía que manda la Constitución Nacional.

Por supuesto que también se han producido cambios. Pero ello no debería sorprendernos, ya que la política exterior es una competencia del Poder Ejecutivo y es natural que ciertas prioridades y visiones del escenario internacional varíen como resultado del ejercicio democrático, así como en función de los cambios que se producen en el propio escenario internacional. Por supuesto que los cambios bruscos de políticas y de alianzas pueden tener un impacto en el largo plazo o sobre otras agendas que es necesario evaluar cuidadosamente. Y la importancia de tener políticas de largo plazo no puede ser suficientemente enfatizadas. Pero también a veces las circunstancias pueden obligar a tomar decisiones que se aparten de las posiciones tradicionales. Esto no es un fenómeno que ocurra únicamente en Argentina. Cuando se analiza la política exterior de cualquier país, aun de aquellos que evidencian más continuidad en su política exterior, se pueden observar matices de diversa índole.

Lecciones y Ensayos: *—Desde su experiencia, ¿cómo se equilibra la defensa de los intereses nacionales con la necesidad de cumplir con las obligaciones internacionales en el contexto de los foros multilaterales como la ONU o la OEA?*

Mario Oyarzábal: —A mi juicio, de forma bastante sencilla y linear. Argentina es un país mediano—no en el tamaño de su territorio—sino en términos de poder político, económico y militar. El respeto del derecho

internacional es nuestra mejor defensa y nuestra mayor fortaleza, y no tengo dudas que hacerlo está en el mayor interés de la Argentina tanto en el corto como en el largo plazo. El derecho internacional es la principal —cuando no la única— garantía de nuestra seguridad y de nuestra independencia, de nuestra soberanía, de integración al mundo y de progreso social.

El derecho internacional tal como se ha desarrollado a partir de la Segunda Guerra Mundial se basa en una estructura institucional a nivel universal encabezada por la Organización de las Naciones Unidas, numerosos otros organismos de composición o proyección universal, y organismos regionales entre los cuales en el caso del continente americano destaca la Organización de Estados Americanos (OEA) que está integrada por la mayoría de los países del continente. Una parte significativa de la cooperación internacional se desarrolla a través y con la participación de las organizaciones internacionales, como también lo es el desarrollo normativo en el campo del derecho internacional. De ahí la importancia de mantener una participación activa en las labores de las organizaciones internacionales y sus diferentes órganos políticos y expertos, ya que las decisiones que allí se adoptan inevitablemente tendrán un impacto para la Argentina, además de que ello nos permite "influir" en el desarrollo de normas y estándares que reflejen y representen nuestros valores, visiones e intereses.

Ahora, en cuanto a su pregunta específica, cumplir con el derecho internacional no es optativo. La violación de obligaciones internacionales puede traer aparejado la responsabilidad internacional de Argentina. Ante un interés o una política que pudiera no estar alineado con las obligaciones internacionales asumidas por Argentina, que se manifieste en la ONU, la OEA o cualquier otro escenario multilateral o bilateral, la Argentina debe buscar conciliar el interés o la posición nacional en juego con las obligaciones internacionales del Estado de modo tal de alcanzar el objetivo buscado dentro de la legalidad.

Lecciones y Ensayos: *—En la reforma de 1994 de la Constitución Nacional se agregó como cláusula transitoria el reclamo por la soberanía de las Islas Malvinas e Islas del Atlántico Sur. Internacionalistas —Carlos Escudé, por ejemplo— señalaron que fue un error y que puede perjudicar una futura flexibilización diplomática. ¿Usted coincide? ¿Ve posible que Argentina pueda avanzar en las negociaciones como lo hizo en la década de 1960?*

Mario Oyarzábal: —Yo no coincido con el Doctor Escudé. La cláusula transitoria primera establece un objetivo y un mandato claros respecto

de recuperar el ejercicio de la soberanía sobre las Islas Malvinas, Sándwich del sur y Georgias del Sur y los espacios marítimos circundantes, teniendo en cuenta los intereses de los isleños, pero también respetando su modo de vida. Creo que la Constitución Nacional establece un marco normativo suficientemente amplio y una dirección clara sobre cómo avanzar en la obtención del objetivo buscado —objetivo sobre el que existe un alto grado de consenso en la sociedad argentina.

Lo que perjudica y ha venido impidiendo una solución al diferendo bilateral es la negativa del Reino Unido de respetar las resoluciones de las Naciones Unidas que año tras año instan a ambos países a negociar, y al negarse a aceptar la misión de buenos oficios del Secretario General de la ONU. Cabe recordar que la propia Corte Internacional de Justicia en su Opinión consultiva sobre Chagos confirmó que las resoluciones de las Naciones Unidas, aun cuando sean en principio no vinculantes, tienen fuerza obligatoria cuando conciernen materias y funciones que hacen al cumplimiento de las funciones de la Organización o de sus órganos, como es en el caso de las competencias de las Asamblea General en materia de descolonización.

No obstante lo anterior, creo que en Argentina nos debemos un diálogo serio y amplio que nos permita delinear una hoja de ruta de mediano y largo plazo, como hicieron exitosamente Mauricio —que a través de una estrategia judicial muy inteligente llevó al Reino Unido a negociar las condiciones de devolución de las islas ocupadas— y China —para recuperar el ejercicio de su soberanía sobre Hong Kong y Macao en la década de 1990.

La cuestión Malvinas tiene una alta sensibilidad política y no pocas veces ha sido utilizada con objetivos de política interna. Ello ha dificultado el establecimiento de la hoja de ruta a la que he aludido. Pero ello no significa que no debamos intentarlo a través de un diálogo amplio —que comprenda los distintos partidos políticos y la sociedad civil, la Provincia de Tierra del Fuego y los veteranos de la Guerra de Malvinas— y serio —sin falsas esperanzas ni falsos nacionalismos— que evalué y sopese adecuadamente las ventajas y los riesgos de los cursos de acción posibles en función del objetivo último que es la recuperación del ejercicio de la soberanía. Creo que podemos y debemos poner al Reino Unidos a una posición en que no le sea posible continuar negándose a negociar, a través de una estrategia inteligente y pacífica naturalmente que tenga un apoyo amplio de la sociedad argentina.

Lecciones y Ensayos: —*Últimamente usted ha publicado artículos sobre la inteligencia artificial, ¿cómo cree que afectan las tecnologías emergentes a la práctica del derecho internacional?*

Mario Oyarzábal: —En primer lugar, quiero aclarar que no soy un experto en inteligencia artificial ni en la relación entre las tecnologías de la información y el derecho internacional. Apenas he escrito un comentario muy breve sobre el tema en un periódico, lo que llevó a que me invitaran a dar algunas conferencias y a profundizar un poco el estudio del tema. La nota es parte de otras que escribo de tanto en tanto para periódicos argentinos y que buscan llevar, hacer más accesible, entendible el derecho internacional al público en general y los no juristas en particular. Lo hago porque me parece que, para que los actores políticos y la sociedad argentina valoren el derecho internacional y comprendan la obligatoriedad de cumplirlo, es indispensable que los formadores de opinión y los lectores conozcan al menos sus elementos esenciales.

Hecha esa digresión, lo que puedo decirles es que los problemas que plantea la inteligencia artificial no son nuevos, son problemas que en su mayoría ya existían y que el derecho internacional tal como lo conocemos permite en gran medida resolver. Creo que las normas existentes de derecho internacional se aplican a la inteligencia artificial. La obligación de respetar los derechos humanos, como puede ser la protección de los datos personales, se aplica tanto en el contexto físico como en el contexto de la utilización de las nuevas tecnologías. El derecho de no intervención en los asuntos internos de otro Estado también. La obligación de cumplir con el derecho internacional humanitario tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales ídem.

Ello no significa que, en ocasiones, las normas internaciones no deban ser precisadas para su aplicación al nuevo contexto, o que no surjan lagunas que deban ser cubiertas a través de nuevos desarrollos normativos. Un desafío importante se plantea cuando se utiliza la inteligencia artificial en un contexto de poca o nula actividad humana —por ejemplo, el lanzamiento de un misil por un sistema informatizado sin ninguna participación humana que impacta en una escuela u otro blanco prohibido por el derecho internacional— en lo que respecta a la atribución de responsabilidad internacional del Estado por tales acciones.

En suma, el derecho internacional se aplica en principio a todas las situaciones en que se encuentra involucrada una obligación del Estado, o de un actor no estatal de ser el caso; lo que no implica que no pueda ser

necesario regular cuestiones y aspectos específicos que tengan en cuenta las características de la inteligencia artificial y el contexto particular en el que opera.

Lecciones y Ensayos: —*Se suele decir que la diplomacia es una elección de vida. ¿Qué aspectos positivos y negativos destacaría? ¿Qué le genera representar al Estado argentino?*

Mario Oyarzábal: —Sí, la diplomacia es definitivamente una elección de vida. Los diplomáticos lo somos las 24 horas, en particular cuando estamos en el exterior. Todo lo que hacemos —sea bueno o malo— puede tener un impacto en la proyección de la imagen de Argentina en el mundo y afectar sus intereses. Cuando participo de un acto o de una reunión en Países Bajos o aun en un tercer país o en un foro internacional o académico, lo haga o no en mi carácter de Embajador, lo que digo o hago puede ser interpretado como una expresión de la posición nacional. Si un diplomático comete una falta de tránsito, repercute negativamente en la imagen de Argentina. La diplomacia exige tener una conducta profesional pero también personal intachable; y no sola la nuestra, sino también la de los miembros de nuestras familias que cumplen —aunque no sea formalmente— una cierta función representativa.

La profesión diplomática puede tener un alto costo personal y familiar, por el desarraigo y la pérdida de cotidianidad en los vínculos con la familia y los amigos, la imposibilidad de estar presentes en situaciones como puede ser la pérdida de seres queridos, e incluso la pérdida de ingresos. Los diplomáticos "arrastramos" a los miembros de nuestra familia a una vida nómade que no eligieron, lo que no poco frecuentemente genera problemas de adaptación, en la educación de los hijos, y para nuestros cónyuges que deben dejar sus propias carreras o trabajos para seguirnos. La deslocalización que implica la carrera diplomática trae aparejado una cantidad de sacrificios en lo personal que otras carreras no imponen.

Al mismo tiempo, la profesión diplomática permite trabajar en un ambiente de personas altamente calificadas, experimentar la vida en el exterior, y conocer sociedades y gente distintas de la nuestra. Esa exposición a modos de vida distintos, a la diversidad, es profundamente enriquecedora. Te permite tener una visión más completa del mundo, ver qué es lo que ha funcionado en otras partes del mundo y qué no. Te permite ser más tolerante y apreciar lo diferente. También te permite poner en perspectiva a la Argentina, identificar sus falencias y problemas, pero también valorar más lo bueno —maravilloso diría— que nuestro país

ofrece. La carrera diplomática es muy enriquecedora en lo personal y también en lo profesional.

En mi caso —y creo que es un sentimiento que la inmensa mayoría si no todos mis colegas diplomáticos comparten— hay pocas cosas, si alguna, que me produzca más orgullo y más satisfacción que representar a Argentina. Los triunfos y los fracasos, por grande o pequeños que sean, los vivo de manera personal, me quitan el sueño a la noche (literalmente) y me interpelan permanentemente. Quizás sea que los diplomáticos, al ser funcionarios de carrera, asesoramos y servimos a los diversos gobiernos, lo que naturalmente nos hace pensar en los intereses de la Argentina en el largo plazo.

Lecciones y Ensayos: *—Por último, ¿qué consejos daría a quienes estén interesados en desarrollarse académica y profesionalmente en el ámbito del derecho internacional?*

Mario Oyarzábal: —Cuando me inicié en esta carrera, no existían —o al menos yo no conocía— todas las formas que hay de ejercer derecho internacional, que son vastas: desde la diplomacia a la academia, pasando por el trabajo jurídico y de asesoramiento en tribunales internacionales, organizaciones internacionales y ONGs, y el ejercicio de la abogacía representando Estados, empresas y personas en litigios internacionales. Creo que, aunque se me hubiera presentado ese abanico de oportunidades laborales cuando salí al mercado laboral, en mi caso habría elegido el Servicio Exterior y la defensa del Estado. Pero no todos tienen, ni tienen porqué tener vocación de servicio público, y en este marco, existen una cantidad de alternativas de ejercicio de la profesión de jurista internacional que pueden ser igualmente fascinantes.

Por otra parte, el derecho internacional se ha diversificado, con el impacto del derecho privado y el desarrollo de disciplinas que, por su especialidad, requieren un conocimiento y pericia propios, como es el derecho económico internacional, los derechos humanos o el derecho ambiental internacional. Ello abre también un horizonte de trabajo distinto del de un abogado generalista.

Mi consejo sería en primer lugar que se formen, y en la medida de lo posible no solamente en Argentina sino también en el exterior a través de algún programa de maestría o doctorado de los muchos que existen, por ejemplo, en el Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra, aunque hay muchos otros igualmente buenos. También que tomen uno o más cursos de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, o de los que

ofrece la ONU en Ginebra —con ocasión de las sesiones de la CDI— o en Santiago de Chile anualmente. Estos cursos, no solo son excelentes desde el punto de vista del conocimiento que se adquiere, sino que proporcionan una excelente oportunidad de *networking* y de conocer cómo funciona el mercado laboral en el campo del derecho internacional.

En segundo lugar, cualquiera que sea el campo de especialización que elijan, les recomendaría que no circunscriban el estudio exclusivamente al campo del derecho público o el privado. Hoy por hoy la división entre el derecho internacional público y el privado es cada vez más artificial, y los especialistas en derecho internacional público no pueden hacer caso omiso de las cuestiones y regulaciones de derecho privado que pueden tener incidencia en un caso, como tampoco los especialistas en derecho internacional privado pueden permitirse ignorar cuestiones como pueden ser las relativas a la interpretación y aplicación de tratados, y consideraciones de derechos humanos y otras propias del derecho internacional público, en la resolución de casos en que estén involucrados.

En tercer lugar, es muy importante conocer idiomas extranjeros, inglés por supuesto, pero también otros como francés que sigue siendo fundamental para el ejercicio de la profesión. No se puede ser un jurista internacional sin ser capaz de leer y comunicarse en idiomas extranjeros, por la limitación al conocimiento y al diálogo que ello implica.

En cuarto lugar, les aconsejaría que indaguen y que experimenten en por lo menos un par de las alternativas que se les presenten hasta encontrar su propio nicho, su propia especialización, su propio campo de ejercicio de la profesión.

Lecciones y Ensayos: *—Una tradición de las entrevistas de Lecciones y Ensayos es realizar esta pregunta al final. ¿Qué pregunta le hubiera gustado que le hiciéramos y no le hicimos, o alguna temática que le hubiese gustado responder?*

Mario Oyarzábal: —Creo que las preguntas fueron muy pertinentes y comprensivas, con lo que apenas tengo nada para agregar.

Quizás una observación —más que una pregunta— es que formamos parte de una región y de un país que han tenido una larga trayectoria en materia de derecho internacional, con juristas eminentes que han dejado un legado que trasciende las fronteras nacionales y el continente. En la medida que el centro de la academia y la atención sobre la práctica internacional se concentran principalmente en Europa y otros países del llamado bloque occidental, es importante que busquemos formas de mantener vigente esa

tradición y ese legado latinoamericano y argentino en particular sobre derecho internacional. Por ello, felicito a Lecciones y Ensayos por la tarea de difusión que realizan, publicando artículos de alta calidad jurídica, y entrevistando a juristas que con su visión y su práctica contribuyen a la formación del derecho internacional de una forma u otra.

Un desafío permanente es que las perspectivas y las prácticas de nuestro país sobre derecho internacional sean conocidas allende nuestras fronteras y nuestra región. Por ello es también importante que nuestros juristas combinen sus publicaciones en español en nuestro país, con publicaciones en inglés en particular en revistas europeas y de otros países de amplia difusión internacional. También que enseñen en el exterior y participen de congresos y foros internacionales y extranjeros, más allá de América Latina y España. El conocimiento de las prácticas y perspectivas regionales y nacionales por parte de Estados, tribunales y doctrinarios extranjeros es indispensable para que sean tenidas en cuenta y coadyuven a la formación de un derecho internacional que sea verdaderamente universal. Desde un punto de vista sistémico, las normas que se conforman a nivel internacional tienen que ser el reflejo y el resultado de las prácticas de los distintos Estados y de las distintas regiones. Para ello, deben ser conocidas. Y el rol de la doctrina y de los doctrinarios al respecto no es desdeñable.

El otro desafío no menos importante —reitero— es que nuestros juristas conozcan idiomas extranjeros y puedan acceder a las fuentes de conocimiento extranjeras; y que en particular quienes practicamos y enseñamos en mayor o menor medida en el exterior, no dejemos de publicar, y de participar en actividades académicas y de otro tipo, en nuestro país y la región que integramos; es decir que contribuyamos a enriquecer el debate jurídico a partir de los aportes y las experiencias que hemos ganado en el exterior.

Por ello me interesó y me pareció importante tener este diálogo con ustedes, que son jóvenes juristas comprometidas con el derecho y su difusión, y poder acceder al público lector de la Revista Lecciones y Ensayos, de modo de devolver un poquito todo lo que la academia argentina me dio y poder generar con un poco de suerte algún incentivo a los más jóvenes a abrazar una carrera de derecho internacional que les traiga tanto crecimiento personal y satisfacción como ha sido en mi caso.

Lecciones y Ensayos: —*Muchas gracias.*

TRADUCCIONES

DIÁLOGOS SOBRE DERECHO Y JUSTICIA: UNA CONVERSACIÓN CON MAURO BARBERIS*

John A. Carlin Sánchez**

Desde pequeño he vivido
la vida de un marinero, y sigo viviéndola.
Esta profesión empuja a quienes la practican
a conocer los misterios del mundo.
Cristobal Colón

I. Bloque Introductorio: El camino hacia la filosofía del derecho

John Anthony Carlin Sánchez: —*¿Podrías contarnos sobre tus orígenes y cómo fue tu recorrido personal y familiar? ¿Hubo alguna experiencia o influencia temprana que despertara tu interés por el derecho y la filosofía?*

* Recepción del original: 7/8/2024. Aceptación: 19/11/2024.
Mauro Barberis es profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Trieste desde 1994. Asimismo, es codirector de las revistas Materiali per una storia della cultura giuridica y Ragion pratica.
Esta entrevista, que comenzó en la primavera y culminó en el verano europeo de 2024, tuvo lugar en la ciudad de Génova, Italia. El primer encuentro con Mauro Barberis se llevó a cabo en el restaurante Due di Picche, ubicado en Corso Buenos Aires. En esa ocasión, y con gran generosidad, me obsequió varios libros, dedicándome uno de ellos de manera personal. Días más tarde, nos reunimos nuevamente en el restaurante Gaia, situado en Vico dell'Argento, a poca distancia de Largo della Zecca.
** Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA), donde también se desempeña como docente e investigador. Becario por concurso en la Maestría Global Rule of Law & Constitutional Democracy de la Universidad de Génova (UniGe), la Especialización en Justicia Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Bolonia (UniBo) y la Diplomatura en Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Forensic y Compliance en Marcos Nacionales e Internacionales de la Universidad de Valladolid (UVa).

Mauro Barberis: —No quisiera decepcionar ni a ti ni al lector, a quienes agradezco su atención, pero debo decir que no he tenido vocaciones jurídicas ni filosóficas. Más aún, nunca he conocido a nadie que las haya tenido. Una vez, a finales de los años ochenta del siglo XX, con motivo del 50º aniversario de la Facultad de Derecho de Trieste, me encontré en la mesa con algunos de los mayores juristas italianos de la época, y todos —desde Natalino Irti hasta Riccardo Guastini, desde Giulio Tremonti hasta Paolo Cendon— contaron que sus ambiciones juveniles habían sido exclusivamente literarias. El más famoso de ellos, Rodolfo Sacco, fundador del derecho comparado italiano y conocido escritor, llegó a sostener que se había matriculado en Derecho por error.

No creo que mintieran: también para mí, el primer requisito de un texto, incluso científico, sigue siendo literario —la legibilidad—; todo lo demás viene después. En este aspecto, nosotros, los estudiosos, somos como la gente del espectáculo: podemos permitirnos todo, excepto aburrir. A este respecto, Giovanni Tarello, mi único verdadero maestro, me dijo una vez que un texto teórico puede ser totalmente inútil, mientras que, de un texto histórico, es decir, de una narración, siempre se aprende algo. Estoy de acuerdo, pero añadiría: ambos, tanto lo teórico como lo histórico, deben estar bien escritos, de lo contrario nadie los lee.

Como primer matriculado universitario de una modestísima familia del bajo Piamonte, durante los años universitarios escribí poesías, cuentos y artículos, proyecté novelas, sin imaginar que la filosofía/teoría del derecho sería mi destino. Entre 1975 y 1980, la facultad jurídica genovesa contaba con no menos de una decena de líderes académicos a nivel nacional. Sin embargo, quedé impresionado únicamente por la lección de Tarello a la que asistí. Le solicité dirigir mi tesis principalmente porque comprendí que con él no me aburriría.

Tras menos de tres años de aprendizaje, cuyos gastos fueron sufragados por mi padre, quien trabajaba como portero, obtuve a los veintisiete años un puesto de investigador permanente a tiempo completo en la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Calabria. Lo que hoy parecería sacado de la ciencia ficción, en aquel entonces significaba tener al menos la pensión asegurada. Ciertamente, el trayecto requería catorce horas de tren para ir y otras catorce para volver entre Génova y Cosenza; pero resultó ser una experiencia mucho más formativa que si me hubiera quedado en Génova.

Luego de graduarte, ¿qué te motivó a continuar con los estudios de posgrado y a dedicarte a la academia? ¿Hubo algún momento o persona decisiva que definiera tu vocación como profesor e investigador?

También en este aspecto, lamento contradecirte. De hecho, mi generación fue la última en la academia que no tuvo una carrera de posgrado, y creo que incluso era mejor así. En aquel momento, dividía mi tiempo entre tres actividades gratuitas, en todos los sentidos de la palabra. Por un lado, escribía artículos periodísticos sobre lo que entonces se denominaba discapacidad, firmados por mí o por mi amiga Rosanna Benzi, quien permaneció intubada durante dos décadas en un pulmón de acero y era activista por los derechos de las personas con discapacidad. Por otro lado, realizaba prácticas en un importante bufete genovés, cuyo titular estaba siendo investigado por terrorismo neonazi, aunque, curiosamente, sus otros miembros resultaban aún más inquietantes que él.

Finalmente, me integré al círculo de Tarello, navegando entre sus alumnos, aparentemente elegidos por él únicamente por su incompatibilidad mutua. Estos alumnos, escogidos no solo por su inteligencia, sino también para "cubrir" un sector de la revista *Materiali per una storia della cultura giuridica*, provenían todos de la izquierda más o menos extrema y creían que sobre cada tema existía una posición correcta (la suya) y una equivocada (la de todos los demás). ¡Y algunos lo siguen creyendo aún! En cierta ocasión, Tarello confesó que habría hecho locuras por encontrar un alumno con ideología de derecha, pero que todos los candidatos habían resultado ser poco brillantes (en realidad sus palabras fueron menos eufemísticas). Yo siempre he sido un liberal de izquierda, pero he aprendido casi exclusivamente de autores "de derecha": desde Hume hasta los austríacos, desde Joseph de Maistre a Leo Strauss, desde Carl Schmitt hasta Ludwig Wittgenstein.

John Anthony Carlin Sánchez: —*A lo largo de tu trayectoria, ¿cuáles han sido los hitos o logros que consideras más significativos, tanto a nivel personal como profesional?*

Mauro Barberis: —Se realizan trabajos como el nuestro por las satisfacciones que brindan, ciertamente no por fama o riqueza. He escrito muchísimo, me avergüenza decir cuánto, pero si tuviera que recordar tres satisfacciones, las primeras que me vienen a la mente son las siguientes. La primera se remonta al año 2000, cuando critiqué sistemáticamente la teoría de la interpretación genovesa, es decir, la de Guastini, planteando nueve objeciones de las cuales, irónicamente, hoy no comparto más casi ninguna. Sucedió en la sala de seminarios de Balbi 30, llena hasta lo inverosímil —parecía imposible que un genovés rompiera la unanimidad genovesa— con el mismo Riccardo a mi lado, quien había leído el trabajo y me defendió

como un verdadero caballero. La segunda fue cuando yo fui el atacado, esta vez en línea y por Matteo Salvini, líder de los populistas italianos de entonces y posteriormente ministro del Interior, pero en menos de una hora, setecientos cincuenta de mis estudiantes se movilizaron en las redes sociales para defenderme. La mayor satisfacción, sin embargo, fue mi *laudatio* para el doctorado *honoris causa* de Liliana Segre, sobreviviente de Auschwitz a los trece años y actualmente senadora vitalicia. Creo que esta sigue siendo mi mejor intervención pública, la cual aún está disponible en internet.

II. Bloque 1: Pluralismo de los valores y "neoconstitucionalismo"

En este bloque, nos adentraremos en la intersección entre dos corrientes fundamentales para entender el derecho contemporáneo: el pluralismo de los valores y el "neoconstitucionalismo". En ese sentido, me gustaría conocer cómo se podría entender la relación entre estas dos corrientes y las implicaciones de su convergencia para la teoría y práctica del derecho. ¿Puede el nuevo constitucionalismo ofrecer un marco adecuado para gestionar el pluralismo de los valores en las democracias contemporáneas? ¿Qué desafíos y riesgos conlleva este enfoque? Considerando lo anterior, las cuestiones de este bloque son:

John Anthony Carlin Sánchez: —*En tu texto "Pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo y balance libertad-seguridad", exploras la relación entre el value pluralism y el "new constitutionalism". ¿Podrías profundizar en cómo estas dos corrientes, filosófica y jurídica respectivamente, convergen y se influencian mutuamente?*

Mauro Barberis: —En primer lugar, aclaremos que tanto la expresión *new constitutionalism*, utilizada por los comparatistas angloamericanos del siglo XX, como el "neoconstitucionalismo", introducido por Susanna Pozzolo y por mí a finales de los años noventa, han sido reemplazados. Susanna ha optado por pospositivismo, mientras que yo he preferido perífrasis como filosofía/teoría del derecho del Estado constitucional. Esto obedece a una razón fundamental: no existen teorías válidas para todos los tiempos y culturas, sino teorías que responden a su época y contexto cultural específicos. Las teorías de Ronald Dworkin, Robert Alexy y Manuel Atienza —los filósofos del derecho más próximos al modelo

neoconstitucionalista— lo han estado, pero no tengo nada que ver con ellos. No olvidemos que la etiqueta "neoconstitucionalismo" fue acuñada precisamente para *criticar* a todos estos autores.

De hecho, aprendí de Tarello el contextualismo y, posteriormente, desarrollé a partir de esto mis propios evolucionismo y pluralismo. Relativizando las teorías a sus contextos históricos y culturales, como requieren Tarello y el evolucionismo, podemos observar que, aproximadamente, el iusnaturalismo corresponde al Estado jurisdiccional (precodificación), el positivismo jurídico al Estado legislativo (poscodificación), mientras que al Estado constitucional pos-Auschwitz corresponden teorías "pospositivistas" o constitucionalistas, pero no positivistas. En cuanto al pluralismo de los valores (*value pluralism*), me referiré a ello en el punto siguiente.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Sostienes que los principios del nuevo constitucionalismo parecen ser la formulación jurídica de los valores del pluralismo. ¿Consideras que esta "juridificación" de los valores pluralistas es necesaria para su efectiva implementación en las democracias contemporáneas?*

Mauro Barberis: —En primer lugar, es importante señalar que el pluralismo de valores, anteriormente denominado intuicionismo, representa la tercera posición metaética después del utilitarismo y la deontología, y originalmente no guarda relación alguna ni con el derecho en general ni con el neoconstitucionalismo en particular. En mi nuevo libro, "El encanto del mundo. Una introducción al pluralismo", que se publicará en septiembre con la editorial Meltemi, presento la relación entre el pluralismo de los valores y la técnica constitucional de la ponderación de la siguiente manera: "la ponderación es la mejor aplicación práctica del pluralismo de los valores, y el pluralismo la mejor justificación teórica de la ponderación".

En otras palabras, la ponderación de derechos, principios y valores encuentra su justificación teórica en la tesis de que los valores son múltiples y conflictivos y, por tanto, requieren conciliación. Esta idea fue inicialmente propuesta por Nietzsche, denominada por Weber como politeísmo de valores, y posteriormente desarrollada por Isaiah Berlin y Bernard Williams. No obstante, no puedo dejar de observar que los filósofos pluralistas tienden a ignorar la ponderación, así como los constitucionalistas suelen desatender el pluralismo de valores. Cuando intenté fomentar un diálogo entre ambos grupos, editando un número monográfico de la revista genovesa *Ragion pratica* sobre estos temas, filósofos y juristas continuaron

ignorándose mutuamente. Este fenómeno, conocido como especialización, puede considerarse como el ocaso de la investigación interdisciplinaria.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Un punto central en tu análisis es la idea de 'inconmensurabilidad' de los valores. ¿Cómo aborda el nuevo constitucionalismo este desafío al momento de intentar balancear valores aparentemente incomparables como la libertad y la seguridad?*

Mauro Barberis: —En realidad, confieso que siempre he relegado el tema de la inconmensurabilidad: a pesar de que Weber lo considera implícitamente, y Berlin explícitamente, como definitorio del pluralismo de valores. Esta postura mía obedece a razones específicas, siguiendo la crítica del fundacionalismo de Hans Albert y Raymond Boudon, así como la teoría de la traducción radical de Willard Quine y Donald Davidson.

Expresado de manera sencilla, nosotros, como seres sociales, necesitamos comunicarnos tanto con nuestro grupo como con los demás para alcanzar nuestra plena humanidad. Este hecho constituye una justificación suficiente para la práctica de la traducción: práctica que por definición excluye la inconmensurabilidad. La traducción logra hacer conmensurable lo aparentemente inconmensurable, de manera análoga a cómo la ponderación —entendida como compromiso, conciliación y equilibrio— asume cierta conmensurabilidad entre los valores. Cabe señalar que el término "valor" tiene su origen en la economía y, al menos en los economistas escoceses y austriacos, presupone tanto la subjetividad del valor de uso como la objetividad del valor de cambio.

John Anthony Carlin Sánchez: —*En tu análisis, pareces sugerir que el nuevo constitucionalismo ofrece una respuesta tanto política como jurídica a las demandas de seguridad en tiempos de amenaza terrorista. ¿Cuáles serían, en tu opinión, los mecanismos constitucionales clave para lograr un equilibrio adecuado entre libertad y seguridad?*

Mauro Barberis: —¿Seguridad? ¿Amenazas terroristas? Hablando desde Europa, e incluso desde Italia, que ha conocido todos los terrorismos posibles, de derecha y de izquierda, después de la Segunda Guerra Mundial las sociedades occidentales, o al menos las europeas, han sido las más ricas y seguras que la historia del planeta haya conocido jamás. Decir el contrario, como hacen profesionalmente los populistas, es simplemente una mentira. Por supuesto, esto ha dependido de condiciones geopolíticas —el equilibrio del terror entre EE. UU. y la URSS, y el predominio del complejo económico-militar estadounidense— que hoy están cambiando.

Sin embargo, el Estado y la democracia constitucional pueden responder a los desafíos del tercer milenio precisamente consolidando sus raíces liberales, garantistas y pluralistas: derechos individuales y colectivos y, antes aún, separación de poderes. Ciertamente, Occidente debe renunciar a sus pretensiones hegemónicas y aceptar el multipolarismo, la *concordia discors* entre potencias regionales que defienden sus áreas de influencia sin dejar de negociar. Pero de aquí, y de la facción de América Latina atrapada por narcotraficantes, provienen los peligros para la seguridad. Los psicólogos cognitivos dicen que el simple hecho de decir la palabra 'seguridad', como hacen sistemáticamente los populistas, produce inseguridad. Hablemos de seguridad social, cada otro uso de la palabra 'seguridad' debería estar vetado.

III. Bloque 2: El Futuro del Derecho y la despositivización

En este segundo bloque, nos centraremos en el diagnóstico sobre la evolución reciente del derecho, particularmente en lo que una vez has denominado el proceso de "despositivización". Este concepto sugiere que, especialmente en áreas como el derecho constitucional, internacional y comunitario, estamos asistiendo a un debilitamiento del modelo positivista clásico, basado en reglas formales y la separación estricta entre derecho y moral. En su lugar, principios jurídicos como la igualdad, la razonabilidad y la proporcionalidad, que tienen un carácter más abstracto y valorativo, están adquiriendo un rol central en la argumentación y decisión judicial. Esto plantea interrogantes sobre la discrecionalidad de los jueces, la legitimidad democrática de sus decisiones y el futuro de la certeza jurídica.

A través de las preguntas de este bloque, intentaremos profundizar en las causas y consecuencias de la despositivización. ¿Estamos ante un retorno al iusnaturalismo o frente a un nuevo paradigma jurídico? ¿Cómo podemos asegurar que este proceso no derive en un activismo judicial descontrolado? ¿Es posible encontrar un nuevo equilibrio entre la adaptabilidad del derecho y la seguridad jurídica? En este sentido, las cuestiones de este bloque son:

John Anthony Carlin Sánchez: —*En "Il diritto futuro e la sua depositivizzazione", indicas que el derecho está experimentando un proceso de "despositivización", especialmente en áreas como el derecho*

constitucional, internacional y comunitario. ¿Podrías explicar las principales causas y consecuencias de este fenómeno?

Mauro Barberis: —Problema: Estructura de frase compleja y uso incorrecto de dos puntos. Solución: Antes de abordar la despositivización, es crucial examinar el proceso de positivización y diferenciación del derecho respecto a la costumbre, la moral y la religión, como señala N. Luhmann. Este es un proceso mucho más antiguo y significativo, del cual la despositivización es un corolario no tan importante. Es fundamental comprender que nunca, y enfatizo, nunca, la positivización logró reducir el derecho a mera legislación: ni siquiera en el Estado legislativo, desde la codificación hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, ese breve momento en el tiempo profundo de la evolución que el positivismo jurídico ha erigido como modelo de derecho para todas las épocas y culturas.

La principal consecuencia —no de la despositivización, sino de la superación (*Aufhebung*) del Estado legislativo por el Estado constitucional— es la denominada "crisis de las fuentes", como la llama, entre otros, mi colega Giorgio Pino, quien junto con Damiano Canale representa la cúspide de la filosofía del derecho italiana de mi generación. En el Estado constitucional, y más aún en el hipotético Estado internacional, las jerarquías normativas —no las tradicionales, sino las típicas y exclusivas del Estado legislativo (ese breve parpadeo en el tiempo profundo de la evolución)— son trascendidas: el derecho de la ONU puede prevalecer sobre el de la Unión Europea, y este sobre el de antiguos Estados europeos como Francia y España. *Puede* prevalecer, por supuesto, no necesariamente debe hacerlo, y si prevalece no lo hace según la teoría de las fuentes del Estado legislativo, que sobrevive en Inglaterra, sino según las relaciones de competencia establecidas por las grandes jurisprudencias constitucionales e internacionales. Entonces, ¿deberíamos alarmarnos por esto o es más razonable aceptar que incluso en el ámbito jurídico la evolución y los precedentes constituyen la norma, mientras que la inmutabilidad de las fuentes y de la legislación es la excepción?

John Anthony Carlin Sánchez: —*Identificas principios como la igualdad, razonabilidad y proporcionalidad como expresiones de este proceso de despositivización. ¿Consideras que estos principios ofrecen suficientes criterios objetivos para guiar las decisiones judiciales o existe el riesgo de un excesivo activismo judicial?*

Mauro Barberis: —El temor que experimentan los juristas positivistas y los ciudadanos comunes hacia la discrecionalidad judicial —temor

que en América Latina se intensifica hasta el terror— es, por un lado, comprensible, desde un punto de vista garantista. Sin embargo, combatir la discrecionalidad judicial negando su existencia, como si admitirla equivaliera a legitimarla, me parece una estrategia contraproducente: cualquier poder, incluido el de los jueces, crece tanto más cuanto más oculto permanece. La constatación realista de la discrecionalidad judicial, por tanto, me parece imperativa no solo en el plano cognitivo, sino también en el normativo, con el propósito mismo de limitarla.

No obstante, es crucial distinguir entre dos tipos de realismo jurídico: uno ingenuo, que considera cada decisión judicial *uti singula*, y por tanto imprevisible por definición; y otro maduro, que examina las decisiones judiciales *uti universae*, haciéndolas previsibles al agregarlas en jurisprudencias mayoritarias o incluso constantes: no acaso, este último es el modelo adoptado para digitalizar la justicia, haciéndola predictiva. Ciertamente, la superación del Estado legislativo, la crisis de las fuentes y lo que tú denominas, con mayor énfasis que yo, la despositivización, disminuyen la certeza del derecho a corto plazo. Sin embargo, a largo plazo, con la acumulación de jurisprudencias, este proceso puede incluso incrementar dicha certeza: lo que ha ocurrido en los países anglosajones con el desarrollo del mercado, regulado sólo por el *common law*, y no por la legislación.

John Anthony Carlin Sánchez: —*¿Cómo impacta esta despositivización en la tradicional visión positivista de la separación entre derecho y moral? ¿Estamos ante un resurgimiento del iusnaturalismo o frente a un nuevo paradigma jurídico?*

Mauro Barberis: —La visión positivista tradicional, lejos de ser universal y eterna como piensan los positivistas, solo sería válida para el Estado legislativo. Sin embargo, como siempre muestra Luhmann, la propia legislación responde solo parcialmente a una creciente complejidad y necesidad de regulación. Necesidad que no está más satisfecha por códigos o legislación, sino que requiere derecho judicial y administrativo, cuyas formas más minuciosas (el *soft law*) atacan mucho más la certeza del derecho que la despositivización. De todas maneras, nada que ver con el derecho natural: la dicha despositivización —de la cual hablé una sola vez, en el único ensayo que tú citas— es solo un ajuste menor en el proceso de positivización.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Considerando esta tendencia hacia la despositivización, ¿cuál visualizas que será el rol de los jueces y tribunales en el futuro desarrollo del derecho? ¿Cómo puede asegurarse su legitimidad democrática?*

Mauro Barberis: —La legitimidad democrática concierne directamente solo a los poderes políticos; los jueces, en cambio, no responden "ante el pueblo", sino ante las leyes. Sigo sin comprender el temor, particularmente latinoamericano, hacia el poder judicial, especialmente cuando lo comparo con la indiferencia, o incluso la confianza, hacia los poderes ejecutivo y legislativo, como si estos fueran legítimos por definición. ¿Cuáles son los más peligrosos para la democracia? ¿El judicial, que decide solo a petición de otros y basándose en un derecho preestablecido al juicio, o los poderes ejecutivo y legislativo, que actúan por iniciativa propia y de manera potencialmente arbitraria, a menos que la magistratura ordinaria o constitucional los límites? Desde la vieja Europa, parece que ustedes se preocupan por lo menos significativo (el poder judicial) y no ven lo verdaderamente problemático (los poderes políticos). De más cerca, el problema quizá sea que, en sus países, los poderes políticos controlan los jueces: pienso al Perú, donde el Tribunal constitucional, bajo la constitución fujimorista, no controla sino que es controlado por el Parlamento. Si este es el caso, sin embargo, deberían cuestionar a los poderes políticos, no al poder judicial.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Mirando hacia el futuro, ¿crees que la despositivización del derecho es un proceso irreversible? ¿O es posible encontrar un nuevo equilibrio entre la necesaria adaptabilidad del derecho y la seguridad jurídica que ofrecen las reglas positivas?*

Mauro Barberis: —Insisto: la despositivización solo representa un problema para aquellos que permanecen anclados en el sentido común del Estado legislativo, parcialmente capturado por Hart al hablar de separación derecho/moral: problema típico de la época pos-Auschwitz, sin embargo, no universal-y-eterno. En contraste, para quienes viven en y hablan del Estado constitucional, la despositivización es simplemente un microproceso dentro del milenario macroproceso de positivización. Además, como he señalado anteriormente, la despositivización no atañe tanto a la interpretación constitucional como a la creciente demanda de regulación provocada por el aumento de la complejidad social. Esto conlleva un recurso cada vez más frecuente al *soft law*: fenómeno mucho más profundo y difícil de revertir. Una vez más, cabe plantearse la siguiente cuestión: ¿por qué preocuparse por la despositivización, que solo incrementa el poder judicial a corto plazo, y no prestar atención al aumento a largo plazo del poder administrativo, que gradualmente coloniza nuestras vidas?

IV. Bloque 3: Populismo mediático y democracia

En este último bloque, me gustaría tratar sobre uno de los desafíos más acuciantes para las democracias contemporáneas: el populismo. Según tu análisis, el populismo actual se diferencia de los populismos históricos, endémicos en particular en Latinoamérica, por su carácter esencialmente mediático, es decir, por su dependencia de las lógicas y dinámicas de los medios de comunicación, especialmente las redes sociales.

Este populismo mediático, más aún del populismo tradicional. plantea una amenaza fundamental para la democracia representativa, al erosionar la confianza en las instituciones, exacerbar la polarización social y promover formas de comunicación política basadas en la simplificación, la emocionalidad y la personalización del poder. Frente a este escenario, surgen preguntas cruciales sobre cómo defender los fundamentos de la democracia liberal.

En este bloque, me gustaría problematizar las características definitorias del populismo mediático y sus efectos corrosivos sobre el debate público y el sistema democrático. También quisiera que pudieras explorar los posibles "remedios" que propones al respecto, como la regulación de las redes sociales, y que debatamos sobre su eficacia y compatibilidad con valores como la libertad de expresión. ¿Son suficientes las respuestas jurídicas para enfrentar el desafío populista o se requieren cambios políticos y económicos más profundos?

John Anthony Carlin Sánchez: —*En "Populismo mediático. Definición, explicación, remedios", ofreces un análisis del populismo contemporáneo, describiéndolo como un fenómeno esencialmente mediático. ¿Cuáles son las características definitorias de este "populismo mediático" y cómo se diferencia de los populismos "históricos"?*

Mauro Barberis: —En realidad, las diferencias entre el populismo mediático y los populismos históricos son más cuantitativas que cualitativas: también los populismos históricos, como los fascismos, utilizaban los medios de comunicación disponibles en su época (discursos públicos, radio, noticiarios). (Dicho de paso, la principal diferencia entre populismos y fascismos está en que los segundos tenían el coraje de declararse antidemocráticos, mientras que los populismos no sólo se dicen democráticos, sino que son los únicos democráticos en la plaza). Sobre todo, los populismos históricos eran un fenómeno marginal, propio de países al margen de Occidente, mientras que los populismos mediáticos se han instalado en las

cunas de la democracia occidental, como Reino Unido (Brexit) y Estados Unidos (Trump), y ahora amenazan también a Francia.

Mi definición de "populismo (mediático)" es la siguiente: un formato comunicativo trasladado de la publicidad a la política que utiliza tres eslóganes principales: llamamiento al pueblo, demonización de las minorías y representación directa. Llamamiento al pueblo: los populistas apelan a las masas contra las llamadas élites, como si estas no fueran parte del pueblo. Demonización de las minorías: se culpa de los problemas a sujetos como autoridades internacionales, banqueros, magistrados, periodistas, feministas, homosexuales y migrantes. Representación directa: personajes como Trump, Chávez o Milei viven bajo el ojo de las cámaras, y esto tranquiliza a su "pueblo", aunque sea porque los ven incluso peores que a sí mismos.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Sugieres que el populismo mediático presenta un desafío fundamental para la democracia. ¿Podrías profundizar en cómo la lógica mediática del populismo erosiona los fundamentos de la democracia?*

Mauro Barberis: —La técnica de comunicación populista recuerda los mecanismos utilizados por Pablo de Tarso para evangelizar a los no cristianos. Cuando Pablo anunciaba que el Mesías había llegado y había sido crucificado, la mitad del auditorio se escandalizaba, mientras que la otra mitad quedaba fascinada. De manera similar, hoy en día las democracias occidentales están divididas por la mitad, como una manzana. Esto es lo que se llama polarización. Gana quien logra movilizar a su mitad del electorado, pero hay una gran diferencia entre las dos mitades. La mitad democrática sigue dividida en izquierda y derecha, y debe hacer grandes esfuerzos para evitar el abstencionismo de una u otra parte. La mitad populista, en cambio, está unida: si hay diferencias internas, las disimula eficazmente, porque quiere solo el poder. Por lo tanto, los populistas siempre tendrán ventaja sobre los demócratas.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Entre los "remedios" que propones frente al populismo mediático, destacas la necesidad de regulación de Internet y las redes sociales. ¿Cómo podría implementarse tal regulación sin afectar indebidamente la libertad de expresión, y qué rol deberían jugar las propias plataformas tecnológicas en este proceso?*

Mauro Barberis: —Cuando escribí "Como internet está matando a la democracia" (2020), ahora publicado en castellano por la editorial Palestra, propuse no solo la regulación de los medios, sino también otros remedios institucionales, sobre los cuales he escrito después 'Separación

de poderes y justicia digital' (2023), también traducido por Palestra. Hoy no me hago demasiadas ilusiones sobre la regulación de Internet, que para ser eficaz y no limitar la libertad de expresión solo puede ser implementada por autoridades internacionales como la Unión Europea. En cambio, creo más en: a) la denuncia pública de las *fake news* populistas: los nativos digitales son menos propensos a ser engañados que las personas de cincuenta años en adelante; y b) la separación de poderes. Mientras exista un poder judicial independiente, una prensa libre y comisiones autónomas tanto del ejecutivo como de las multinacionales, la democracia sobrevivirá. Después, no sé.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Considerando la complejidad del fenómeno populista y su profundo arraigo en las condiciones socioeconómicas contemporáneas, ¿crees que las respuestas jurídicas y regulatorias son suficientes para enfrentar este desafío o se requieren cambios políticos y económicos más estructurales?*

Mauro Barberis: —El fenómeno populista no tiene nada de complejo: es la versión popularizada del verdadero fenómeno complejo, la democracia. Utilizando una analogía médica, diría entonces que cabe ser contundente en el diagnóstico y el pronóstico —la democracia occidental corre el peligro real de ser barrida por la ola populista interna, y por nativismo ruso y fundamentalismo islámico externos—, pero prudente en el tratamiento, avanzando no basándose en recetas preestablecidas, sino por ensayo y error (*by trial and error*). La única solución que vislumbro es mixta: jurídica, política y económica. Sería necesario que, por iniciativa de usuarios, jueces y comisiones antimonopolio, demócratas y republicanos estadounidenses encontraran un compromiso similar al de 1984 sobre la abolición del monopolio de AT&T en telefonía. Lo ideal sería que las plataformas nos cobraran por sus servicios y dejaran de financiarse vendiendo nuestros datos. Hay indicios en esta dirección, pero la solución sigue siendo improbable, si no imposible.

V. Bloque de conclusiones: reflexiones y recomendaciones

John Anthony Carlin Sánchez: —*Mirando en retrospectiva, ¿hay algo que hubieras hecho diferente en tu carrera académica o algún consejo que te hubiera gustado recibir cuando eras un joven estudiante de derecho?*

Mauro Barberis: —Debo todo a mi maestro Tarello, de quien aprendí enormemente sin necesidad de que me instruyera explícitamente, y en menor medida a la que yo mismo denominé Escuela de Génova: una institución tan autorreferencial que ni siquiera era consciente de serlo, una escuela, quizás la última, con todas las dinámicas, tanto positivas como negativas, típicas de las escuelas. Mi único arrepentimiento actual es que, cuando descubrí a Wittgenstein en Génova y el evolucionismo en Trieste, debería haber seguido mi propio camino intelectual, en lugar de perder casi tres décadas debatiendo con posiciones "genovesas" que hoy, en retrospectiva, me parecen no merecer críticas, sino una actitud de indiferencia.

John Anthony Carlin Sánchez: —*¿Cuáles consideras que son los mayores desafíos que enfrentan actualmente los jóvenes graduados de derecho y qué habilidades o actitudes crees que son esenciales para superarlos?*

Mauro Barberis: —Considero que el anticuado adjetivo italiano *versipelle* (ecléctico, curioso, multifacético), en el que Tarello condensó las cualidades que debería poseer un jurista, es incluso más pertinente para los jóvenes de hoy. Indudablemente, es necesario que los jóvenes investigadores persigan líneas de investigación específicas, pero sin convertirse en lo que Weber denominaba 'especialistas sin alma'. Paradójicamente, la única manera de producir algo verdaderamente novedoso es mediante la hibridación, la mezcla y la contaminación entre disciplinas. Este es, precisamente, el mensaje central de mi libro sobre el pluralismo: no permanecer confinado en tu nicho disciplinar, sino ensuciarte las manos con diversas áreas del conocimiento. De lo contrario, jamás aportarás nada nuevo y, lo que es más importante, nunca lograrás comprender realmente el mundo: lo cual, en última instancia, continúa siendo nuestro objetivo primordial.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Si tuvieras que recomendar tres textos fundamentales que todo estudiante de derecho debería leer, ¿cuáles serían y por qué?*

Mauro Barberis: —Los primeros tres que me vienen a la mente son los que han contado más para mí, para bien y para mal: sobre la certeza, de Wittgenstein, que vacuna contra los riesgos opuestos del dogmatismo y del escepticismo; Derecho, legislación y libertad de Hayek, que previene contra lo que los franceses llaman *légicentrisme*; las dos conferencias de Weber sobre la ciencia y la política como vocaciones, más que como profesiones.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Como reflexión final, ¿qué mensaje te gustaría transmitir a las nuevas generaciones de juristas y académicos del derecho?*

Mauro Barberis: —"Diles que he tenido una vida maravillosa". Aunque ni siquiera esta frase es mía, sino de Wittgenstein.

John Anthony Carlin Sánchez: —*¿Hay algún tema o consideración adicional que te gustaría agregar y que no hayamos abordado en esta entrevista?*

Mauro Barberis: —Agradezco nuevamente a usted y a la revista el honor de publicar esta entrevista un poco provocadora. Observo que, inevitablemente, ustedes han tenido acceso principalmente a mis textos traducidos al español. Sin embargo, mis mejores obras están saliendo ahora de las editoriales Palestra y Zela, o están por publicarse. Se trata del libro sobre el pluralismo ya citado, mucho más "comprensible" que "Etica per giuristi" (2006), traducido por Trotta en 2008; de una edición revisada de "Diritto in evoluzione" (2022), también traducido por Palestra, que simplifica la primera edición italiana; y quizás de "Contra analíticos: una teoría completa del derecho", que integra institucionalismo analítico, evolucionismo empírico y pluralismo normativo en una teoría precisamente completa. A propósito: si a alguien le interesa, este último trabajo aún no tiene editorial.

DIALOGHI SUL DIRITTO E LA GIUSTIZIA: UNA CONVERSAZIONE CON MAURO BARBERIS*

John A. Carlin Sánchez**

Fin dalla più tenera età ho vissuto
la vita del marinaio, e continuo a viverla.
Questo mestiere spinge chi lo pratica
a conoscere i misteri del mondo
Critofolo. Colombo

I. Blocco Introduttivo: Il cammino verso la filosofia del diritto

John Anthony Carlin Sánchez: —*Potresti raccontarci delle tue origini e come è stato il tuo percorso personale e familiare? C'è stata qualche esperienza o influenza precoce che ha suscitato il tuo interesse per il diritto e la filosofia?*

* Recepción del original: 07/08/2024. Aceptación: 19/11/2024.
Mauro Barberis es profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Trieste desde 1994. Asimismo, es codirector de las revistas Materiali per una storia della cultura giuridica y Ragion pratica.
Esta entrevista, que comenzó en la primavera y culminó en el verano europeo de 2024, tuvo lugar en la ciudad de Génova, Italia. El primer encuentro con Mauro Barberis se llevó a cabo en el restaurante Due di Picche, ubicado en Corso Buenos Aires. En esa ocasión, y con gran generosidad, me obsequió varios libros, dedicándome uno de ellos de manera personal. Días más tarde, nos reunimos nuevamente en el restaurante Gaia, situado en Vico dell'Argento, a poca distancia de Largo della Zecca.
** Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA), donde también se desempeña como docente e investigador. Becario por concurso en la Maestría Global Rule of Law & Constitutional Democracy de la Universidad de Génova (UniGe), la Especialización en Justicia Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Bolonia (UniBo) y la Diplomatura en Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Forensic y Compliance en Marcos Nacionales e Internacionales de la Universidad de Valladolid (UVa).

Mauro Barberis: —Non vorrei deludere né te né il lettore, che ringrazio per la loro attenzione, ma devo dire che non ho avuto vocazioni giuridiche né filosofiche. Anzi, non ho mai conosciuto nessuno che le abbia avute. Una volta, alla fine degli anni Ottanta del XX secolo, in occasione del 50° anniversario della Facoltà di Giurisprudenza di Trieste, mi sono trovato al tavolo con alcuni dei più grandi giuristi italiani dell'epoca, e tutti -da Natalino Irti a Riccardo Guastini, da Giulio Tremonti a Paolo Cendon- hanno raccontato che le loro ambizioni giovanili erano esclusivamente letterarie. Il più famoso di loro, Rodolfo Sacco, fondatore del diritto comparato italiano e noto scrittore, arrivò a sostenere di essersi iscritto a Giurisprudenza per errore.

Non credo mentissero: anche per me, il primo requisito di un testo, anche scientifico, rimane quello letterario -la leggibilità-; tutto il resto viene dopo. In questo aspetto, noi studiosi siamo come la gente dello spettacolo: possiamo permetterci tutto, tranne annoiare. A questo proposito, Giovanni Tarello, il mio unico vero maestro, mi disse una volta che un testo teorico può essere totalmente inutile, mentre da un testo storico, cioè da una narrazione, si impara sempre qualcosa. Sono d'accordo, ma aggiungerei: entrambi, sia il teorico che lo storico, devono essere ben scritti, altrimenti nessuno li legge.

Come primo iscritto universitario di una modestissima famiglia del basso Piemonte, durante gli anni universitari ho scritto poesie, racconti e articoli, ho progettato romanzi, senza immaginare che la filosofia/teoria del diritto sarebbe stato il mio destino. Tra il 1975 e il 1980, la facoltà giuridica genovese contava non meno di una decina di leader accademici a livello nazionale. Tuttavia, rimasi colpito unicamente dalla lezione di Tarello a cui assistetti. Gli chiesi di dirigere la mia tesi principalmente perché capii che con lui non mi sarei annoiato.

Dopo meno di tre anni di apprendistato, le cui spese furono sostenute da mio padre, che lavorava come portiere, ottenni a ventisette anni un posto di ricercatore permanente a tempo pieno nella Facoltà di Scienze Economiche e Sociali dell'Università della Calabria. Ciò che oggi sembrerebbe fantascienza, allora significava avere almeno la pensione assicurata. Certamente, il tragitto richiedeva quattordici ore di treno per andare e altre quattordici per tornare tra Genova e Cosenza, ma si rivelò un'esperienza molto più formativa che se fossi rimasto a Genova.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Dopo la laurea, cosa ti ha motivato a continuare gli studi post-laurea e a dedicarti all'accademia? C'è stato*

qualche momento o persona decisiva che ha definito la tua vocazione come professore e ricercatore?

Mauro Barberis: —Anche in questo aspetto, mi dispiace contraddirti. Di fatto, la mia generazione fu l'ultima nell'accademia a non aver avuto una carriera post-laurea, e credo che fosse persino meglio così. In quel momento, dividevo il mio tempo tra tre attività gratuite, in tutti i sensi della parola. Da un lato, scrivevo articoli giornalistici su quello che allora si chiamava disabilità, firmati da me o dalla mia amica Rosanna Benzi, che rimase intubata per due decenni in un polmone d'acciaio ed era attivista per i diritti delle persone con disabilità. Dall'altro, facevo pratica in un importante studio legale genovese, il cui titolare era indagato per terrorismo neonazista, anche se, curiosamente, gli altri membri risultavano ancora più inquietanti di lui.

Infine, mi integrai nel circolo di Tarello, navigando tra i suoi allievi, apparentemente scelti da lui unicamente per la loro incompatibilità reciproca. Questi allievi, scelti non solo per la loro intelligenza ma anche per 'coprire' un settore della rivista 'Materiali per una storia della cultura giuridica', provenivano tutti dalla sinistra più o meno estrema e credevano che su ogni tema esistesse una posizione corretta (la loro) e una sbagliata (quella di tutti gli altri). E alcuni lo credono ancora! In una certa occasione, Tarello confessò che avrebbe fatto follie per trovare un allievo con ideologia di destra, ma che tutti i candidati erano risultati poco brillanti (in realtà le sue parole furono meno eufemistiche). Io sono sempre stato un liberale di sinistra, ma ho imparato quasi esclusivamente da autori 'di destra': da Hume agli austriaci, da Joseph de Maistre a Leo Strauss, da Carl Schmitt a Ludwig Wittgenstein.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Nel corso della tua carriera, quali sono stati i traguardi o i risultati che consideri più significativi, sia a livello personale che professionale?*

Mauro Barberis: —Si fanno lavori come il nostro per le soddisfazioni che danno, certamente non per fama o ricchezza. Ho scritto moltissimo, mi vergogno a dire quanto, ma se dovessi ricordare tre soddisfazioni, le prime che mi vengono in mente sono le seguenti. La prima risale al 2000, quando criticai sistematicamente la teoria dell'interpretazione genovese, cioè quella di Guastini, sollevando nove obiezioni delle quali, ironicamente, oggi non ne condivido quasi più nessuna. Accadde nella sala seminari di Balbi 30, piena fino all'inverosimile - sembrava impossibile che un genovese rompesse l'unanimità genovese - con lo stesso Riccardo al mio fianco,

che aveva letto il lavoro e mi difese come un vero cavaliere. La seconda fu quando fui io l'attaccato, questa volta online e da Matteo Salvini, leader dei populisti italiani di allora e successivamente ministro dell'Interno, ma in meno di un'ora, settecentocinquanta dei miei studenti si mobilitarono sui social network per difendermi. La maggiore soddisfazione, tuttavia, fu la mia laudatio per il dottorato honoris causa di Liliana Segre, sopravvissuta ad Auschwitz a tredici anni e attualmente senatrice a vita. Credo che questa rimanga il mio miglior intervento pubblico, che è ancora disponibile su internet.

II. Blocco 1: Pluralismo dei valori e "neocostituzionalismo"

In questo blocco, ci addentreremo nell'intersezione tra due correnti fondamentali per comprendere il diritto contemporaneo: il pluralismo dei valori e il "neocostituzionalismo". In questo senso, mi piacerebbe sapere come si potrebbe intendere la relazione tra queste due correnti e le implicazioni della loro convergenza per la teoria e la pratica del diritto. Può il nuovo costituzionalismo offrire un quadro adeguato a gestire il pluralismo dei valori nelle democrazie contemporanee? Quali sfide e rischi comporta questo approccio? Considerando quanto sopra, le questioni di questo blocco sono:

John Anthony Carlin Sánchez: —*Nel tuo testo "Pluralismo dei valori, nuovo costituzionalismo e bilanciamento libertà-sicurezza", esplori la relazione tra il value pluralism e il "new constitutionalism". Potresti approfondire come queste due correnti, filosofica e giuridica rispettivamente, convergono e si influenzano reciprocamente?*

Mauro Barberis: —In primo luogo, chiariamo che sia l'espressione 'new constitutionalism', utilizzata dai comparatisti angloamericani del XX secolo, sia il 'neocostituzionalismo', introdotto da Susanna Pozzolo e da me alla fine degli anni Novanta, sono stati sostituiti. Susanna ha optato per 'post-positivismo', mentre io ho preferito perifrasi come 'filosofia/teoria del diritto dello Stato costituzionale'. Questo obbedisce a una ragione fondamentale: non esistono teorie valide per tutti i tempi e le culture, ma teorie che rispondono alla loro epoca e al loro contesto culturale specifico. Le teorie di Ronald Dworkin, Robert Alexy e Manuel Atienza -i filosofi del diritto più vicini al modello neocostituzionalista- lo sono state, ma non ho nulla a che fare con loro. Non dimentichiamo che

l'etichetta 'neocostituzionalismo' fu coniata precisamente per criticare tutti questi autori.

Di fatto, ho imparato da Tarello il contestualismo e, successivamente, ho sviluppato a partire da questo il mio proprio evoluzionismo e pluralismo. Relativizzando le teorie ai loro contesti storici e culturali, come richiedono Tarello e l'evoluzionismo, possiamo osservare che, approssimativamente, il giusnaturalismo corrisponde allo Stato giurisdizionale (pre-codificazione), il positivismo giuridico allo Stato legislativo (post-codificazione), mentre allo Stato costituzionale post-Auschwitz corrispondono teorie 'post-positiviste' o costituzionaliste, ma non positiviste. Quanto al pluralismo dei valori (value pluralism), mi riferirò ad esso nel punto seguente.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Sostieni che i principi del nuovo costituzionalismo sembrano essere la formulazione giuridica dei valori del pluralismo. Consideri che questa "giuridificazione" dei valori pluralisti sia necessaria per la loro effettiva implementazione nelle democrazie contemporanee?*

Mauro Barberis: —In primo luogo, è importante sottolineare che il pluralismo dei valori, precedentemente denominato intuizionismo, rappresenta la terza posizione metaetica dopo l'utilitarismo e la deontologia, e originariamente non ha alcuna relazione né con il diritto in generale né con il neocostituzionalismo in particolare. Nel mio nuovo libro, "L'incanto del mondo. Un'introduzione al pluralismo", che sarà pubblicato a settembre con la casa editrice Meltemi, presento la relazione tra il pluralismo dei valori e la tecnica costituzionale del bilanciamento nel seguente modo: 'il bilanciamento è la migliore applicazione pratica del pluralismo dei valori, e il pluralismo la migliore giustificazione teorica del bilanciamento'.

In altre parole, il bilanciamento di diritti, principi e valori trova la sua giustificazione teorica nella tesi che i valori sono molteplici e conflittuali e, pertanto, richiedono conciliazione. Questa idea fu inizialmente proposta da Nietzsche, denominata da Weber come politeismo dei valori, e successivamente sviluppata da Isaiah Berlin e Bernard Williams. Tuttavia, non posso fare a meno di osservare che i filosofi pluralisti tendono a ignorare il bilanciamento, così come i costituzionalisti solitamente trascurano il pluralismo dei valori. Quando ho cercato di promuovere un dialogo tra entrambi i gruppi, curando un numero monografico della rivista genovese "Ragion pratica" su questi temi, filosofi e giuristi hanno continuato a ignorarsi reciprocamente. Questo fenomeno, noto come specializzazione, può essere considerato come il tramonto della ricerca interdisciplinare.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Un punto centrale nella tua analisi è l'idea di 'incommensurabilità' dei valori. Come affronta il nuovo costituzionalismo questa sfida nel momento di tentare di bilanciare valori apparentemente incomparabili come la libertà e la sicurezza?*

Mauro Barberis: —In realtà, confesso di aver sempre relegato il tema dell'incommensurabilità: nonostante Weber lo consideri implicitamente, e Berlin esplicitamente, come definitorio del pluralismo dei valori. Questa mia posizione obbedisce a ragioni specifiche, seguendo la critica del fondazionalismo di Hans Albert e Raymond Boudon, così come la teoria della traduzione radicale di Willard Quine e Donald Davidson.

Espresso in modo semplice, noi, come esseri sociali, abbiamo bisogno di comunicare sia con il nostro gruppo che con gli altri per raggiungere la nostra piena umanità. Questo fatto costituisce una giustificazione sufficiente per la pratica della traduzione: pratica che per definizione esclude l'incommensurabilità. La traduzione riesce a rendere commensurabile ciò che apparentemente è incommensurabile, in modo analogo a come il bilanciamento -inteso come compromesso, conciliazione ed equilibrio- assume una certa commensurabilità tra i valori. Vale la pena notare che il termine 'valore' ha la sua origine nell'economia e, almeno negli economisti scozzesi e austriaci, presuppone sia la soggettività del valore d'uso che l'oggettività del valore di scambio.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Nella tua analisi, sembri suggerire che il nuovo costituzionalismo offra una risposta sia politica che giuridica alle richieste di sicurezza in tempi di minaccia terroristica. Quali sarebbero, a tuo parere, i meccanismi costituzionali chiave per raggiungere un equilibrio adeguato tra libertà e sicurezza?*

Mauro Barberis: —Sicurezza? Minacce terroristiche? Parlando dall'Europa, e persino dall'Italia, che ha conosciuto tutti i terrorismi possibili, di destra e di sinistra, dopo la Seconda Guerra Mondiale le società occidentali, o almeno quelle europee, sono state le più ricche e sicure che la storia del pianeta abbia mai conosciuto. Dire il contrario, come fanno professionalmente i populisti, è semplicemente una menzogna. Ovviamente, questo è dipeso da condizioni geopolitiche -l'equilibrio del terrore tra USA e URSS, e il predominio del complesso economico-militare statunitense- che oggi stanno cambiando.

Tuttavia, lo Stato e la democrazia costituzionale possono rispondere alle sfide del terzo millennio precisamente consolidando le loro radici liberali, garantiste e pluraliste: diritti individuali e collettivi e, prima ancora,

separazione dei poteri. Certamente, l'Occidente deve rinunciare alle sue pretese egemoniche e accettare il multipolarismo, la concordia discors tra potenze regionali che difendono le loro aree di influenza senza smettere di negoziare. Ma da qui, e dalla fazione dell'America Latina intrappolata dai narcotrafficanti, provengono i pericoli per la sicurezza. Gli psicologi cognitivi dicono che il semplice fatto di dire la parola 'sicurezza', come fanno sistematicamente i populisti, produce insicurezza. Parliamo di sicurezza sociale, ogni altro uso della parola 'sicurezza' dovrebbe essere vietato.

III. Blocco 2: Il Futuro del Diritto e la depositivizzazione

In questo secondo blocco, ci concentreremo sulla diagnosi dell'evoluzione recente del diritto, in particolare su quello che una volta hai definito il processo di "depositivizzazione". Questo concetto suggerisce che, specialmente in aree come il diritto costituzionale, internazionale e comunitario, stiamo assistendo a un indebolimento del modello positivista classico, basato su regole formali e la rigida separazione tra diritto e morale. Al suo posto, principi giuridici come l'uguaglianza, la ragionevolezza e la proporzionalità, che hanno un carattere più astratto e valoriale, stanno acquisendo un ruolo centrale nell'argomentazione e nella decisione giudiziaria. Ciò solleva interrogativi sulla discrezionalità dei giudici, la legittimità democratica delle loro decisioni e il futuro della certezza giuridica.

Attraverso le domande di questo blocco, cercheremo di approfondire le cause e le conseguenze della depositivizzazione. Siamo di fronte a un ritorno al giusnaturalismo o a un nuovo paradigma giuridico? Come possiamo assicurare che questo processo non sfoci in un attivismo giudiziario incontrollato? È possibile trovare un nuovo equilibrio tra l'adattabilità del diritto e la sicurezza giuridica? In questo senso, le questioni di questo blocco sono:

John Anthony Carlin Sánchez: —*In "Il diritto futuro e la sua depositivizzazione", indichi che il diritto sta sperimentando un processo di "depositivizzazione", specialmente in aree come il diritto costituzionale, internazionale e comunitario. Potresti spiegare le principali cause e conseguenze di questo fenomeno?*

Mauro Barberis: —Prima di affrontare la depositivizzazione, è cruciale esaminare il processo di positivizzazione e differenziazione del diritto rispetto alla consuetudine, alla morale e alla religione, come segnala N.

Luhmann. Questo è un processo molto più antico e significativo, del quale la depositivizzazione è un corollario non così importante. È fondamentale comprendere che mai, e sottolineo, mai, la positivizzazione è riuscita a ridurre il diritto a mera legislazione: nemmeno nello Stato legislativo, dalla codificazione fino alla fine della Seconda Guerra Mondiale, quel breve momento nel tempo profondo dell'evoluzione che il positivismo giuridico ha eretto come modello di diritto per tutte le epoche e culture.

La principale conseguenza -non della depositivizzazione, ma del superamento (Aufhebung) dello Stato legislativo da parte dello Stato costituzionale- è la cosiddetta 'crisi delle fonti', come la chiama, tra gli altri, il mio collega Giorgio Pino, che insieme a Damiano Canale rappresenta l'apice della filosofia del diritto italiana della mia generazione. Nello Stato costituzionale, e ancor più nell'ipotetico Stato internazionale, le gerarchie normative -non quelle tradizionali, ma quelle tipiche ed esclusive dello Stato legislativo (quel breve battito di ciglia nel tempo profondo dell'evoluzione)- sono trascese: il diritto dell'ONU può prevalere su quello dell'Unione Europea, e questo su quello di antichi Stati europei come Francia e Spagna. Può prevalere, ovviamente, non necessariamente deve farlo, e se prevale non lo fa secondo la teoria delle fonti dello Stato legislativo, che sopravvive in Inghilterra, ma secondo le relazioni di competenza stabilite dalle grandi giurisprudenze costituzionali e internazionali. Quindi, dovremmo allarmarci per questo o è più ragionevole accettare che anche in ambito giuridico l'evoluzione e i precedenti costituiscono la norma, mentre l'immutabilità delle fonti e della legislazione è l'eccezione?

John Anthony Carlin Sánchez: —*Identifichi principi come l'uguaglianza, la ragionevolezza e la proporzionalità come espressioni di questo processo di depositivizzazione. Consideri che questi principi offrano criteri oggettivi sufficienti per guidare le decisioni giudiziarie o esiste il rischio di un eccessivo attivismo giudiziario?*

Mauro Barberis: —Il timore che provano i giuristi positivisti e i cittadini comuni verso la discrezionalità giudiziaria -timore che in America Latina si intensifica fino al terrore- è, da un lato, comprensibile, da un punto di vista garantista. Tuttavia, combattere la discrezionalità giudiziaria negando la sua esistenza, come se ammetterla equivalesse a legittimarla, mi sembra una strategia controproducente: qualsiasi potere, incluso quello dei giudici, cresce tanto più quanto più rimane nascosto. La constatazione realista della discrezionalità giudiziaria, quindi, mi sembra imperativa non solo sul piano cognitivo, ma anche su quello normativo, con lo scopo stesso di limitarla.

Tuttavia, è cruciale distinguere tra due tipi di realismo giuridico: uno ingenuo, che considera ogni decisione giudiziaria uti singula, e quindi imprevedibile per definizione; e uno maturo, che esamina le decisioni giudiziarie uti universae, rendendole prevedibili aggregandole in giurisprudenze maggioritarie o addirittura costanti: non a caso, quest'ultimo è il modello adottato per digitalizzare la giustizia, rendendola predittiva. Certamente, il superamento dello Stato legislativo, la crisi delle fonti e ciò che tu denomini, con maggiore enfasi di me, la depositivizzazione, diminuiscono la certezza del diritto a breve termine. Tuttavia, a lungo termine, con l'accumulo di giurisprudenze, questo processo può addirittura incrementare tale certezza: ciò che è accaduto nei paesi anglosassoni con lo sviluppo del mercato, regolato solo dal common law, e non dalla legislazione.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Come impatta questa depositivizzazione sulla tradizionale visione positivista della separazione tra diritto e morale? Siamo di fronte a una rinascita del giusnaturalismo o a un nuovo paradigma giuridico?*

Mauro Barberis: —La visione positivista tradizionale, lungi dall'essere universale ed eterna come pensano i positivisti, sarebbe valida solo per lo Stato legislativo. Tuttavia, come mostra sempre Luhmann, la stessa legislazione risponde solo parzialmente a una crescente complessità e necessità di regolazione. Necessità che non è più soddisfatta da codici o legislazione, ma richiede diritto giudiziario e amministrativo, le cui forme più minuziose (il soft law) attaccano molto più la certezza del diritto che la depositivizzazione. Ad ogni modo, niente a che vedere con il diritto naturale: la cosiddetta depositivizzazione -della quale ho parlato una sola volta, nell'unico saggio che tu citi- è solo un aggiustamento minore nel processo di positivizzazione.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Considerando questa tendenza verso la depositivizzazione, quale visualizzi che sarà il ruolo dei giudici e dei tribunali nel futuro sviluppo del diritto? Come si può assicurare la loro legittimità democratica?*

Mauro Barberis: —La legittimità democratica concerne direttamente solo i poteri politici; i giudici, invece, non rispondono "davanti al popolo", ma davanti alle leggi. Continuo a non comprendere il timore, particolarmente latino-americano, verso il potere giudiziario, specialmente quando lo paragono all'indifferenza, o addirittura alla fiducia, verso i poteri esecutivo e legislativo, come se questi fossero legittimi per definizione. Quali sono i più pericolosi per la democrazia? Il giudiziario, che decide solo su

richiesta di altri e basandosi su un diritto prestabilito al giudizio, o i poteri esecutivo e legislativo, che agiscono di propria iniziativa e in modo potenzialmente arbitrario, a meno che la magistratura ordinaria o costituzionale non li limiti? Dalla vecchia Europa, sembra che voi vi preoccupiate per il meno significativo (il potere giudiziario) e non vediate ciò che è veramente problematico (i poteri politici). Da più vicino, il problema forse è che, nei vostri paesi, i poteri politici controllano i giudici: penso al Perù, dove il Tribunale costituzionale, sotto la costituzione fujimorista, non controlla ma è controllato dal Parlamento. Se questo è il caso, tuttavia, dovreste mettere in discussione i poteri politici, non il potere giudiziario.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Guardando al futuro, credi che la depositivizzazione del diritto sia un processo irreversibile? O è possibile trovare un nuovo equilibrio tra la necessaria adattabilità del diritto e la sicurezza giuridica che offrono le regole positive?*

Mauro Barberis: —Insisto: la depositivizzazione rappresenta un problema solo per coloro che rimangono ancorati al senso comune dello Stato legislativo, parzialmente catturato da Hart parlando di separazione diritto/morale: problema tipico dell'epoca post-Auschwitz, tuttavia, non universale-ed-eterno. Al contrario, per chi vive in e parla dello Stato costituzionale, la depositivizzazione è semplicemente un micro-processo all'interno del millenario macro-processo di positivizzazione. Inoltre, come ho sottolineato in precedenza, la depositivizzazione non riguarda tanto l'interpretazione costituzionale quanto la crescente domanda di regolazione provocata dall'aumento della complessità sociale. Ciò comporta un ricorso sempre più frequente al soft law: fenomeno molto più profondo e difficile da invertire. Ancora una volta, ci si può porre la seguente questione: perché preoccuparsi della depositivizzazione, che solo incrementa il potere giudiziario a breve termine, e non prestare attenzione all'aumento a lungo termine del potere amministrativo, che gradualmente colonizza le nostre vite?

IV. Blocco 3: Populismo mediatico e democrazia

In questo ultimo blocco, vorrei trattare una delle sfide più pressanti per le democrazie contemporanee: il populismo. Secondo la tua analisi, il populismo attuale si differenzia dai populismi storici, endemici in particolare in America Latina, per il suo carattere essenzialmente mediatico, cioè per

la sua dipendenza dalle logiche e dinamiche dei mezzi di comunicazione, specialmente i social media.

Questo populismo mediatico, ancor più del populismo tradizionale, pone una minaccia fondamentale per la democrazia rappresentativa, erodendo la fiducia nelle istituzioni, esacerbando la polarizzazione sociale e promuovendo forme di comunicazione politica basate sulla semplificazione, l'emotività e la personalizzazione del potere. Di fronte a questo scenario, sorgono domande cruciali su come difendere i fondamenti della democrazia liberale.

In questo blocco, vorrei problematizzare le caratteristiche definitorie del populismo mediatico e i suoi effetti corrosivi sul dibattito pubblico e sul sistema democratico. Vorrei anche che tu potessi esplorare i possibili "rimedi" che proponi a riguardo, come la regolamentazione dei social media, e che dibattessimo sulla loro efficacia e compatibilità con valori come la libertà di espressione. Sono sufficienti le risposte giuridiche per affrontare la sfida populista o sono necessari cambiamenti politici ed economici più profondi?

John Anthony Carlin Sánchez: —*In "Populismo mediatico. Definizione, spiegazione, rimedi", offri un'analisi del populismo contemporaneo, descrivendolo come un fenomeno essenzialmente mediatico. Quali sono le caratteristiche definitorie di questo "populismo mediatico" e come si differenzia dai populismi "storici"?*

Mauro Barberis: —In realtà, le differenze tra il populismo mediatico e i populismi storici sono più quantitative che qualitative: anche i populismi storici, come i fascismi, utilizzavano i mezzi di comunicazione disponibili nella loro epoca (discorsi pubblici, radio, cinegiornali). (Detto per inciso, la principale differenza tra populismi e fascismi sta nel fatto che i secondi avevano il coraggio di dichiararsi antidemocratici, mentre i populismi non solo si dicono democratici, ma sono gli unici democratici in piazza). Soprattutto, i populismi storici erano un fenomeno marginale, proprio di paesi ai margini dell'Occidente, mentre i populismi mediatici si sono insediati nelle culle della democrazia occidentale, come Regno Unito (Brexit) e Stati Uniti (Trump), e ora minacciano anche la Francia.

La mia definizione di "populismo (mediatico)" è la seguente: un formato comunicativo trasferito dalla pubblicità alla politica che utilizza tre slogan principali: appello al popolo, demonizzazione delle minoranze e rappresentanza diretta. Appello al popolo: i populisti si appellano alle masse contro le cosiddette élite, come se queste non facessero parte del popolo.

Demonizzazione delle minoranze: si incolpano dei problemi soggetti come autorità internazionali, banchieri, magistrati, giornalisti, femministe, omosessuali e migranti. Rappresentanza diretta: personaggi come Trump, Chávez o Milei vivono sotto l'occhio delle telecamere, e questo tranquillizza il loro "popolo", anche se solo perché li vedono persino peggiori di se stessi.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Suggerisci che il populismo mediatico presenta una sfida fondamentale per la democrazia. Potresti approfondire come la logica mediatica del populismo erode i fondamenti della democrazia?*

Mauro Barberis: —La tecnica di comunicazione populista ricorda i meccanismi utilizzati da Paolo di Tarso per evangelizzare i non cristiani. Quando Paolo annunciava che il Messia era arrivato ed era stato crocifisso, metà dell'uditorio si scandalizzava, mentre l'altra metà rimaneva affascinata. In modo simile, oggi le democrazie occidentali sono divise a metà, come una mela. Questo è ciò che si chiama polarizzazione. Vince chi riesce a mobilitare la sua metà dell'elettorato, ma c'è una grande differenza tra le due metà. La metà democratica rimane divisa in sinistra e destra, e deve fare grandi sforzi per evitare l'astensionismo dell'una o dell'altra parte. La metà populista, invece, è unita: se ci sono differenze interne, le dissimula efficacemente, perché vuole solo il potere. Pertanto, i populisti avranno sempre un vantaggio sui democratici.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Tra i 'rimedi' che proponi di fronte al populismo mediatico, sottolinei la necessità di regolamentazione di Internet e dei social media. Come potrebbe essere implementata tale regolamentazione senza influire indebitamente sulla libertà di espressione, e che ruolo dovrebbero giocare le stesse piattaforme tecnologiche in questo processo?*

Mauro Barberis: —Quando ho scritto 'Come internet sta uccidendo la democrazia' (2020), ora pubblicato in spagnolo dalla casa editrice Palestra, ho proposto non solo la regolamentazione dei media, ma anche altri rimedi istituzionali, sui quali ho scritto successivamente 'Separazione dei poteri e giustizia digitale' (2023), anch'esso tradotto da Palestra. Oggi non mi faccio troppe illusioni sulla regolamentazione di Internet, che per essere efficace e non limitare la libertà di espressione può essere implementata solo da autorità internazionali come l'Unione Europea. Invece, credo di più in: a) la denuncia pubblica delle fake news populiste: i nativi digitali sono meno propensi ad essere ingannati rispetto alle persone di cinquant'anni in

su; e b) la separazione dei poteri. Finché esisterà un potere giudiziario indipendente, una stampa libera e commissioni autonome sia dall'esecutivo che dalle multinazionali, la democrazia sopravvivrà. Dopo, non so.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Considerando la complessità del fenomeno populista e il suo profondo radicamento nelle condizioni socioeconomiche contemporanee, credi che le risposte giuridiche e regolatorie siano sufficienti per affrontare questa sfida o sono necessari cambiamenti politici ed economici più strutturali?*

Mauro Barberis: —Il fenomeno populista non ha nulla di complesso: è la versione popolarizzata del vero fenomeno complesso, la democrazia. Utilizzando un'analogia medica, direi quindi che bisogna essere netti nella diagnosi e nella prognosi - la democrazia occidentale corre il pericolo reale di essere spazzata via dall'ondata populista interna, e dal nativismo russo e fondamentalismo islamico esterni -, ma prudenti nella terapia, avanzando non sulla base di ricette prestabilite, ma per tentativi ed errori (by trial and error). L'unica soluzione che intravedo è mista: giuridica, politica ed economica. Sarebbe necessario che, su iniziativa di utenti, giudici e commissioni antitrust, democratici e repubblicani statunitensi trovassero un compromesso simile a quello del 1984 sull'abolizione del monopolio di AT&T nella telefonia. L'ideale sarebbe che le piattaforme ci facessero pagare per i loro servizi e smettessero di finanziarsi vendendo i nostri dati. Ci sono indizi in questa direzione, ma la soluzione rimane improbabile, se non impossibile.

V. Blocco di conclusioni: riflessioni e raccomandazioni

John Anthony Carlin Sánchez: —*Guardando retrospettivamente, c'è qualcosa che avresti fatto diversamente nella tua carriera accademica o qualche consiglio che ti sarebbe piaciuto ricevere quando eri un giovane studente di giurisprudenza?*

Mauro Barberis: —Devo tutto al mio maestro Tarello, da cui ho imparato enormemente senza bisogno che mi istruisse esplicitamente, e in misura minore a quella che io stesso ho denominato Scuola di Genova: un'istituzione così autoreferenziale che non era nemmeno consapevole di esserlo, una scuola, forse l'ultima, con tutte le dinamiche, sia positive che negative, tipiche delle scuole. Il mio unico rimpianto attuale è che, quando ho scoperto Wittgenstein a Genova e l'evoluzionismo a Trieste, avrei dovuto

seguire il mio proprio percorso intellettuale, invece di perdere quasi tre decenni dibattendo con posizioni "genovesi" che oggi, retrospettivamente, mi sembrano non meritare critiche, ma un atteggiamento di indifferenza.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Quali consideri che siano le maggiori sfide che affrontano attualmente i giovani laureati in giurisprudenza e quali abilità o attitudini credi che siano essenziali per superarle?*

Mauro Barberis: —Ritengo che l'antiquato aggettivo italiano 'versipelle' (eclettico, curioso, poliedrico), in cui Tarello ha condensato le qualità che dovrebbe possedere un giurista, sia ancora più pertinente per i giovani di oggi. Indubbiamente, è necessario che i giovani ricercatori perseguano linee di ricerca specifiche, ma senza diventare ciò che Weber chiamava 'specialisti senz'anima'. Paradossalmente, l'unico modo per produrre qualcosa di veramente nuovo è attraverso l'ibridazione, la mescolanza e la contaminazione tra discipline. Questo è, precisamente, il messaggio centrale del mio libro sul pluralismo: non rimanere confinato nella tua nicchia disciplinare, ma sporcarti le mani con diverse aree della conoscenza. Altrimenti, non apporterai mai nulla di nuovo e, cosa più importante, non riuscirai mai a comprendere veramente il mondo: che, in ultima analisi, continua ad essere il nostro obiettivo primario.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Se dovessi raccomandare tre testi fondamentali che ogni studente di giurisprudenza dovrebbe leggere, quali sarebbero e perché?*

Mauro Barberis: —I primi tre che mi vengono in mente sono quelli che hanno contato di più per me, nel bene e nel male: Della certezza, di Wittgenstein, che vaccina contro i rischi opposti del dogmatismo e dello scetticismo; Diritto, legislazione e libertà di Hayek, che previene contro ciò che i francesi chiamano légicentrisme; le due conferenze di Weber sulla scienza e la politica come vocazioni, più che come professioni.

John Anthony Carlin Sánchez: —*Come riflessione finale, che messaggio vorresti trasmettere alle nuove generazioni di giuristi e accademici del diritto?*

Mauro Barberis: —"Di' loro che ho avuto una vita meravigliosa". Anche se nemmeno questa frase è mia, ma di Wittgenstein.

John Anthony Carlin Sánchez: —*C'è qualche tema o considerazione aggiuntiva che vorresti aggiungere e che non abbiamo affrontato in questa intervista?*

Mauro Barberis: —Ringrazio nuovamente te e la rivista per l'onore di pubblicare questa intervista un po' provocatoria. Osservo che,

inevitabilmente, voi avete avuto accesso principalmente ai miei testi tradotti in spagnolo. Tuttavia, le mie opere migliori stanno uscendo ora dalle case editrici Palestra e Zela, o stanno per essere pubblicate. Si tratta del libro sul pluralismo già citato, molto più 'comprensibile' di 'Etica per giuristi' (2006), tradotto da Trotta nel 2008; di un'edizione rivista di 'Diritto in evoluzione' (2022), anch'esso tradotto da Palestra, che semplifica la prima edizione italiana; e forse di 'Contro gli analitici: una teoria completa del diritto', che integra istituzionalismo analitico, evoluzionismo empirico e pluralismo normativo in una teoria appunto completa. A proposito: se a qualcuno interessa, quest'ultimo lavoro non ha ancora una casa editrice.

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

Lecciones y Ensayos, Nro. 113, 2024
"Procedimiento de selección", pp. 275-276

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 deseare.

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 o la autora (no debe permitir su identificación).
   c. Resumen en español (250-500 palabras).
   d. Palabras clave en español (al menos cinco (5) palabras clave).
   e. *Abstract* en inglés (250-500 palabras).
   f. *Keywords* en inglés (al menos cinco (5) *keywords*).
   g. Cuerpo del trabajo (según la extensión determinada por el tipo de trabajo).
   h. Bibliografía.
2. En todos los casos, la fuente será Times New Roman, 12 puntos, justificado, interlineado 1,5. La página será tamaño A4 (21 x 29,7 cm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm).
3. El trabajo deberá enviarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección lye@derecho.uba.ar. Dentro de las veinticuatro horas se contestará con un acuse de recibo. Preferentemente, en formato .docx; pero también son admisibles formatos similares como .doc, .odt, .rtf. También debe enviarse una versión en .pdf, a fin de asegurar una versión correcta y consolidada.
4. Deberán ser originales e inéditos, redactados en procesador de texto —preferentemente Microsoft Word 2003 o posterior—. La extensión del trabajo, incluyendo las referencias bibliográficas, deberá ser de 12.000 a 16.000 palabras en el caso de las lecciones y de 6.000 a 9.000 palabras para los ensayos.

5. Los trabajos deberán contar con fuentes que sustenten sus afirmaciones y deberá ser posible verificar su existencia y contenido.
6. El sistema es de notas al pie de página con bibliografía al final. Las notas al pie deben ser autosuficientes. No deberá emplearse ningún tipo de reenvío a notas anteriores con fórmulas como "ibíd.", "*op. cit.*", "ver cita" o similares. Se procurará que no excedan el renglón de extensión. En el caso de que los elementos título para la doctrina, identificación para las normas o nombre del caso para la jurisprudencia, sean de más de seis (6) palabras, se incorporará una versión resumida del elemento seguido por puntos suspensivos (...).
7. En las notas al pie se consignarán únicamente los datos requeridos para cada tipo de fuente. En caso de que se desee rastrear la fuente, la información completa estará disponible en la bibliografía.
8. Se deberá seguir el siguiente sistema para citar:
   a. Libros
   En la bibliografía: Apellido, Nombre, *Título*, edición, editorial, año, ciudad, traducción, otros datos.
   Ejemplo: Von Jhering, Caspar R., *La lucha por el derecho*, 1ª ed., Heliasta, 1974, Buenos Aires, traducción de Adolfo González Posada.
   En el cuerpo del trabajo: Apellido, *Título*, página.
   Ejemplo: Von Jhering, *La lucha por el derecho*, p. 5.
   b. Capítulos de libros
   En la bibliografía: Apellido, Nombre, "Título", en Apellido, Nombre, *Título*, edición, editorial, año, ciudad, traducción, otros datos.
   Ejemplo: Balmaceda, Mónica P., "Una visión histórica de la buena fe", en Ghersi, Carlos A., *Principios generales del derecho*, 1ª ed., La Ley, 2013, Buenos Aires.
   En el cuerpo del trabajo: Apellido, "Título", página.
   Ejemplo: Balmaceda, "Una visión histórica de la buena fe", p. 54.
   c. Artículos de publicaciones periódicas
   En la bibliografía: Apellido, Nombre, "Título", en *Nombre de la revista*, periodicidad, otros datos, páginas.
   Ejemplo: Mariani de Vidal, Marina, "La 'denuncia de daño

temido' a más de cuatro décadas vista", en *Lecciones y Ensayos*, 2016, N° extraordinario "60 Aniversario", pp. 301-305.

En el cuerpo del trabajo: Apellido, "Título", página.

Ejemplo: Mariani de Vidal, Marina, "La 'denuncia de daño temido'…", p. 304.

d. Derecho interno

En la bibliografía: Jurisdicción/Ente, "Nombre común", identificación, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: República Argentina, "Ley de Medios", Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, 10/10/2009.

En el cuerpo del trabajo: Jurisdicción/Ente, "Nombre común", artículo.

Ejemplo: República Argentina, "Ley de Medios", art. 5.

e. Derecho internacional: tratados

En la bibliografía: Nombre, fecha firma, lugar, entrada en vigor, norma de derecho interno, datos de UNTS, otros datos.

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

En el cuerpo del trabajo: Nombre, fecha firma, artículo.

Ejemplo: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, art. 46.

f. Derecho internacional: organismos

En la bibliografía: Órgano emisor, identificación, nombre, fecha, sesión, otros datos.

Ejemplo: Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/RES/67/97, El Estado de derecho en los planos nacional e internacional, 14/12/2012.

En el cuerpo del trabajo: Órgano emisor, identificación, punto.

Ejemplo: AGNU, A/RES/67/97, pto. 1.

g. Jurisdicciones nacionales

En la bibliografía: Tribunal, "Nombre común", "Nombre del caso", fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Bazterrica", "Bazterrica Gustavo Mario s/ Tenencia de 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 Reeducación 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?rskey=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, Nº 3, 2016, pp. 669-691, DOI 10.1093/ejil/chw033, consultado 26/08/2018._

j. Material audiovisual

En la bibliohgrafía: 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, consultado el 07/11/2020.
YouTube, "A FAVOR: ALBERTO KORNBLITH BIÓLOGO 17-07-18", Senado Argentina, 00:16:20, URL https://www.youtube.com/watch?v=oc0MtTvLJfc&t=1s&ab_channel=SenadoArgentina, consultado 07/11/2020, 18/07/2018
En el cuerpo del trabajo: Fuente web, "título del video", momento exácto del video (hh:mm:ss)
YouTube, "A favor: alberto kornblith biologo...", 00:16:20.
YouTube, "Las restricciones que nos impone la..." 00:11:08.

k. Otros portales

En la bibliografía: Nombre de la página web, "título", nombre del autor/a (Apellido, Nombre), fecha de publicación (dd/mm/aaaa), dominio (DOI/URL), consultado (dd/mm/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.

El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es ser alumno regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

EDITORIAL

LECCIONES

- **Maisley, Nahuel,** *La arquitectura del derecho internacional*

- **Scotti, Luciana Beatriz y Godio, Leopoldo,** *La integración regional en la reforma constitucional de 1994: balance y perspectiva en torno al artículo 75 inc. 24*

- **Álvarez Ugarte, Ramiro,** *En defensa del Pacto de Olivos y del ejercicio (posible) del poder constituyente*

ENSAYOS

- **Ivanoff Ravnensky, Nair Aylen,** *Atribución de responsabilidad internacional en el Derecho Internacional de las Inversiones: los TBI*

CONCURSO DE PONENCIAS EN DERECHOS HUMANOS

- **Salomón, Alejandro Emir,** *El acceso desigual a la información pública como un problema de acceso desigual a la democracia*

- **Bellino, Bautista Ezequiel** y **Urrein, Gabriela Inés,** *Jurisdicción universal y juicio en ausencia: ¿herramientas contra la impunidad o excesos en la persecución penal?*

- **González Gallastegui, Sofía,** *Narrativas que persisten en el tiempo. Un análisis de los discursos negacionistas actuales desde una mirada hacia el pasado*

ENTREVISTAS

- **Entrevista a Ángela Ledesma**

- **Entrevista a Mario Oyarzábal**

TRADUCCIONES

- **Carlin Sánchez, John Anthony,** *Diálogos sobre Derecho y Justicia: Una conversación con Mauro Barberis*

- **Carlin Sánchez, John Anthony,** *Dialoghi sul Diritto e la Giustizia: Una conversazione con Mauro Barberis*

¿CÓMO PUBLICAR Y PARTICIPAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*?