





# LECCIONES Y ENSAYOS



FACULTAD DE DERECHO

Decano  
Dr. Alberto J. Bueres

Vicedecano  
Dr. Marcelo Gebhardt

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora  
Mary Beloff

Subdirector  
Luis R. J. Sáenz

Secretario  
Jonathan M. Brodsky



**CONSEJO DE REDACCIÓN  
SEGUNDO SEMESTRE 2018**

**Director**

Ignacio Josué Arrossagaray

**Subdirector**

Ezequiel Barnade

**Secretaria de Redacción**

Maite Guerrero

**Tutor/a**

Juan Cruz López Guillermon

Inés Colombato

**Redactora**

Lucila Belén Martínez

**Colaboradores/as**

Agustina Churba

Pablo Hernán Martos

Virginia Tamara Neyra

Valentín Otiñano

Juan Carlos Ruas

Andrea Schuster

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, dichas respuestas deberán ser enviadas, junto con los datos completos del/de la autor/a, a [lye@derecho.uba.ar](mailto:lye@derecho.uba.ar).



2018	101
------	-----

FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

# LECCIONES Y ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

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

Algunos derechos reservados

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

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

ISSN (en papel): 0024-0079.

ISSN (en línea): 2362-4620.

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

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

Impreso en la República Argentina

Correspondencia: Dirigirse a

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

## ÍNDICE

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

### LECCIONES

Altavilla, Cristian, <i>Gobierno abierto subnacional: las leyes de acceso a la información en las provincias argentinas y su adecuación a los principios internacionales</i> .....	17
Besson, Juan Facundo, <i>La irradiación de los Derechos Humanos en el Derecho del Trabajo: los Derechos Humanos laborales específicos e inespecíficos en la era globalista</i> .....	53
Famá, María Victoria, <i>Legitimación de la progenitora para reclamar el daño no patrimonial derivado de la omisión del reconocimiento de su hijo</i> .....	77

### ENSAYOS

Brichetti, Florencia Mariana, <i>La inmunidad de jurisdicción frente a las normas ius cogens relacionadas con los Derechos Humanos: un análisis jurisprudencial a la luz de la fragmentación del derecho internacional</i> .....	109
Manelli, Matías, <i>Feminismo, maternidad y delito: el Derecho Penal y el imperativo de maternidad de las mujeres. El caso de los delitos de omisión</i> .....	141

Romero, Daniela y Morano, Giuliana, <i>La esclavitud sexual: algunas consideraciones a partir del caso Linda Loaiza López Soto desde una perspectiva de género</i> .....	151
Scarramberg, Juan Martín, <i>De marginales y elecciones: una aproximación a las restricciones al derecho al voto de los condenados</i> .....	163
Tocino, Ivana María, <i>La importancia de la Cláusula Martens en la regulación del uso de drones durante conflictos armados</i> .....	175
Videau Denes, Sophie Nicole, <i>Criptomonedas y tecnologías de registro distribuido: necesidad de una adecuada regulación</i> .....	205

#### TRADUCCIONES

Fassin, Didier, <i>Sobre La sociedad punitiva: comentarios a la obra de Michel Foucault</i> .....	217
---	-----

#### ENTREVISTAS

Entrevista al Profesor Jeremy Waldron.....	225
Interview with Professor Jeremy Waldron.....	237
Procedimiento de selección.....	247
Cómo publicar en <i>Lecciones y Ensayos</i> .....	249
Cómo participar .....	253

## EDITORIAL

*Lecciones y Ensayos* es el fruto de un intenso y enriquecedor trabajo colectivo. A lo largo de los sesenta años de nuestra Revista, hubo formas distintas de publicar, ideales variados sobre el camino que debía llevar, contextos históricos diversos, incluso las épocas más oscuras de nuestra historia. Cada uno de los números de nuestra Revista no es solo un conjunto de producciones académicas; es la demostración de las transformaciones sociales, un retrato de cómo el contexto impacta en las formas de hacer ciencias jurídicas y, también, de lo que se puede construir colectivamente.

En una comunidad académica trazada por el individualismo y el elitismo, las creaciones y el trabajo conjunto, horizontal, democrático y colectivo son *per se* valiosos. *Lecciones y Ensayos* es la muestra de que incluso cuando creemos que todos/as emprendemos diversos caminos, podemos encontrarnos y construir. Y es una construcción consciente que requiere reconocer que nuestra Revista –como el Derecho– implica un activo involucramiento con la realidad. Que los valores que nos rigen dentro son los mismos que debemos alzar fuera.

Así, este reconocimiento nos empuja a comprometernos con la calidad académica de las producciones, pero también con la importancia de hacer y usar el Derecho como una herramienta de transformación social. En este 2018, tratamos de mantener nuestra publicación semestral y ser activos simultáneamente en la realidad de nuestro país. En este sentido, nos pronunciamos como Consejo de Redacción en favor de la despenalización y legalización de la interrupción voluntaria del embarazo y en defensa de la Educación Pública, gratuita, laica y de calidad, que es el sitio que nos permite construir este espacio que encontramos y creemos que es importante para pensar juntos/as el mundo en el que vivimos. En esta misma línea, se inscribió el Concurso de Ensayos Breves destinado a que los/as estudiantes puedan realizar producciones vinculadas con los debates sociales actuales.

El cierre de cada número nos permite evaluar si hemos seguido el camino que entre todos/as decidimos emprender. Un camino marcado por un profundo compromiso personal con nuestra labor diaria, con nuestros/

as compañeros/as y también con el mundo y la comunidad en que estamos inmersos/as. Este cierre nos permite, una vez más y todos/as juntos/as, preguntarnos y preguntarles si lo hemos logrado. Esperamos que este número sea de su agrado e invitamos a los/as estudiantes interesados/as de esta Facultad a sumarse a nuestro espacio.

CONSEJO DE REDACCIÓN

# LECCIONES





## GOBIERNO ABIERTO SUBNACIONAL: LAS LEYES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LAS PROVINCIAS ARGENTINAS Y SU ADECUACIÓN A LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES\*

CRISTIAN ALTAVILLA\*\*

**Resumen:** En las últimas décadas se inauguró una tendencia mundial de reconocer y regular el Derecho de todo ciudadano a acceder a la información pública, dando inicio a una nueva modalidad de gestión y administración pública. Reconociendo la importancia que tiene este derecho para el fortalecimiento de la democracia, la Asamblea General de la OEA aprobó en el año 2010 la Ley Modelo de Acceso a la Información Pública, siendo su principal objetivo mejorar la capacidad de los Estados miembros en materia de transparencia y acceso equitativo a la información pública. Esta ley modelo contiene una serie de principios que funcionan como parámetros que sirven para evaluar la *calidad normativa* de las leyes. El objetivo de este trabajo es analizar la recepción normativa de este derecho a nivel subnacional y, a través de un estudio comparativo de la legislación provincial, determinar la calidad legislativa de estas normas tomando como referencia el modelo de ley propuesto por la OEA.

**Palabras clave:** acceso a la información – transparencia – calidad democrática – gobiernos subnacionales – gobierno abierto

\* Recepción del original: 20/07/2018. Aceptación: 28/09/2018.

\*\* Abogado, Doctor en Derecho y Cs. Ss., Universidad Nacional de Córdoba (UNC); Profesor de Derecho Público Provincial y Municipal y de Derecho Político, Facultad de Derecho UNC y Universidad Siglo 21. Becario Postdoctoral de CONICET. Miembro del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba. Una versión anterior de este trabajo fue presentada como ponencia en las *VIII Jornadas de Investigación en Trabajo Social y V Jornadas de Investigación en Ciencia Política*: "La construcción de conocimientos en las Ciencias Sociales. Desafío frente a los actuales contextos sociales y políticos latinoamericanos", Facultad de Trabajo Social, Universidad Nacional de Entre Ríos, 26, 27 y 28 de septiembre de 2018, Paraná, Entre Ríos.

**Abstract:** Over the last decades, a world trend has been inaugurated consisting in the recognition and regulation of the right of every citizen to access to public information, conducting to a new way of administration and public management. Recognizing the importance of this right in strengthening democracy, OAS's General Assembly adopted in 2010 the Access to Public Information Model Law, being its main aim to increase the capability of state members in transparency and equitable access to public information. This Model Law contains a series of principles that works as parameters which helps to evaluate the *regulation quality* of legislation. The main objective of this paper is to analyze the normative reception of this right at the subnational level in Argentina and, throughout a comparative study of the provincial legislation, determine the *regulation quality* of these laws taking the OAS's Model Law as a reference.

**Keywords:** access to information – transparency – democratic quality – subnational governments – open government

## I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se inauguró una tendencia mundial de reconocer y regular el derecho de todo ciudadano a acceder a la información pública, dando inicio a una nueva modalidad de gestión y administración pública. Después de varios intentos fallidos en la Argentina para legislar este derecho en la esfera federal desde principios de la década del 2000, recién en el año 2016 el órgano legislativo federal, el Congreso de la Nación, sancionó la Ley N° 27275 denominada "Derecho de Acceso a la Información Pública". El nivel provincial, sin embargo, se había adelantado a la esfera federal, regulando el instituto con bastante anterioridad. De esta manera, el país se suma a la tendencia regional y mundial al reglamentar en términos expresos este derecho que el sistema republicano lleva implícito.

Reconociendo la importancia que tiene este derecho para el fortalecimiento de la democracia, la Asamblea General de la OEA aprobó en el año 2010 la Ley Modelo de Acceso a la Información Pública, siendo su principal objetivo mejorar la capacidad de los Estados miembros en materia de transparencia y acceso equitativo a la información pública a través de la difusión y promoción de la implementación interna de esa Ley Modelo. Esta ley modelo contiene una serie de principios que funcionan como parámetros que sirven para evaluar la calidad normativa de las leyes.

El objetivo de este trabajo es analizar la recepción normativa de este derecho a nivel federal y provincial, en un estudio comparativo de la legislación en ambas esferas de gobierno, para, tomando como referencia el modelo de ley propuesto por la OEA, analizar la calidad legislativa de estas leyes. Una conclusión preliminar de este estudio es que se puede constatar una tendencia a ampliar discursivamente los derechos, pero al mismo tiempo resulta observable la existencia de ciertos defectos en el diseño institucional que hacen inoperable tal derecho y, en la práctica, terminan por ser letra muerta. A pesar de ello, el reconocimiento expreso de este derecho no deja de ser una herramienta en manos de la sociedad civil que puede utilizar para empezar a cambiar el paradigma de la administración pública.

## II. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN ARGENTINA

En la Argentina, al igual que en la mayoría de los sistemas jurídicos comparados y supranacionales, el derecho al acceso a la información está reconocido como un Derecho Humano fundamental. Este derecho implica que toda persona puede acceder a información que obre en poder del Estado (en cualquiera de sus manifestaciones y niveles) y que pueda estar contenida en registros, expedientes, informes, etc. Esta información debe encontrarse en poder de autoridades públicas o incluso privadas, siempre que lleven adelante cometidos públicos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), antes incluso de que se legislara en esta materia, había reconocido que el derecho de acceso a la información era un derecho plenamente *operativo*, es decir que no requeriría de una norma que reglamente su ejercicio. Ello, sin embargo, resulta a todas luces insuficiente para hacer efectivo un derecho tan importante y que trae aparejado insignes consecuencias: "Que un derecho sea operativo, solo implica que el reclamo por su efectivo reconocimiento y respeto generalmente planteado ante el juez, no está condicionado a la sanción de una ley. Pero de ningún modo se deriva de ello que la operatividad del derecho implica que este no necesite de una regulación que facilite su ejercicio".<sup>1</sup>

No hay que olvidar tampoco que el acceso a la información no es un fin en sí mismo, sino un medio para lograr otros objetivos más generales,

1. BUTELER, Derecho Administrativo Argentino, T. I.

como son los de la transparencia en el gobierno. La transparencia en el ámbito público "se configura hoy como un componente indispensable para la construcción de nuevos modelos de gobierno que permitan una nueva arquitectura del contrato social".<sup>2</sup>

A nivel mundial, se puso de manifiesto en las últimas décadas la necesidad de reglamentar este derecho a través de leyes específicas que previeran una serie de principios, derechos y obligaciones que permitieran hacer efectivo el derecho de acceder a la información pública. No se trata de un simple y genérico reconocimiento de un derecho más del ciudadano frente al Estado. Sino de una específica estructura institucional que conlleva un particular diseño jurídico que conlleva a su eficacia: "Las LAI (Leyes de Acceso a la Información) son importantes aun cuando un país tenga provisiones constitucionales que garanticen el derecho a la información o a la libertad de expresión. El cumplimiento de las garantías constitucionales es muy difícil de asegurar sin la intermediación de leyes especiales que faciliten su aplicación".<sup>3</sup>

Estas pasaron a conocerse mundialmente como Ley de Acceso a la Información (*Freedom of Information Law*). Una Ley de Acceso a la Información (LAI) "es una ley que otorga a los ciudadanos (o a los residentes o partes interesadas) el derecho a conseguir información bajo el resguardo del gobierno, sin la necesidad de demostrar interés legal".<sup>4</sup>

Las primeras recepciones normativas –en la legislación interna– se dieron en EE. UU. con la sanción de la *Freedom of Information Act* de 1966, seguido por España que recepta el derecho en la Constitución de 1978 (aunque dictaría su LAI recién en 2013),<sup>5</sup> Francia en 1978, Italia en 1990. A nivel supranacional, lo hará la Unión Europea con la sanción de la Carta de Derechos Fundamentales del 2000, y tendrá un reconocimiento expreso en diferentes Tratados Internacionales tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), la Convención Interamericana contra la Corrupción (1997) y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2006).

La Organización de Estados Americanos y las conferencias (OEA), en particular, han mostrado un fuerte interés por propiciar el derecho de

2. RUBIO NÚÑEZ Y ESCOLANO, "Implantando la transparencia en el ámbito", p. 311.

3. ACKERMAN Y SANDOVAL, "Leyes de acceso a la información en el mundo", p. 20.

4. ACKERMAN Y SANDOVAL, "Leyes de acceso a la información en el mundo", p. 20.

5. Reino de España, Ley 19/2013 de transparencia, acceso a..., 09/12/2013.

acceso a la información pública entre los Estados miembros. Prueba de ello es la Resolución AG/Res. 1932-XXXIII-O/03, titulada "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia" (del 10 de junio de 2003, Santiago de Chile) y de las adoptadas en la XXXIV y en la XXXV Asamblea General de la Organización.<sup>6</sup> Producto de estos esfuerzos ha sido la elaboración de una Ley Modelo con la finalidad de orientar a los Estados parte en el dictado de una legislación acorde y adecuada en materia.

### III. LA LEY MODELO DE LA OEA Y SUS LINEAMIENTOS

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó en el año 2010 la "Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública". Esta ley modelo tiene como primera finalidad promover la recepción normativa de este derecho en los Estados miembros de la Organización. También pretende que dicha recepción normativa respete los estándares internacionales en la materia y tenga cierta *calidad normativa*, sirviendo de instrumento que oriente la construcción normativa de vanguardia en los Estados miembros de la Organización Americana.<sup>7</sup>

El Modelo de Ley, como su Guía de Implementación, buscan "refleja[r] las normas internacionales y las buenas prácticas sobre el tema, como también prevén la más amplia aplicación posible del derecho de acceso a la información que esté en posesión, custodia o control de cualquier autoridad pública".<sup>8</sup> Se parte así del reconocimiento de:

"El derecho del acceso a la información pública es clave en la protección de *múltiples derechos individuales y colectivos* que caracterizan a los sistemas democráticos robustos y es un instrumento que dota de *transparencia* a la gestión pública, garantizando el derecho de las personas a la información en poder del Estado [como así también] su relación con la promoción de los derechos humanos, el desarrollo económico, y la gobernabilidad".<sup>9</sup>

La Ley fija así una serie de pautas, parámetros o principios de los cuales hemos seleccionado siete: (1). Alcance: sujetos obligados, (2).

6. DÍAZ CAFFERATA, "El derecho de acceso a la información...", pp. 151-185.

7. OEA, Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a..., p. 5.

8. OEA, Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a..., p. 5.

9. OEA, Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a..., p. 5.

Legitimados activos, (3). Costos, (4). Autoridad de aplicación, (5). Plazos de respuesta y prórroga, (6). Recursos ante la justicia, (7). Sanción.

En el presente trabajo nos limitaremos –por cuestiones de tiempos y espacios– a analizar estos siete principios. Como toda selección, esta es arbitraria. Estos principios no son los únicos ni tampoco necesariamente los más importantes, pero hacen, sin lugar a dudas, a la efectividad del derecho, y la ausencia de ellos afecta considerablemente la calidad normativa de la legislación local abocada a la materia. La ausencia, insuficiencia o ambigüedad en el tratamiento de cualquiera de estos principios pone en riesgo toda la estructura institucional, de ahí la importancia de que estos elementos no solo estén previstos, sino que también lo sean de manera clara y concisa.

Se busca con estos principios o parámetros, entonces, evaluar la calidad normativa de la legislación subnacional argentina abocada a la materia: porque una ley sin calidad, es letra muerta; puede quedar sin posibilidad de ejecución, y los ciudadanos, sin un *efectivo* derecho de acceso a la información.

A continuación, se hará una breve reseña sobre la recepción normativa del derecho de acceso a la información pública en la Argentina para, en la sección siguiente, evaluar su calidad normativa en función de la recepción (o no) de aquellos principios seleccionados.

#### IV. LA RECEPCIÓN NORMATIVA EN LAS PROVINCIAS ARGENTINAS

Las Leyes de Derecho de acceso a la información pública han tenido un vigoroso y exponencial desarrollo en el mundo a lo largo de las últimas décadas. En 1990, solo 13 países habían adoptado leyes nacionales sobre libertad de información; hacia 2005 se contabilizaban unos 66 países.<sup>10</sup> En la actualidad, más de 90 países en todo el mundo aprobaron leyes en la materia y hay otras 20 o 30 en estudio.<sup>11</sup>

En la región latinoamericana la libertad de información había sido ya consagrada como corolario de la libertad de expresión en la *Convención*

10. ACKERMAN Y SANDOVAL, "The Global Explosion of...", p. 86.

11. UNESCO, "Acceso a la información pública", URL <http://www.unesco.org/new/es/office-in-montevideo/comunicacion-e-informacion/libertad-de-expresion/acceso-a-la-informacion-publica/>.

*Americana sobre los Derechos Humanos* (1969) –o más conocido como *Pacto de San José de Costa Rica*–, firmado y ratificado por 22 países de América.<sup>12</sup> A lo que cabe sumar distintos principios consagrados en las constituciones nacionales, empezando por la forma republicana de gobierno. Actualmente, 22 países de América Latina y el Caribe contienen leyes nacionales sobre acceso a la información pública: Belice (1994), Trinidad y Tobago (1999), México (2002), Panamá (2002), Jamaica (2002), San Vicente y las Granadinas (2003), Perú (2003), República Dominicana (2004), Antigua y Barbuda (2004), Ecuador (2004), Honduras (2006), Nicaragua (2007), Guatemala (2008), Uruguay (2008), Chile (2008), El Salvador (2011), Guyana (2011), Brasil (2011), Colombia (2014), Paraguay (2014), Argentina (2016) y Bahamas (2017). Aún no lo han hecho Bolivia, Venezuela, Costa Rica, Granada, Barbados, Santa Lucía, Dominica, Saint Kitts y Nevis, Haití y Cuba.<sup>13</sup> En total, 22 países cuentan con leyes de acceso a la información (el 69%), mientras 10 no (31%).

Como puede observarse en el listado anterior, la República Argentina fue uno de los últimos países en sumarse a esta tendencia regional y mundial, pero hacia su interior encontramos que varias provincias habían ya avanzando en la sanción de legislación sobre la materia. A partir del nuevo milenio, las provincias argentinas se fueron sumando a esta tendencia mundial. Actualmente, 18 provincias (el 78%) ya cuentan con leyes, mientras seis provincias (22%) no han legislado aún en la materia: Formosa, La Pampa, La Rioja, Mendoza, San Juan y Tucumán.

De estas 18 provincias que han legislado en materia de acceso a la información, 15 lo hicieron mediante leyes sancionadas por las respectivas legislaturas provinciales (el 83%), mientras que tres lo hicieron a través de decretos del poder ejecutivo local (el 17%). Como se verá más adelante, estas tres provincias no serán consideradas en el análisis ya que no satisfacen uno de los primeros requisitos establecidos por la Ley Modelo de la OEA,

12. La República Bolivariana de Venezuela denunció la Convención el 10 de septiembre de 2012, al igual que Trinidad y Tobago en 1998. Son los únicos dos países que denunciaron la Convención.

13. Observatorio del Principio 10 en América Latina y el Caribe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) “América Latina y el Caribe: países que cuentan con Ley de Acceso a la Información Pública y año de promulgación”, URL <https://observatoriop10.cepal.org/es/recursos/america-latina-caribe-paises-que-cuentan-ley-acceso-la-informacion-publica-ano>.

esto es, el *principio de máxima publicidad* de todos los documentos en poder de cualquier órgano público. Ello quiere decir que el presente trabajo se centrará en el estudio de la legislación de 15 provincias argentinas, con la finalidad de determinar el grado de calidad normativa de esa legislación.

La primera provincia en legislar el derecho de acceso a la información pública fue la provincia de Río Negro en 1984 (Ley N° 1829), seguida por Chubut en 1992 (Ley N° I-156), la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CABA, Ley N° 104) en 1998 y Córdoba en 1999 (Ley N° 8803). Ya en la década de 2000, se sumarían las provincias de Buenos Aires en el año 2000 (Ley N° 12475), Salta en 2002 (Decreto N° 1574), Tierra del Fuego en 2004 (Ley N° 653), Entre Ríos (Decreto N° 1169) y Santiago del Estero (Ley N° 6753) en 2005, Corrientes en 2008 (Ley N° 5834), Chaco (Ley N° 1774-b, antes Ley 6431) y Santa Fe (Decreto N° 692) en 2009, Catamarca en 2011 (Ley N° 5336), Misiones en 2012 (Ley IV N° 58), Jujuy (Ley N° 5886) y San Luis (Ley N° V 0924) en 2015, Neuquén en 2016 (Ley N° 3044) y, finalmente, Santa Cruz en 2017 (Ley N° 3540). De las 18 provincias que regulan expresamente este derecho, 16 de ellas se anticiparon a la legislación federal, ya que el Congreso Nacional sancionó la Ley N° 27275, denominada "Derecho de Acceso a la Información Pública", el 14 de septiembre de 2016.

Tabla N° 1: Legislación provincial sobre derecho de acceso a la información

Provincia	Normativa	Año
Río Negro	Ley N° 1829 (+Decreto N° 1028/2004)	1984
Chubut	Ley N° I-156	1992
CABA	Ley N° 104	1998
Córdoba	Ley N° 8803	1999
Buenos Aires	Ley N° 12475 (+Decreto N° 2549/2004)	2000
Salta	Decreto N° 1574	2002
Tierra del F.	Ley N° 653	2004
Entre Ríos	Decreto N° 1169	2005
Santiago del E.	Ley N° 6753	2005
Corrientes	Ley N° 5834	2008



Chaco	Ley N° 1774-b - antes Ley 6431	2009
Santa Fe	Decreto N° 692	2009
Catamarca	Ley N° 5336	2011
Misiones	Ley IV N° 58 (+Decreto N° 846/2012)	2012
Jujuy	Ley N° 5886 (+Decreto N° 1451/2016)	2015
San Luis	Ley N° V 0924	2015
Neuquén	Ley N° 3044	2016
Santa Cruz	Ley N° 3540	2017

Fuente: elaboración propia.

## V. LA CALIDAD NORMATIVA DE LAS LEYES PROVINCIALES EN MATERIA DE DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar la calidad normativa de las leyes provinciales que regulan el Derecho de Acceso a la Información Pública. Para ello, se cotejará la legislación provincial con los principios establecidos por la Ley Modelo de la OEA.

### V.A. Alcance: sujetos obligados

El Modelo de la OEA se basa –entre otros– en el *principio de máxima publicidad*, según el cual cualquier información que se encuentre en poder de instituciones públicas sea accesible a cualquier ciudadano. Al hablar de *alcance* se hace referencia específicamente a los sujetos obligados a proporcionar la información. Como establece la Ley Modelo, las obligaciones que impone el derecho de acceso a información se aplica a: (a) toda autoridad pública perteneciente a todas las ramas del Gobierno: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial; (b) a todos los niveles de la estructura gubernamental interna (central o federal, regional, provincial o municipal); (c) a los órganos, organismos o entidades independientes o autónomos de propiedad del Gobierno o controlados por este, es decir, tanto a la administración centralizada como a la descentralizada; (d) las organizaciones privadas que reciben fondos o beneficios públicos o que desempeñan funciones y servicios públicos.

En sintonía con la Ley Modelo de la OEA, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) establece: "El derecho de acceso a la información genera obligaciones para todas las autoridades públicas de todas las ramas del poder y de los órganos autónomos, de todos los niveles de gobierno. Este derecho también vincula a quienes cumplen funciones públicas, presten servicios públicos o ejecuten, en nombre del Estado, recursos públicos. Respecto de estos últimos, el derecho de acceso obliga a suministrar información exclusivamente respecto al manejo de los recursos públicos, la satisfacción de los servicios a su cargo y el cumplimiento de las funciones públicas mencionadas".<sup>14</sup>

En este sentido, los Decretos de Acceso a la información solamente pueden regular su alcance en el ámbito del Poder Ejecutivo, y dentro de este, a la administración centralizada y descentralizada, pero quedan fuera el Poder Judicial y el Poder Legislativo. Por ello, quedan excluidas aquellas provincias que receptan este derecho solamente a través de un decreto del poder ejecutivo provincial, como lo hacen las provincias de Entre Ríos (Decreto N° 1169/2005), Salta (Decreto N° 1574/2002) y Santa Fe (Decreto N° 692/2009) y a nivel federal hasta la sanción de la Ley N° 27275 en septiembre de 2016, ya que anteriormente regía el Decreto N° 1172/2003 que aprobó el régimen de acceso a la información pública pero solo en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional. Por este motivo, quedan excluidas automáticamente al no cubrir el alcance pretendido por la OEA, dejando fuera gran parte de la estructura estatal moderna, como son el poder judicial y el legislativo.

Con el alcance pretendido por el Modelo de la OEA lo establecen, expresamente, 13 provincias. Algunas con mayor detalle (por ejemplo, Jujuy, art. 6° o San Luis art. 1°), otras más escuetas (por ejemplo, Río Negro habla de "los poderes públicos del Estado", art. 1°).<sup>15</sup> La ley federal, Ley N° 27275, en su art. 7° hace una extensa y detallada enumeración de todos los sujetos obligados por la ley a proporcionar información abarcando a la

14. Corte IDH, "El Derecho de acceso a la...", p. 6.

15. El Artículo 6° de la Reglamentación de la Ley de Acceso a la Información Pública de la provincia de Río Negro, Decreto 1028/2004, invita "a los Poderes Legislativo y Judicial, y a los Municipios y Comunas de la Provincia, a participar activamente de la instrumentación y mantenimiento del Sistema Provincial de Información (SPI), adhiriendo a través de un convenio marco que será elaborado y puesto a disposición por la Secretaría de Planificación y Control de Gestión".

administración pública nacional (centralizada y descentralizada), el Poder Legislativo, el Judicial, el Ministerio Público Fiscal, Ministerio Público de la Defensa, Consejo de la Magistratura, empresas y sociedades del Estado y aquellas donde este tenga participación minoritaria, concesionarios, permisionarios y licenciatarios de servicios públicos, partidos políticos, sindicatos, universidades, entre otros entes públicos no estatales.

La legislación de la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, habla del derecho de toda persona "a los *documentos administrativos*" (art. 1º, Ley 12475), y el Decreto N° 2549/2004, al establecer el "Ámbito de Aplicación", dispone que "es de aplicación a organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo" (art. 2º, Anexo I del Decreto N° 2549/2004). Ninguna de las dos normativas hace referencia, a lo largo de sus textos, al poder legislativo ni al judicial como posibles sujetos obligados. La ley de la provincia de Corrientes es similar. Su art. 1º habla también de "documentos administrativos" y el art. 2º establece que estos son todo documento que "contenga datos o informaciones provenientes de *órganos públicos del Estado provincial* cuya divulgación no se encuentre prohibida expresamente por la ley". Al igual que la legislación bonaerense, no habla de los poderes legislativo y judicial, por lo que tampoco cumple con esta exigencia de la OEA.

En conclusión, 13 de las 15 leyes provinciales tienen el alcance que pretende la OEA, es decir que quienes están obligados a proveer la información pública son no solo el poder ejecutivo, sino también el legislativo y el judicial.

## V.B. Legitimados activos

La Ley Modelo de la OEA no establece expresamente quién es el sujeto legitimado para ejercer este derecho de acceso a la información. Sin embargo, la Ley Modelo define en su artículo 2º: "Esta ley establece la más amplia aplicación posible del derecho de acceso a la información que esté en posesión, custodia o control de cualquier autoridad pública". Habla, sin más, de *toda persona* (art. 5º). Además de ello, el modelo de la OEA se basa en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la cual establece en su art. 13 sobre "Libertad de Pensamiento y de Expresión": (1.) "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, *sin consideración de fronteras* [...]".

La legislación pionera en materia de acceso a la información pública, la *Freedom of Information Act* (FOIA) de 1966 de EE. UU. [Ley 5 U.S.C. § 551 (2)], ha utilizado un criterio muy amplio a la hora de definir la legitimación activa para solicitar información ya que legitima a "cualquier persona", lo cual incluye "personas físicas estadounidenses o extranjeras, sociedades comerciales, asociaciones y gobiernos extranjeros o locales".<sup>16</sup> El *Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos* (2009) va incluso más allá al reconocer que los solicitantes puedan mantener su *anonimato* (art. 4, inc. 2).

La Comisión Interamericana ha establecido claramente en cuanto al contenido y alcance del derecho de acceso a la información que "toda persona es titular del derecho de acceso a la información". Ello es así porque el "derecho de acceso a la información es un derecho humano universal" y, "en consecuencia, toda persona tiene derecho a solicitar acceso a la información, tal y como lo establece el artículo 13 de la Convención Americana".<sup>17</sup>

Las legislaciones provinciales utilizan también un criterio amplio con respecto a la definición de los legitimados activos, reconociendo este derecho "a toda persona física o jurídica" (utilizando la terminología del viejo Código Civil—de acuerdo con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, art. 19, diríamos *persona humana*—): 14 (de las 15) provincias utilizan esta expresión.

En dos provincias encontramos limitaciones dadas por el lugar de residencia de los sujetos: así, Chubut le reconoce este derecho a "Todo habitante de la Provincia" (art. 2º, Ley I N° 156, modificado por la Ley N° I-584) y Río Negro a "toda persona física o jurídica, sin distinción de nacionalidad", pero que esté "*radicada* en la Provincia" (art. 2º, Ley N° 1829), limitaciones que son, a todas luces, irracionales e injustificadas. Como bien remarca la CIDH: "El derecho de acceso a la información es un derecho humano universal. En consecuencia, toda persona tiene derecho a solicitar acceso a la información, tal y como lo establece el artículo 13 de la Convención Americana".<sup>18</sup>

En otros casos se agregan elementos que vienen a restringir este derecho y que terminan por reducir el acceso a la información: así, por ejemplo,

16. SACRISTÁN Y RATTI MENDEÑA, "Procedimiento Administrativo y Acceso a la...", p. 872.

17. Corte IDH, "El Derecho de acceso a la...", p. 5.

18. Corte IDH, "El Derecho de acceso a la...", p. 5.

Buenos Aires y Corrientes reconocen este derecho a toda persona física o jurídica pero "*que tenga interés legítimo*". La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>19</sup> sostiene claramente que "no es necesario acreditar un interés directo ni una afectación personal para obtener la información en poder del Estado, excepto en los casos en que se aplique una legítima restricción permitida por la Convención Americana".<sup>20</sup> En el propio concepto de Ley de Acceso a la Información que nos proporciona Ackerman y Sandoval surge la no necesidad de demostrar interés legal alguno.<sup>21</sup>

Seguindo este último criterio, cuatro provincias especifican concretamente que no resulta necesario acreditar ningún interés ni derecho subjetivo alguno para poder acceder a la información pública: CABA establece: "para ejercer el derecho de acceso a la información pública *no será necesario acreditar derecho subjetivo, interés legítimo o razones que motiven la petición*" (art. 1º, Ley N° 104); Jujuy: "El derecho se ejerce de manera gratuita, sin asesoramiento jurídico, ni patrocinio letrado, *ni justificación de causas*" (art. 2º, Ley N° 5.886). Chubut y Río Negro contienen disposiciones similares: "sin que sea necesario indicar las razones que motivaron el requerimiento" (art. 2º, Ley I N° 156) y "no siendo necesario indicar las razones que lo motivan" (art. 2º, Ley N° 1829), respectivamente. Sin embargo, como vimos anteriormente, ambas provincias limitan el acceso a la información a aquellas personas radicadas en la provincia. La Ley Nacional también parte de un amplísimo reconocimiento de la legitimación activa, estableciendo al respecto: "*toda persona humana o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar y recibir información pública, no pudiendo exigirse al solicitante que motive la solicitud, que acredite derecho subjetivo o interés legítimo o que cuente con patrocinio letrado*" (art. 4º).

Se supone que el interés o el derecho subjetivo lo tiene toda persona, humana o jurídica, por el solo hecho de ser ciudadano. En este sentido, el derecho al acceso a la información pública es un derecho que se deriva directamente del sistema republicano de gobierno como expresamente lo manifiestan las leyes de las provincias de Córdoba (art. 1º), Neuquén (art. 4º),

19. Corte IDH, "Caso Claude Reyes y otros v. Chile", párr. 77.

20. Corte IDH, "El Derecho de acceso a la...", p. 5.

21. ACKERMAN Y SANDOVAL, "Leyes de acceso a la información en el mundo", p. 20.

Misiones (art. 1°), San Luis (art. 2°) y Tierra del Fuego (art. 1°), utilizando la expresión, uniforme, "de conformidad con el principio de publicidad de los actos de gobierno". Tierra del Fuego le reconoce, además, el carácter de bien social que ostenta la información pública (art. 1°, Ley N° 653).

Las restantes cuatro provincias establecen simplemente la legitimación de *toda persona*, sin agregar limitaciones ni restricciones, por lo que debe interpretarse en el más amplio sentido, es decir, en el fijado por la Corte Interamericana. Recordemos además que las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos –o más conocido como Pacto de San José de Costa Rica– tienen desde la reforma constitucional de 1994 la misma jerarquía que la Constitución Nacional, de acuerdo con el art. 75, inc. 22, y las provincias, por imperio de los arts. 5° y 31 de la Constitución Nacional, pueden ampliar, pero nunca restringir o disminuir los derechos civiles y sociales contenidos en la Constitución Nacional.<sup>22</sup>

Como se puede observar, estas cuatro provincias terminan por restringir el acceso a la información pública a través de requisitos injustificados –sea la residencia, bien sea la demostración de un interés legítimo–; requisitos que claramente caerían ante un control de constitucionalidad e incluso de convencionalidad.

En suma, de las 15 provincias, 11 establecen el alcance amplio que la OEA y la Comisión Interamericana le fijan a la legitimación activa (el 73%), mientras que cuatro (el 27%) no cubre la exigencia internacional.

## V.C. Costos

A los efectos de promover la participación ciudadana, se establece que el acceso a la información pública debe ser gratuito, es decir que no implique ningún costo para el solicitante, costo que pueda impedir o dificultar el acceso a la información del Estado. Por tanto, se transforma en un deber del Estado el de cubrir los costos que demande el acceso a la información solicitada por un ciudadano. Deben distinguirse dos situaciones: una, el acceso a la información, la cual, sin duda alguna, no puede generar ningún tipo de costos; la otra, la reproducción de dicha información, en la que sí podría admitirse un costo para quien la solicita.

22. Véase al respecto BARRERA BUTELER, "Atribuciones de las provincias en material...", 2011.

Algunos autores sostienen que incluso podría cobrarse una tasa por la actividad que el Estado debe desplegar para generar esa reproducción. Así, se sostiene:

“Si bien [...] la gratuidad en el acceso a la información es lo más conveniente, dejamos sentado que no consideramos que haya obstáculos constitucionales al cobro de una tasa razonable al solicitarse la información, en la medida en que en muchos casos el ejercicio de un derecho constitucional se encuentra supeditado al pago de una tasa, tales como las que se cobran para acceder a la justicia, la emisión del pasaporte o la del documento nacional de identidad. No obstante ello, parece una solución razonable la propuesta por determinadas legislaciones, que solo cobran tasas a quienes soliciten información con motivos comerciales”.<sup>23</sup>

El Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos de 2009 acepta también la posibilidad de que pueda cobrarse al solicitante un determinado costo por acceder a los documentos públicos (art. 7). Por su parte, el Comité Jurídico Interamericano (CJI) resolvió adoptar distintos principios, entre los cuales se destacan el del “[...] acceso gratuito o *de bajo costo* y que, en ese caso, no exceda el costo de copiado o envío de la información” (CJI, Res. 147, LXXIII-O/08).

La Ley Modelo de la OEA sigue este último criterio, al establecer en su art. 5°, “Derecho de Acceso a la Información”, que “toda persona que solicite información a cualquier autoridad pública que esté comprendida por la presente Ley tendrá los siguientes derechos, sujetos únicamente a las disposiciones del Capítulo IV de esta Ley: inc. g) *a obtener la información en forma gratuita o con un costo que no exceda el costo de reproducción de los documentos*”.

Más adelante, en el art. 27, especifica con mayores detalles los distintos supuestos que pueden presentarse respecto a los costos que pudiera generar el acceso a la información:

“Art. 27. Costos de Reproducción.

- (1) El solicitante solo pagará el costo de reproducción de la información solicitada y, de ser el caso, el costo de envío, si así lo hubiese requerido. La información enviada de manera electrónica no podrá tener ningún costo.

23. DÍAZ CAFFERATA, “El derecho de acceso a la información pública...”, p. 181.



- (2) El costo de reproducción no podrá exceder el valor del material en el que se reprodujo la información solicitada; el costo del envío no deberá exceder el costo que este pudiera tener en el mercado. El costo del mercado, para este propósito, deberá ser establecido periódicamente por la Comisión de Información.
- (3) Las autoridades públicas podrán entregar la información de forma totalmente gratuita, incluyendo costos de reproducción y envío, para cualquier ciudadano que tenga ingresos anuales menores a una cantidad establecida por la Comisión de Información.
- (4) La Comisión de Información establecerá normas adicionales con relación a los costos que podrán incluir la posibilidad de que cierta información sea entregada sin costo cuando se trate de casos de interés público, o la posibilidad de establecer un número mínimo de páginas que se entreguen sin costo alguno".

En la legislación provincial argentina encontramos que la mayoría de las leyes provinciales adoptan, en términos generales, el *principio de gratuidad*: 13 de las 15 provincias lo establecen expresamente. Solo las provincias de Chubut y Río Negro no contienen ninguna disposición al respecto.

Luego encontramos que nueve provincias disponen expresamente en sus textos legales que "el examen de los documentos administrativos es gratuito [pero] *los costos de reproducción son a cargo del solicitante*". Así lo hacen las provincias de Buenos Aires, CABA, Córdoba, Jujuy, Misiones, Neuquén, San Luis, Santa Cruz y Tierra del Fuego (el 60%). Esta solución también es adoptada por la legislación federal que recepta expresamente el *principio de gratuidad* en el art. 1° y lo define en el art. 6° "Gratuidad" estableciendo que "el acceso a la información pública es gratuito *en tanto no se requiera su reproducción. Los costos de reproducción corren a cargo del solicitante*".

En el caso de Catamarca se agrega: "En ningún caso el monto establecido podrá implicar menoscabo alguno al efectivo ejercicio de los derechos conferidos por esta Ley" (art. 5°). Con una redacción similar, Chaco establece que los costos a cargo del solicitante se evaluarán "según un esquema de aranceles que no podrán ser mayores a los gastos operativos que demande su obtención" y el mismo artículo agrega: "No se podrán imponer tasas ni tributos sobre los mismos" (art. 11). Tierra del Fuego establece en iguales términos que "en ningún caso se impondrá sobre las copias tasas o contribución tributaria alguna" (art. 5°). Encontramos así dos provincias que expresamente prohíben el cobro de ningún tipo de tributo local.



Como puede observarse, la gran mayoría de las provincias reconocen expresamente el *principio de la gratuidad* (13 sobre 15, el 87%), mientras solamente dos no lo hacen (13%). Dentro del primer grupo de provincias, dos expresamente prohíben el cobro de cualquier tipo de tasa o impuesto (Chaco y Tierra del Fuego).

En este punto, la legislación provincial está de acuerdo, en su gran mayoría, con los parámetros fijados por el Modelo de la OEA.

### V.D. Autoridad de aplicación

La existencia de un *oficial de información o autoridad de aplicación* de la ley de acceso a la información pública resulta esencial. La idea es que a través de este órgano se puedan evacuar todas las consultas y además realizar los reclamos pertinentes frente al incumplimiento del funcionario requerido.

La existencia de este órgano no es menor: "Para lograr que el derecho de acceso a un bien inmaterial como la información pueda cumplir con su finalidad como instrumento de participación y control ciudadanos, es necesario que las garantías del derecho respondan a cuatro principios básicos: inmediatez, asequibilidad, independencia y efectividad. Al respecto, y junto con los sistemas clásicos (recursos administrativos y judiciales, sumado en su caso a la actuación del *ombudsman*), la previsión de autoridades especializadas es, sin duda, la tendencia más notable".<sup>24</sup>

En el derecho comparado encontramos así países que han constituido órganos reguladores independientes con la finalidad de revisar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública, tales los casos del Reino Unido, Nueva Zelanda y México.<sup>25</sup> La recepción de este órgano o agente ha sido muy variada en cuanto a su carácter unipersonal o colegiado, si el nombramiento es gubernamental o parlamentario y sobre el carácter ejecutivo o no de sus decisiones: "Todas estas opciones caben, mostrando aquí los derechos una rica variedad, y todas ellas pueden mostrarse más o menos eficaces en función de la gestión concreta que se lleve a cabo".<sup>26</sup>

Este órgano recibe distintas denominaciones (autoridad de aplicación, oficial de información, comisionados de la información, o Agencia de

24. GUICHOT REINA, "Transparencia y acceso a la información..." p. 45.

25. DÍAZ CAFFERATA, "El derecho de acceso a la información pública...", p. 181

26. GUICHOT REINA, "Transparencia y acceso a la información...", p. 45.

Acceso a la Información Pública como lo denomina la ley nacional argentina, Ley N° 27275, etc.) y, en términos generales, podemos conceptualizarlo como "organismos públicos, creados por el legislador, que disponen de una considerable autonomía frente al gobierno –y, a veces, también frente al Poder Legislativo o Parlamento–, que actúan en ámbitos de especial trascendencia como lo es el derecho de acceso a la información. Desde el punto de vista organizacional reúnen la característica principal que es el considerable grado de autonomía que la ley les atribuye".<sup>27</sup>

Es decir que no solo resulta necesario su creación, sino también dotarlos de independencia o autonomía para que puedan llevar adelante correctamente las atribuciones y funciones encomendadas. Sus funciones también varían en el derecho comparado: la corriente más actual atribuye a estos órganos "funciones de asesoramiento, aportación de recomendaciones, directrices o criterios generales y pedagogía del derecho de acceso, en muy diversas formas".<sup>28</sup> Además, también, tienen la importante función de receptor los reclamos de los solicitantes frente a las denegatorias o silencio de la administración.

La Ley Modelo de la OEA receta este órgano, y lo regula estableciendo: "Oficial de Información

30. El titular de la autoridad pública responsable de responder las solicitudes de información deberá designar un Oficial de Información. Este será el encargado de implementar la Ley en dicha autoridad pública. La información de contacto para cada Oficial de Información deberá publicarse en la página Web de la autoridad pública y estar fácilmente accesible al público.

31. El Oficial de Información tendrá, además de las obligaciones específicamente establecidas en otras secciones de esta Ley, las siguientes obligaciones:

- a) Promover dentro de la autoridad pública las mejores prácticas en relación con el mantenimiento, archivo y eliminación de los documentos; y
- b) Ser el contacto central en la autoridad pública para la recepción de solicitudes de información, para la asistencia a los individuos que

27. DÍAZ Y BRINGAS VALDIVIA, "Autoridades reguladoras independientes en materia de acceso...", p. 83.

28. GUICHOT REINA, "Transparencia y acceso a la información...", p. 45.

solicitan información y para la recepción de denuncias sobre la actuación de la autoridad pública en la divulgación de información.”

En la legislación actual del derecho público provincial argentino encontramos que solo 6 (de las 15) provincias que regulan el derecho de acceso a la información pública crean una autoridad de aplicación —es decir, el 40%—. En todos los casos, esta autoridad de aplicación se inserta dentro de la administración pública provincial centralizada, es decir, no constituyen ni un órgano extra poder ni un ente descentralizado autárquico.

Así, en el caso de la provincia de Buenos Aires la autoridad de aplicación es la Secretaría General de la Gobernación y el Ministerio de Gobierno de la Provincia (art. 4º, Decreto N° 2549/04); en el Chaco la Fiscalía de Investigaciones Administrativas de la Provincia (art. 12, Ley N° 6431); en Chubut el Ministerio de Coordinación de Gabinete de la Provincia (art. 1º, Decreto N° 486/93); en Jujuy la Dirección de Transparencia y Gobierno Abierto dependiente de la Secretaria de Comunicación de Gobierno Abierto del gobierno de la Provincia (art. 5º, Decreto N° 1451/16) y en Misiones es el Ministerio de Gobierno de la Provincia (art. 18, Ley IV N° 58). Por último, la CABA establece que cada uno de los tres poderes —el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial— deberá designar una autoridad de aplicación en el ámbito de su competencia (arts. 22 y 25, Ley N° 104 —cada uno de ellos con las funciones que se le asignan en el art. 23)—.

En este punto, la ley nacional es bastante más completa, ya que dedica un capítulo entero al órgano de control: Capítulo IV “Agencia de Acceso a la Información Pública” (arts. 19 al 29) definiéndolo como un ente autárquico, con autonomía funcional aunque actúa en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional. También la ley regula sobre los “Responsables de acceso a la información pública” (Capítulo V) que son funcionarios nombrados en cada una de las esferas mencionadas como sujetos obligados en el art. 4º y cuya principal función es “tramitar las solicitudes de acceso a la información pública dentro de su jurisdicción” (art. 30).

Como se puede observar, es en este punto donde la legislación provincial presenta mayores inconvenientes a la hora de evaluar su calidad normativa, ya que la gran mayoría de las leyes provinciales (el 60%) no regula este punto tan sensible para la efectividad del derecho. Más aún, las restantes seis provincias que sí lo hacen (el 40%) no crean un órgano independiente, por lo que tampoco cubren las exigencias internacionales en el punto.

## V.E. Plazos de respuesta y prórroga

Para que el acceso a la información pública sea un derecho que se efectivamente es necesario no solo establecer un plazo dentro del cual la autoridad tiene que dar esa información, sino también que dicho plazo debe ser razonable.

Los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE en su Declaración Conjunta de 2004, sostuvieron que “el acceso a la información es un derecho de los ciudadanos. Como resultado, el proceso para acceder a la información deberá ser simple, rápido y gratuito o de bajo costo” y el Comité Jurídico Interamericano declaró en sus “Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información”, que “deben implementarse reglas claras, justas, no discriminatorias y simples respecto al manejo de solicitudes de información. Estas reglas deben incluir plazos claros y razonables, la provisión de asistencia para aquel que solicite la información, el acceso gratuito o de bajo costo y que, en ese caso, no exceda el costo de copiado o envío de la información. Las reglas deben disponer que cuando el acceso sea negado, deben darse las razones específicas sobre la negativa en un tiempo razonable”.<sup>29</sup> Así, en el derecho comparado, sobre todo europeo, encontramos que dicho plazo se establece entre 20 y 30 días.<sup>30</sup>

El Modelo de Ley de la OEA ha interpretado que un plazo corto y razonable es de 20 (veinte) días.

### “Período de Respuesta

35. (1) Toda autoridad pública deberá responder a una solicitud de información lo antes posible y, como máximo, dentro de [veinte] días hábiles contados a partir de la recepción de la solicitud.

(2) En caso que una solicitud haya sido transferida de una autoridad pública a otra, la fecha de recibo será la fecha en que la autoridad pública competente para responder la solicitud la recibió, pero en ningún caso deberá esa fecha exceder los [diez] días hábiles a partir de la fecha en que la solicitud fue inicialmente recibida por una autoridad pública con competencia para recibir solicitudes de información”.

Asimismo, si la autoridad no lograra encontrar la información dentro de ese plazo, por las razones que fueren (siempre justificables, claro está), puede solicitar una prórroga. Esta situación también está prevista por la Ley Modelo en su artículo 36:

29. CORTE IDH, “El Derecho de acceso a la...”, p. 8.

30. GUICHOT REINA, “Transparencia y acceso a la...”, p. 45.

### “Prórroga

36. (1) Toda vez que una solicitud requiera una búsqueda o revisión de un gran número de documentos, una búsqueda en oficinas físicamente separadas de la oficina que recibió la solicitud o consultas con otras autoridades públicas antes de alcanzar una decisión con respecto a la divulgación de la información, la autoridad pública que tramita la solicitud podrá prorrogar el plazo para responder a la solicitud por un período de hasta [veinte] días hábiles adicionales”.

Por último, también debe preverse cuándo ha de entenderse que existe una denegatoria (tácita, claro está) de la autoridad pública ante su silencio o inactividad. La Ley Modelo, en el mismo art. 36, en su párrafo 2, prevé esta situación:

“(2) En caso que la autoridad pública no pueda completar el proceso de respuesta en [veinte] días hábiles o, si se cumplen con las condiciones del Párrafo 1, en [cuarenta] días hábiles, la falta de respuesta de la autoridad pública se entenderá como un rechazo a la solicitud”.

En el derecho público provincial encontramos plazos que oscilan entre un mínimo de cinco a un máximo de 30 días. En lo que respecta al plazo de respuesta, la provincia que fija el plazo más breve es la provincia del Chubut, la cual dispone: “Todo funcionario público que deba facilitar el acceso a las fuentes de información deberá efectivizarlo dentro de los *cinco (5) días hábiles* de habersele formulado el requerimiento de acceso por cualquier medio, incluso verbal, debiendo en este último supuesto labrar acta o diligencia y entregar constancia al peticionante de su requerimiento”. En cambio, si lo que se solicita es un “informe escrito relacionado con la identificación de fuentes de información pública el funcionario responsable deberá expedirse dentro del término de *diez (10) días hábiles* de habersele efectuado la solicitud” (art. 3º, Ley I N° 156).

La provincia de Buenos Aires fija el término de respuesta en ocho días, sin especificar si estos son corridos o hábiles (art. 14 del Anexo I del Decreto provincial N° 2549/04). Las provincias de Córdoba, Misiones, San Luis, Santa Cruz y Tierra del Fuego establecen el plazo de respuesta en 10 días –todas menos Córdoba y Tierra del Fuego establecen que son días hábiles–; CABA, Chaco, Jujuy y Neuquén, al igual que la ley nacional (art. 11), lo fijan en 15 días –solo CABA y Neuquén especifica que son días hábiles–; Santiago del Estero lo fija en 20 días hábiles y finalmente Catamarca en 30 días hábiles.

Las provincias de Río Negro y Corrientes no establecen un plazo de respuesta. Corrientes, sin embargo y como se verá más adelante, establece un plazo genérico de 30 días transcurridos los cuales se considera directamente que ha habido denegatoria tácita.

Con respecto a la *prórroga*, la mayoría de las provincias se inclinan por otorgar el mismo plazo que el de respuesta: Córdoba, Misiones, San Luis, Santa Cruz y Tierra del Fuego otorgan otros diez días de prórroga. Chaco otorga también otros 15 días a los 15 días originarios para la respuesta (como lo hace también la ley federal, art. 10). Otras provincias dan una prórroga con una cantidad menor de días al plazo originario de respuesta: así, Jujuy da solo cinco días de prórroga, CABA otorga 10 días hábiles, Catamarca 15 días hábiles y Santiago del Estero da 15 días hábiles; otras lo aumentan, como Buenos Aires que da 10 días de prórroga.

Además, la provincia de Misiones fija una segunda prórroga, que denomina "Prórroga extraordinaria". Según el art. 10 de la Ley IV N°58, si resultare imposible proporcionar la información requerida en los plazos de respuesta y de la primera prórroga (ambos de 10 días hábiles), el organismo fijará "por una sola vez, un nuevo plazo para satisfacer lo solicitado". La normativa no especifica de cuántos días puede ser este nuevo plazo, pero sí establece que esta prórroga extraordinaria debe ser aceptada por el solicitante y, en caso de no aceptación por parte de este, queda habilitada la vía judicial (Arts. 9° y 10, Ley IV N°58).

Lo importante, más allá de la cantidad de días, es que las legislaciones provinciales fijan un plazo cierto y este oscila dentro de los plazos razonables que fijan la OEA y la CIDH y que encontramos también en el derecho comparado. No fijan un plazo de prórroga las provincias de Chubut, Corrientes y Río Negro.

Por último, debemos considerar la recepción de la *denegatoria tácita* en estas legislaciones, es decir, a partir de qué momento el solicitante debe tener por rechazado su pedido a los efectos de iniciar los reclamos pertinentes para hacer efectivo su pedido. La mayoría de las provincias establecen que vencidos los plazos de respuesta y eventualmente también el de prórroga –si el administrador ha hecho uso de esa prórroga– la solicitud se considerará denegada: Catamarca, Chaco, Chubut, Córdoba, Jujuy, Misiones (si el solicitante rechaza la segunda prórroga, o bien vencida el término de esta), San Luis, Santa Cruz y Tierra del Fuego. Esta es también la solución adoptada por la legislación federal (art. 13, 3° y 4° párrafos).

La provincia de Buenos Aires fija directamente el plazo de 30 días (art. 7º, Ley N° 12475 y art. 17, Anexo I del Decreto provincial N° 2549/04) y Corrientes no fija plazo de respuesta ni de prórroga, sino que simplemente establece que "transcurridos 30 días hábiles sin que la autoridad se haya expedido, la solicitud se considerará denegada" (art. 6º, Ley 5834). CABA y Santiago del Estero no establecen nada respecto de la denegatoria tácita. En estos casos, sin embargo, debiera aplicarse los principios generales establecidos por las respectivas leyes de procedimientos administrativos de estas jurisdicciones, las cuales contienen disposiciones al respecto: así, por ejemplo, la Ley de Procedimientos Administrativos de Santiago del Estero y de la CABA establecen que el silencio de la administración se tendrá como denegación de lo solicitado –siempre que las normas especiales no previeran un plazo determinado– después de transcurridos 60 días.<sup>3132</sup>

Por último, en el caso de la provincia de Neuquén no existe la denegatoria tácita propiamente dicha, sino que el solicitante debe "requerir un pronunciamiento expreso de la autoridad requerida por escrito con petición de pronto despacho" y si recién después de transcurridos 10 días hábiles de recibida esa interpelación, la autoridad requerida siguiera sin pronunciarse, quedará habilitada la vía judicial idónea, sin más trámite (art. 11, Ley N° 3044).

31. Santiago del Estero, Argentina. Ley de Procedimiento Administrativo N° 6.718 (2005): Art. 65.- Silencio o ambigüedad. El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Solo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeran un plazo determinado para el pronunciamiento, este no podrá exceder de sesenta (60) días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros quince (15) días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración.

32. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. DNU N° 1510/GCABA/97 (del 22 de octubre de 1997): Art. 10.- Silencio o ambigüedad de la Administración. El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requiera de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Solo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeran un plazo determinado para el pronunciamiento, este no podrá exceder de sesenta días; vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución se considerará que hay silencio de la Administración.

**Tabla N° 2: Plazos de respuesta, prórroga y denegatoria tácita en las leyes provinciales.**

Provincia	Respuesta	Prórroga	Deneg. tácita
Nación	15	15	
BA	8	10	30
CABA	15 h (*)	10 h	No
CAT	30 h	15 h	Sí
CHA	15	15	Sí
CHU	5 o 10	No	Sí
CBA	10	10	Sí
CORR	No	No	30 h
JUJ	15	5	Sí
MIS	10 h	10 h	Sí
NEU	15 h	15 h	10 h (**)
RN	No	No	No
SL	10 h	10 h	Sí
SC	10h	10h	Sí
SE	20h	15h	No
TF	10	10	Sí

\*La "h" indica días "hábiles".

\*\* Previo Pronto despacho.

Fuente: elaboración propia.

## V.F. Recursos ante la justicia

Como corolario del punto anterior, surge la necesidad de prever un mecanismo que le dé al administrado la posibilidad de recurrir ante la justicia frente a la denegatoria o silencio de la administración. Si esta instancia no se habilitara, toda la infraestructura creada por la legislación quedaría en letra muerta, ya que no habría posibilidad alguna para exigir y hacer cumplir a la administración un deber que se le es impuesta tanto por estas leyes específicas, como por el más genérico principio republicano de gobierno receptado por todas las constituciones provinciales.



Santiago del Estero es la única de las 15 provincias que regulan el derecho de acceso a la información pública que no prevé un recurso o instancia posterior para reclamar el incumplimiento de la administración. En este caso, como se sostuvo anteriormente respecto del silencio de la administración, deberá estarse a lo que dispone la ley local sobre procedimientos administrativos (ver art. 65 Ley de Procedimiento Administrativo de Santiago del Estero Ley N° 6718) o bien el recurso más genérico del amparo (prevista por la Carta Magna local en el art. 59 como "Amparo judicial").<sup>33</sup> Así sucede también con el caso español, por ejemplo, en el que la Ley 30/1992 al no establecer provisiones específicas en materia de garantías, se aplica el sistema de recursos ordinarios administrativos y contencioso administrativos.<sup>34</sup>

Salvo aquellas excepciones, en el ordenamiento provincial encontramos dos modalidades: una que habilita directamente la vía judicial y otra que, antes de hacerlo, requiere un paso previo ante la misma administración. En este segundo supuesto se encuentran dos provincias, Buenos Aires, que establece que "contra las decisiones que denieguen el derecho de acceso a documentos administrativos podrán interponerse los *recursos administrativos y/o acciones* que el ordenamiento jurídico permita" (art. 18 del Anexo I del Decreto provincial N° 2549/04) y Neuquén, que, según su legislación, si cumplido el plazo sin que la administración hubiera proveído la información solicitada, el interesado debe "requerir un pronunciamiento expreso de la autoridad requerida por escrito con petición de *pronto despacho*" y recién si vencido el plazo de 10 días hábiles de recibida esa interpelación, la administración siguiera sin pronunciarse, "quedará habilitada la vía judicial idónea, sin más trámite" (art. 11, Ley N° 3044). Consideramos que en estos casos la introducción de otra etapa administrativa a un procedimiento redundaría en más demora en un procedimiento que debiera ser rápido, fácil y expedito.

En el primer supuesto, es decir, la habilitación de la instancia judicial de manera directa, se encuentran la mayoría de las provincias: un primer subgrupo habilita, sin más, la vía judicial: Catamarca establece que "tanto el silencio como la ambigüedad o inexactitud de su respuesta hará presumir

33. El amparo fue el recurso utilizado en nuestro país para exigir respuestas ante el silencio o denegatoria por parte de los poderes del Estado a proveer información pública (véase al respecto OYHANARTE y KANTOR).

34. GUICHOT REINA, "Transparencia y acceso a la...", p. 48.

la negativa a brindarla quedando habilitado el particular a *interponer la acción más idónea*" (art. 6, Ley N° 5336); Chaco establece que "quedará expedita la vía judicial" (art. 6, Ley N° 6431); Misiones establece que si el solicitante no acepta una segunda prórroga, "deja habilitada la vía judicial" (art. 10, Ley IV N°58) y Santa Cruz, que dispone que "el silencio, una vez vencido el plazo, o la respuesta ambigua, parcial o inexacta de la administración o de la empresa, permitirá interponer los recursos judiciales correspondientes" (art. 7, Ley N° 3540). Las restantes provincias utilizan distintos institutos con diferentes denominaciones: así, Chubut habla de *amparo judicial* (art. 3, Ley I N° 156), Jujuy de *amparo por mora* (art. 13, Ley N° 5886), Río Negro de *mandamiento de ejecución* (art. 7, Ley N° 1.829, regulado por el art. 44 de la Constitución provincial) y San Luis al igual que Tierra del Fuego hablan de *acción de amparo por mora de la Administración* (art. 8, Ley N° V-0924-2015 y art. 8, Ley N° 653, respectivamente).

La provincia de Córdoba diferencia según se trate de un caso de silencio de la administración, el cual transcurrido el plazo previsto por la ley local, se considera que existe negativa, y habilita la *acción de amparo por mora de la Administración* o bien si ha mediado una resolución denegatoria, en cuyo caso, procede la *acción de amparo* (art. 8, Ley N° 8803).

Además, CABA da la opción al solicitante de exigir o bien a través de la vía del *reclamo* (regulada por la propia Ley N° 104 en los arts. 32 a 35) o bien a través de la *acción de amparo* (art. 12, Ley N° 104) y Corrientes habilita la *acción de amparo* o el *hábeas data*, según corresponda (art. 7°, Ley N° 5834). Esta solución también es propiciada por la ley nacional que establece que las decisiones (o la falta de ellas) son recurribles o bien mediante *acción judicial* (amparo, dentro de los 40 días hábiles) ante los tribunales de justicia de primera instancia en lo contencioso administrativo o bien mediante reclamo administrativo que puede ser presentado ante la Agencia de Acceso a la Información Pública o directamente ante el órgano que corresponda según el legitimado pasivo (art. 14). Agrega además que en ninguno de estos casos podrá ser exigido el agotamiento de la vía administrativa (art. 14, 2° párr.).

Como se puede observar, 14 de las 15 provincias prevén un recurso frente al silencio (el cual se considera denegatoria tácita) o ante la denegatoria expresa de provisión de información pública, cumpliendo, en este aspecto, con los estándares de calidad internacionales.

## V.G. Sanciones

La ausencia de sanción expresa al funcionario que no cumple con su deber de informar no se ve suplida con la existencia de un recurso ante la justicia, en la que el ciudadano pueda finalmente hacer cumplir este deber. Ello es así porque al no haber sanción el funcionario se vería libre de dificultar a los ciudadanos el acceso a la justicia –aun cuando estos recurran después a la justicia– sin temor a ninguna sanción y por tanto, verse libre de actuar impunemente, rechazando deliberadamente las solicitudes de información pública.

James MADISON advertía ya que las provisiones legales (o constitucionales) no eran más que “barreras de papel” [*parchment barriers*],<sup>35</sup> es decir que podrían quedar sin eficacia alguna si no iban acompañadas de efectivos mecanismos de coerción: “*covenants, without the sword, are but words*” dirá también con la misma suspicacia práctica Thomas HOBBS en *El Leviatán* (1651) siglo y medio antes que el *The Federalist Papers* (1788). Más reciente en el tiempo, Elinor OSTROM recordará la importancia de esta idea, aun cuando parezca demasiado obvia: “Una [...] lección importante aprendida después de más de tres décadas de investigación es que la simple aprobación de una ley o la aprobación de un tratado no es el equivalente a crear una institución eficiente [...] Mientras esta lección parece obvia para muchos, frecuentemente no ha sido utilizada en el diseño institucional”.<sup>36</sup>

En este sentido, los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE expresaron, entre las recomendaciones de la Declaración Conjunta de 2004, que “las autoridades nacionales deberán tomar medidas activas a fin de abordar la cultura del secretismo que todavía prevalece en muchos países dentro del sector público”, lo cual, entre otras cosas, “deberá incluir el establecimiento de sanciones para aquellos que deliberadamente obstruyen el acceso a la información” y la Sala Primera del Tribunal Constitucional del Perú indicó que:

“Las sanciones a los funcionarios y servidores públicos que obstruyan u obstaculicen de cualquier modo la materialización del derecho de acceso a la información pública. *Estas sanciones no son solo necesarias, sino inherentes a la defensa y protección de los derechos fundamentales, ya que con ello se coadyuva a alcanzar el objetivo de la efectiva vigencia de tales*

35. MADISON, “The same subject continued, with a...”, p. 256.

36. OSTROM, “Rules without Enforcement Are But Words on Paper”, p. 10.

*derechos*. Y es que con las sanciones a las conductas contrarias a los derechos fundamentales, se pretende también desincentivarlas, persuadiendo así al resto de la sociedad a que las asuma como conductas normales, social o legalmente aceptadas".

En el derecho comparado encontramos legislaciones que prevén distintos tipos de sanciones a los funcionarios que de algún modo obstaculicen el acceso a la información pública; otras en cambio no prevén ningún tipo de sanción, tales como los casos de Tailandia y Kirguistán. La ley norteamericana de 1966 fue sumamente deficiente en este sentido, ya que no establecía plazos de cumplimiento ni preveía pautas reglamentarias para la revisión judicial ni contemplaba sanciones por incumplimiento.<sup>37</sup> Entre aquellas legislaciones que prevén sanciones (la mayoría) es posible diferenciar entre legislaciones que solo prevén sanciones de tipo administrativas y aquellas que prevén también sanciones civiles y penales. Así, por ejemplo, en Jamaica, Bulgaria, Sudáfrica y Perú la obstrucción deliberada de información es un *delito penal* cuya condena puede llegar incluso al encarcelamiento.<sup>38</sup> En la India se le otorga al organismo de supervisión el poder de imponer *multas* por obstrucción y puede también realizar recomendaciones sobre *medidas disciplinarias* ante casos de abusos persistentes.<sup>39</sup>

La Ley Modelo de la OEA receta expresamente la doble responsabilidad de los funcionarios, civil y penal:

#### Responsabilidad Penal y Civil

64. Nadie será objeto de acción civil o penal, ni de perjuicio laboral, por un acto de buena fe en el ejercicio, cumplimiento o intención de cumplimiento de las facultades o atribuciones en los términos de la presente Ley, siempre que se haya actuado razonablemente y de buena fe.

65. Es delito penal actuar deliberadamente con intención de destruir o alterar documentos una vez hayan sido objeto de una solicitud de información.

66. (1) Se considerarán como infracciones administrativas las siguientes conductas deliberadas:

37. BLANTON, "La experiencia de Estados Unidos con...", p. 15.

38. MENDEL, Freedom of Information: A Comparative Legal Survey, p. 152.

39. MENDEL, Freedom of Information: A Comparative Legal Survey, p. 152.

- a) Obstruir el acceso a cualquier documento en forma contraria a lo dispuesto en las Secciones II y III de esta Ley;
- b) Impedir a una autoridad pública el cumplimiento de sus obligaciones bajo los Capítulos Secciones II y III de esta Ley;
- c) Interferir con el trabajo de la Comisión de Información;
- d) Incumplir las disposiciones de esta Ley;
- e) Omitir la creación de un documento en incumplimiento de políticas o normas aplicables o con la intención de impedir el acceso a la información; y
- f) Destruir documentos sin autorización.

(2) Cualquier persona puede denunciar la comisión de una de las infracciones administrativas definidas anteriormente.

(3) Las sanciones administrativas se regirán por el derecho administrativo del Estado y podrán incluir multa [de hasta x salarios mínimos], suspensión por un período de [x] meses/años, destitución o inhabilitación para el servicio por un período de [x] meses/años.

(4) Cualquier sanción deberá ser publicada en el sitio Web de la Comisión de Información y de la autoridad pública dentro de los cinco días de haber sido impuesta."

En la legislación provincial, la mayoría de las provincias (ocho en total) prevén la responsabilidad tanto administrativa como civil y penal. Estas leyes establecen que si un funcionario de forma arbitraria e injustificada obstruyera el acceso del solicitante a los documentos requeridos o los suministre en forma incompleta o bien obstaculice de cualquier otro modo el cumplimiento de la ley, se lo considerará incurso en *falta grave*, independientemente de las "responsabilidades que pudieran caberle conforme lo previsto en los Códigos Civil y Penal de la Nación" como establece el art. 23 del Anexo I del Decreto N° 2549/04 de la Provincia de Buenos Aires y en idénticos términos las leyes de CABA, Catamarca, Chaco, Misiones, Neuquén, San Luis y Santa Cruz.

En cambio, las provincias de Chubut, Córdoba, Río Negro, Santiago del Estero y Tierra del Fuego se limitan a establecer la *falta grave* como sanción del funcionario público que no cumple con los deberes que le impone la ley. La ley de Río Negro establece directamente los tipos de sanciones aplicables, que son las típicas sanciones administrativas, a saber: "apercibimiento, suspensión, multa que no supere la asignación de un mes

de sueldo, o cesantía" (art. 5º, Ley N° 1829) y la de Jujuy establece que "serán pasibles de *las sanciones que se dispongan mediante reglamentación*, siempre teniendo en cuenta la gravedad de la falta y, en su caso, la reincidencia" (art. 14, Ley N° 5886).

En resumen, 14 de las 15 provincias prevén sanciones a los funcionarios que no cumplan con la ley. Solo la provincia de Corrientes no establece sanción alguna. Dentro del grupo de provincias que sí establecen sanciones, encontramos, en primer lugar, que todas ellas establecen sanciones administrativas ("falta grave"), y un subgrupo de ocho provincias que además prevé la posibilidad de aplicar sanciones de tipo civil y penal. Dentro de esta última solución se inserta también la ley federal, que establece tanto la sanción administrativa ("falta grave") como las civiles y penales (art. 18).

## VI. CONCLUSIONES

A lo largo del trabajo se ha puesto de manifiesto que, en términos generales, la normativa provincial que regula el derecho de acceso a la información pública cumple, en forma más o menos acabada, con los estándares internacionales (al menos con los que se han seleccionado para efectuar este trabajo).

Como muestra la tabla a continuación, casi todos los principios o parámetros están contenidos. Pero en este caso en particular, cuando de diseño institucional se trata, no es el vaso medio lleno el que hay que observar, sino la mitad vacía. Pues, como se sostuvo al comienzo, aun cuando uno solo de estos requisitos falte, o no esté regulado de manera expresa y concisa, toda la estructura institucional en torno a la eficacia del derecho, es de decir, todo el diseño jurídico elaborado para hacer realmente efectivo el derecho de acceso a la información pública puede quedar enervado y el derecho, letra muerta.

Lo primero que cabe resaltar es que aún hoy existen provincias que ni siquiera han legislado en materia de acceso a la información pública: Formosa, La Pampa, La Rioja, Mendoza, San Juan y Tucumán. En total, son seis las provincias que aún no han legislado en la materia, ni siquiera a través de decretos. Por otra parte, otras tres provincias lo hacen, pero de manera incompleta, ya que regula este derecho a través de decretos del poder ejecutivo, lo que limita enormemente su ámbito de aplicación: Salta, Entre Ríos y Santa Fe solo cuentan con decretos del poder ejecutivo

provincial. En total, podría afirmarse, son nueve las provincias que no regulan o regulan de manera deficiente e incompleta el derecho de acceso a la información pública, cerca del 40% de los gobiernos subnacionales en el país.

Dentro de las 15 provincias que regulan –como es debido– mediante una ley este derecho, encontramos varias deficiencias en sus diseños. A partir de la muestra de los siete principios que se tomaron de la Ley Modelo de la OEA, vemos que la gran mayoría de las leyes provinciales no los cumplen acabadamente.

Salvo Chaco y Misiones, el resto de las leyes provinciales adolecen de alguno de los principios reseñados. El principal principio que está ausente en las leyes provinciales es tal vez uno de los más importantes, el de la autoridad de aplicación. Tan solo seis provincias lo prevén, pero aun en estos casos, los órganos o agentes siguen siendo meros dependientes de las autoridades administrativas y dentro de estas, al jefe de la administración, es decir, el gobernador. Sin un órgano eficiente, independiente y autónomo, dotado de recursos y funciones necesarias e indispensables para llevar adelante su tarea, difícilmente se puede combatir la cultura del secretismo, tan arraigada en las administraciones provinciales. Sin un órgano, el cumplimiento de este deber del Estado queda a la mera discreción del empleado público.

Como bien señala Oscar OSZLAK, con una visión realista del asunto, “los supuestos sobre los que descansa la filosofía de gobierno abierto, exageran algunas cuestiones: la disposición de los gobiernos de renunciar al secreto, de instar a sus funcionarios a que escuchen y respondan las propuestas y críticas de los ciudadanos y que los inviten a coparticipar en la producción de bienes y servicios, que les rindan cuenta de su gestión”<sup>40</sup>. Resulta sumamente importante partir de este tipo de premisas a la hora de construir diseños institucionales eficientes, que, justamente, no partan de supuestos falsos e ingenuos, tal como por ejemplo, de que cualquier funcionario o empleado público colaborará y cumplirá prestamente con el deber de proporcionar información a cualquiera que la solicite.

Resultará prácticamente imposible combatir la cultura del secretismo e instaurar, en su lugar, la de la participación y del gobierno abierto si no existe un órgano específico, capacitado, que promueva este tipo de valores y sancione –cuando fuera necesario– los incumplimientos.

41. OSZLAK, “Gobierno abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública”, p. 4.

Tabla N° 3: Recepción de los principios en el ordenamiento jurídico provincial.

PROV.	Obligados	Leg. Activo	Costos	Autoridad	Plazos			Recursos	Sanción	
					Respuesta	Prórroga	Den. Táct.		Adminis.	Civil y penal
Nación	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
BA	X	X	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
CABA	✓	✓	✓	✓	✓	✓	X	✓	✓	✓
CAT	✓	✓	✓	X	✓	✓	✓	✓	✓	✓
CHA	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
CHU	✓	X	X	✓	✓	X	✓	✓	✓	X
CBA	✓	✓	✓	X	✓	✓	✓	✓	✓	X
CORR	X	X	✓	X	X	X	✓	✓	X	X
ER										
FOR										
JUJ	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	X
LP										
LR										
MZA										
MIS	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
NEU	✓	✓	✓	X	✓	✓	✓	✓	✓	✓
RN	✓	X	X	X	X	X	X	✓	✓	X
SAL										
SJ										
SL	✓	✓	✓	X	✓	✓	✓	✓	✓	✓
SC	✓	✓	✓	X	✓	✓	✓	✓	✓	✓
SF										
SE	✓	✓	✓	X	✓	✓	X	X	✓	X
TF	✓	✓	✓	X	✓	✓	✓	✓	✓	X
TUC										

Fuente: Elaboración propia.

Dentro de las leyes provinciales analizadas, la más atrasada es la de la provincia de Río Negro, que es, al mismo tiempo, la más antigua –la norma data de 1984– ya que no cumple con casi ninguno de los principios analizados. La de la provincia de Corrientes, aunque mucho más reciente (la ley es de 2008), también se encuentra muy atrasada en materia de accesibilidad, ya que solo recepta dos de los siete principios.

Resulta necesario avanzar y profundizar en estos principios rectores del derecho de acceso a la información para generar leyes de calidad que logran



hacer efectivo del derecho de acceso a la información y permitan instaurar la cultura del gobierno abierto y la transparencia a través de la participación, principios que son en definitiva el objetivo final de este tipo de legislación.

A ello debemos sumar el hecho que las provincias tienen responsabilidad institucional de adoptar este tipo de normativas, obligación que tiene raigambre constitucional e incluso internacional,<sup>41</sup> ya que los Estados se obligan, al firmar un Tratado Internacional, a aplicar o replicar en su derecho interno los compromisos internacionales asumidos y los derechos y garantías que aquellos instrumentos contengan, como es el caso del derecho de acceso a la información en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), la Convención Interamericana contra la Corrupción (1997) y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2006), el primero de ellos, con jerarquía igual al de la Constitución Nacional, de acuerdo con el art. 75, inc. 22. Esta obligación no se agota con la mera sanción de una ley, sino que la misma cumpla con los parámetros internacionales establecidos en la materia.

De lo contrario, se confirmaría la tendencia propia del derecho su subnacional argentino de ampliar discursivamente los derechos, ya que la existencia de ciertos defectos en el diseño institucional termina por hacer inoperable tal derecho y, en la práctica, se reducen a ser letra muerta. Aun así, y a pesar de ello, el reconocimiento expreso de este derecho no deja de ser un avance importante, ya que constituye una herramienta en manos de la sociedad civil para empezar a cambiar el paradigma de la administración pública, renovando viejas prácticas por otras basadas en la apertura, la participación y la transparencia.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, John y SANDOVAL, Irma, "Leyes de acceso a la información en el mundo", en *Cuaderno de Transparencia N° 7*, México DF: Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2008.
- , "The Global Explosion of Freedom of Information Laws", en *Administrative Law Review* Vol. 58, N° 1, Winter, 2006, pp. 85-130.
- BARRERA BUTELER, Guillermo, "Atribuciones de las provincias en material de declaraciones, derecho y garantías", en HERNÁNDEZ, Antonio M.

42. Como bien señala DÍAZ CAFFERATA, "El derecho de acceso a la...", p. 181.

- y BARRERA BUTELER, Guillermo (coord.), *Derecho Público Provincial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp. 210-220.
- BLANTON, Thomas, "La experiencia de Estados Unidos con respecto a la Ley de Libertad de Información: activismo del Congreso, liderazgo de los medios de comunicación y política burocrática", en *Derecho Comparado de la Información*, julio-diciembre, N° 2, 2003, pp. 3-36.
- BUTELER, Alfonso, *Derecho Administrativo Argentino*, T. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "El Derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano", Washington: Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010.
- Comité Jurídico Interamericano, Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información, 73° Período Ordinario de Sesiones OEA/Ser. Q, 4 al 14 de agosto CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08), Rio de Janeiro, Brasil, 2008.
- Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, 2009, URL [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso\\_informacion\\_desarrollos\\_convenio\\_consejo\\_europeo.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_desarrollos_convenio_consejo_europeo.pdf)
- DÍAZ CAFFERATA, Santiago, "El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley", en *Lecciones y Ensayos*, N° 86, 2009, pp. 151-185.
- DÍAZ, Vanessa y BRINGAS VALDIVIA, José M., "Autoridades reguladoras independientes en materia de acceso a la información", en *Derecho Comparado de la Información*, N° 9, 2007, pp. 81-102.
- GUICHOT REINA, Emilio, "Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas", en *Fundación Alternativas*, Documento de trabajo 170/2011, 2011.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán: O la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*, Madrid, Alianza, 1996.
- MADISON, James, "The same subject continued, with a view to the means of giving efficacy in practice to that maxim" en HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY John, *The Federalist Papers*, Indianapolis: Liberty Fund, Article No. 48, 2001, pp. 256-260.
- MENDEL, Toby, *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, París, UNESCO, 2008.
- OEA, *Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública y su Guía de Implementación*, Washington, Departamento de Derecho

Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, 2012.

OSTROM, Elinor, “Rules without Enforcement Are But Words on Paper”, *IHDP (International Human Dimensions Programme on Global Environmental Change)*, Newsletter 2/2004, pp. 8-10.

OSZLAK, Oscar, “Gobierno abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública”, *Colección de documentos de trabajo sobre e-Gobierno N° 5*, Red de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe – Red GEALC, septiembre, 2003.

OYHANARTE, Marta y KANTOR, Mora, “El derecho de acceso a la información pública en la Argentina. Un análisis de su situación normativa y su efectividad” en BATCH, María *et al. Poder Ciudadano, Corrupción y Transparencia, Informe 2014*, Capítulo VII, Buenos Aires, Eudeba, 2015, pp. 253-280.

RUBIO NÚÑEZ, Rafael y VALLE ESCOLANO, Raquel, “Implantando la transparencia en el ámbito local: hablan los protagonistas”, en *Dilemata*, Año 10, N° 27, 2018, pp. 311-331.

SACRISTÁN, Estela y RATTI MENDEÑA, Florencia, “Procedimiento Administrativo y Acceso a la Información Pública”, en POZO GOWLAND, Héctor *et al.* (directores), *Procedimiento Administrativo*, Tomo IV, *Procedimientos Administrativos Especiales*, Capítulo XXII, Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 869-908.



## LA IRRADIACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO DEL TRABAJO: LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES ESPECÍFICOS E INESPECÍFICOS EN LA ERA GLOBALISTA\*

JUAN FACUNDO BESSON\*\*

**Resumen:** Los derechos humanos han influido en el campo del derecho del trabajo y viceversa. Esto se puede corroborar cuando constatamos principios, derechos y garantías establecidos en las constituciones nacionales y disposiciones inferiores como así también en normas internacionales y regionales. El propósito del presente artículo es poner en debate el decálogo de derechos humanos laborales, atento la incorporación junto a los derechos específicos laborales –los inherentes a la relación laboral– de aquellos derechos humanos que no son propiamente laborales, pero que son inherentes a la persona, tales como: intimidad, imagen, libertad de expresión, etc.; y que se impregnan y son coetáneos a la relación laboral. En consecuencia ¿Cómo deben ser interpretados y ponderados por el legislador, autoridades administrativas, operadores del Derecho y magistrados? ¿Es necesaria una readaptación del decálogo de los derechos humanos laborales? ¿Es necesario que se reglamenten en los códigos o leyes laborales? ¿Debe ser una tarea jurisdiccional su adopción y su ponderación en el campo de la relación laboral? Estos y muchos otros interrogantes son los que se trabajan a continuación.

**Palabras clave:** derecho internacional de los derechos humanos – derechos humanos laborales – derecho del trabajo – derechos humanos laborales específicos – derechos humanos laborales inespecíficos

\* Recepción del original: 14/06/2018. Aceptación: 06/09/2018.

\*\* Abogado graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, miembro del Instituto de Derecho Público y Ciencia Política del Colegio de Abogados de la Segunda Circunscripción de Santa Fe (Rosario), miembro del Centro de estudios e investigaciones Sociales, Políticas y Jurídicas "Renato Treves" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Docente Adscripto de Derecho Político de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

**Abstract:** Human rights and Labor Law influence each other. This can be corroborated when we verify principles, rights and guarantees established in national constitutions and inferior rules as well as international and regional standards. The purpose of this article is to discuss the decalogue of human rights at work, aware of the incorporation together with specific labor rights, –the inherent to the labor relationship–, of those human rights that are not strictly labor, but are inherent to the person as they are: privacy, image, freedom of expression, etc.; and that are impregnated and are contemporary to the employment relationship. Consequently, how should they be interpreted and considered by the legislator, administrative authorities, legal operators and magistrates? Is it necessary to readjust the decalogue of human rights at work? Is it necessary to regulate in the codes or labor laws? Should its adoption and its weighting in the field of labor relations be a jurisdictional task? These and many other questions are those that are discussed below.

**Keywords:** international human rights law – labor human rights – labor law – specific labor human rights – nonspecific labor human rights

## I. PROPEDEÚTICA

Los derechos humanos o fundamentales<sup>1</sup> son coetáneos con la propia aparición del hombre, son atributos que le pertenecen por su propia naturaleza. Desde una perspectiva amplia son considerados como aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna. Son independientes de factores particulares como el estatus, sexo, orientación sexual, etnia o nacionalidad, y son independientes o no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente.<sup>2</sup> Desde la perspectiva de Joaquín Ruiz, los derechos humanos son las:

1. Siguiendo a Ermida Uriarte, "La posición predominante en la doctrina rioplatense en materia constitucional, internacional, de Argentina y Uruguay, no hace diferencia entre el concepto de derechos humanos y derechos fundamentales". ERMIDA URIARTE, "Los Derechos Laborales como Derechos Humanos", p. 3.

2. COLMENARES BASTIDAS, "Los derechos laborales inespecíficos. Enfoque en...", p. 64.

"exigencias básicas del ser humano, en todos los tiempos, lugares y culturas que se van concretando en el curso histórico en derechos públicos subjetivos tanto individuales como sociales, que también tienen un punto en común al que todos se refieren, que es la necesidad de respetar la dignidad de la persona y de todos los valores que fluyen de esa dignidad, que son básicamente la libertad, la igualdad y la solidaridad".<sup>3</sup>

Hoy en día los derechos humanos están reconocidos en los Corpus normativos tanto de origen nacional como internacional. Atendiendo a este reconocimiento expreso, *a priori* pareciera que ya está todo dicho, sin embargo, como su propia definición lo enuncia, son inherentes a las personas humanas, y estas a su vez cumplen diversos roles en el ejercicio de su vida como seres individuales. En este sentido los derechos humanos, considerados desde una matriz positivista, son fundamentales porque están *supra* ordenados al legislador y a la autoridad administrativa y están *supra* ordenados al ordenamiento jurídico nacional, por normas superiores, por la Constitución y por las normas internacionales, que son la fuente principal del derecho internacional de los derechos humanos.

Si consideramos que estos derechos humanos cumplen un papel ontológico en las múltiples interferencias intersubjetivas del hombre y la mujer tenemos que comprender al mundo del trabajo como uno de los campos<sup>4</sup> en los que la persona humana se relaciona intersubjetivamente, mundo del trabajo que comprende a la empresa como el ambiente donde el hombre y la mujer desarrollan su conducta –trabajan– ejerciendo sus derechos como sus deberes. Sin embargo, el conflicto aparece cuando en el ejercicio de sus conductas se menoscaban sus derechos humanos en su rol de trabajador.

A raíz de las metamorfosis en el mundo del trabajo, el derecho laboral ha comenzado a comprender que su tarea no es encerrarse en una dimensión, sino construir en varios frentes al mismo tiempo. Y en función de ello su tarea regulativa implica enfrentar desafíos en distintas perspectivas y dimensiones: desde los clásicos problemas de las condiciones salariales y de trabajo hasta el ingreso de los derechos fundamentales inespecíficos a la fábrica. En orden a lo expresado se puede vislumbrar como la concepción

3. RUIZ, *Aproximaciones epistemológicas a los derechos humanos*, p. 7.

4. "Campo" entendido en clave de Pierre Bourdieu, como el espacio social de acción y de influencia en el que confluyen relaciones sociales determinadas.

de los derechos fundamentales individuales, nacida en el contexto de un mercado de trabajo estructurado bajo formas prevalentes y estables de relación laboral, esté tal vez vivenciando sus últimos momentos, antes de adquirir el nuevo rostro que se considera más adecuado a la nueva realidad de comienzos del siglo XXI.

## II. ACTUALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES

La importancia que recobran para el iuslaboralismo, los derechos humanos laborales, se explica por diversos factores, se debe en parte al referido fenómeno de la globalización, a unas nuevas formas de organización del trabajo, nuevos métodos e instrumentos de control, señaladamente de orden tecnológico e, incluso, al individualismo exacerbado propio del período contemporáneo, pero también encuentra justificación en las reformas estructurales y el impacto negativo que este proceso entraña para los trabajadores en términos de una mayor vulnerabilidad y de desprotección, así como en las dificultades evidentes para recomponer las relaciones de conflicto dominadas por una corriente de flexibilización en la utilización de la mano de obra y de centralización del poder de gestión de los recursos humanos.

En este contexto el recurso a los derechos fundamentales representa el baluarte más firme contra la tiranía de la economía y los riesgos de la ciencia y de la tecnología, así como contra la degradación de las condiciones de trabajo, la reingeniería de las organizaciones empresariales y las desigualdades entre los trabajadores. Es así como el conjunto de derechos humanos reconocidos internacionalmente, una suerte de *jus cogens*<sup>5</sup> o de orden público internacional sustenta la importancia del reconocimiento, el respeto y la efectivización de los derechos humanos, no solo para el Estado –principal sujeto obligado– sino también para las personas humanas.

5. Encarnan el moderno *jus cogens*, normas de orden público internacional cuyas notas características son: a) obligan a todos los Estados, independientemente de ratificaciones o cualquier otra forma de reconocimiento nacional; b) tienen efecto *erga omnes*, en cuanto no se dirigen solo a los gobiernos, sino también a los individuos; c) pueden ser reclamados por cualquier persona o Estado, aun al margen de todo vínculo convencional o ratificación; d) son universales y no internacionales en el sentido tradicional de esta expresión; e) poseen multiplicidad de fuentes.



Desde una perspectiva dogmática, tradicionalmente la respuesta ha consistido en separar radicalmente en dos grupos de derechos, considerando que el trabajador ejerce la titularidad de sus derechos laborales en la empresa, en el seno de las relaciones laborales, y la titularidad de sus derechos como persona y ciudadano, fuera de la empresa, en su relación con el Estado y la sociedad. En otras palabras, en el seno de las relaciones laborales –en concreto, en la relación con su empleador–, el trabajador no sería titular de derechos fundamentales no laborales, ni podría apelar a estos para alterar, en algún sentido, el contenido mismo de la relación laboral. El criterio empleado para tan radical distinción obedecía a dos factores. Por un lado, a la concepción clásica de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, es decir, oponibles únicamente frente al Estado y no ante particulares; por otro, el carácter privado de la relación laboral, en cuyo seno no cabe, por consiguiente, que las partes invoquen sus derechos fundamentales para influir sobre la conformación de dicha relación, la cual debe regirse exclusivamente por la autonomía privada, con las ya indicadas limitaciones provenientes de las normas laborales heterónomas, constitucionales y legales.<sup>6</sup> Esta dicotomía comenzó a ser superada por la doctrina alemana del *Drittwirkung*: la vigencia horizontal de los derechos constitucionales.

El cambio más importante provino de la doctrina Nipperdey y la jurisprudencia alemana que introdujeron la noción de la Constitución como verdadero fundamento de la totalidad del ordenamiento jurídico, lo que implica la:

“subordinación de todas las ramas del derecho, tanto público como privado, a aquella, que hoy día, especialmente a través de la vasta enumeración de derechos que contiene, establece los principios y bases de los ordenamientos normativos sectoriales o específicos. De este modo, aquellos ámbitos tradicionalmente reservados al derecho privado se encuentran hoy insertos dentro del marco general de la Constitución como norma fundante del ordenamiento en su conjunto, sin que el carácter privado de las relaciones que aquel regula pueda oponerse válidamente a la vigencia en estas de las normas constitucionales. Ello no conduce, desde luego, a negar o devaluar el principio de la autonomía de la voluntad como fuente de estas relaciones, toda vez que la Constitución no contiene –ni puede

6. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales de la persona y...*, p. 15.

hacer una regulación exhaustiva del derecho privado, como sí la tiene respecto de la organización de los poderes públicos— sino, únicamente, los trazos esenciales de este, lo que, sin embargo, es suficiente para insertar en las relaciones de su ámbito el Principio de Supremacía de la Constitución y del mayor valor de los derechos fundamentales”.<sup>7</sup>

Un sector destacado de la doctrina, en sintonía con señalado, ha destacado el hecho de que los derechos laborales en general y, sin duda también, los consagrados a nivel constitucional están diseñados para controlar el poder empresarial ante su eventual abuso en el ejercicio del uso de su poder de dirección. En consonancia con esta postura, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha aprobado un interesante conjunto de principios-guía para los Derechos Humanos y las Empresas —Marco Ruggie—<sup>8</sup> con el objetivo de “proteger, respetar y remediar” la gestión de negocios y los problemas de derechos humanos. Con el deber estatal de proteger, los principios-guía recomiendan cómo los gobiernos deben ofrecer una mayor claridad a las expectativas y a la consistencia de las normas para las empresas en materia de derechos humanos. La responsabilidad corporativa de respeto a los principios proporciona una guía a las empresas sobre como conocer y demostrar su respeto por los derechos humanos. Los principios de acceso a remedios se centran en asegurar que cuando las personas son afectadas por las actividades de negocios, exista una adecuada rendición de cuentas y recursos eficaces, judiciales y no judiciales.

### III. DERECHOS HUMANOS LABORALES ESPECÍFICOS

#### III.A. Conceptualización

Los derechos específicos laborales tienen “su origen específico o razón de ser (exclusiva o principalmente) en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que no es posible técnicamente su ejercicio fuera de las

7. FERNÁNDEZ SEGADO, *La dogmática de los derechos humanos*, p. 62 y ss.

8. Para mayor abundamiento, ver URL <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26672.pdf>.

mismas".<sup>9</sup> Se trata de los derechos que se dan en el contexto de la relación laboral y que fuera de ella no tienen un campo de desarrollo o que no podrían ser ejercidos, siendo titulares de estos derechos específicamente laborales "los trabajadores asalariados o los empresarios (o sus representantes) en tanto que sujetos de una relación laboral".<sup>10</sup>

Se trata de los derechos que se dan en el contexto de la relación laboral y que fuera de ella no tienen un campo de desarrollo o que no podrían ser ejercidos, por ejemplo, la jornada ordinaria de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales se entiende dentro del contexto de una relación laboral en la que un trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo por un tiempo durante el día, lo que no sucede en otros tipos de relaciones jurídicas.

### III.B. Reconocimiento constitucional

Será después de la vigencia de la Constitución mexicana de Querétaro en 1917 y la alemana de Weimar de 1919, que se inicia una fase revolucionaria en la evolución histórica del derecho del trabajo, en la medida en que adquieren rango constitucional diversos principios o derechos laborales, incluso en grado superior a otros sectores del derecho privado y ello porque la constitucionalización del derecho del trabajo se acompaña de la aceptación de un nuevo enfoque en las relaciones laborales: la admisión de derechos colectivos, de sindicación, huelga y negociación colectiva.<sup>11</sup> Según Alberto Trueba Urbina, la Constitución de México de 1917 se reflejó en el Tratado de Versalles y logró internacionalizarse desde 1919.<sup>12</sup>

El ejemplo mexicano fue seguido, cercanamente por varios países latinoamericanos. La Constitución Política de la República de Chile del 18 de setiembre de 1925 se acopló al nacimiento del constitucionalismo laboral, incluyendo la protección del trabajo y la previsión social. Se agregan las Constituciones de Perú de 1933, Uruguay en 1934, Colombia y Venezuela en 1936, Bolivia en 1938, Nicaragua y El Salvador en

9. PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, p. 147.

10. PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, p. 147.

11. RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, *Constitución, derechos fundamentales y contrato de...*, p.12

12. TRUEBA URBINA, "La constitución mexicana de 1917 refleja...", p. 941.

1939, Cuba en 1940, Guatemala y Ecuador en 1946 y la Argentina en 1949.<sup>13</sup>

Esa incorporación de los derechos sociales en el elenco de los derechos humanos representó un avance considerable en la evolución de los conceptos. Supuso que en la conciencia de la sociedad no solo se le debe garantizar su libertad y su seguridad individual, sino también debe asegurarse un nivel mínimo de bienestar.<sup>14</sup>

### III.C. Derecho Internacional de los Derechos Humanos Laborales

El hecho de que muchos de los derechos laborales formen parte de los derechos fundamentales resalta la jerarquización del derecho del trabajo y de los valores que le inspiran. Los derechos humanos laborales son derechos humanos que están superordenados en la Constitución y las normas internacionales los vuelven indisponibles para el legislador ordinario, para la administración y para el operador jurídico en general.<sup>15</sup>

Los grandes instrumentos internacionales en la materia, sobre todo, de derechos humanos suelen contener un elenco nutrido de derechos y principios laborales, reconocidos y expresados como tales; derechos como la limitación de la jornada de trabajo; el descanso diario, semanal y anual; la remuneración mínima; la protección contra el despido arbitrario y, naturalmente, los derechos colectivos: libertad sindical, negociación colectiva, huelga; y también principio de progresividad, justicia social, trabajo decente, entre otros.

En este sentido podemos observar:

“[...] la doctrina y la jurisprudencia constitucional han llegado también a aceptar la integración de todos los principios y normas sobre derechos humanos, cualquiera sea su fuente, en un bloque de la más alta jerarquía y fuerza normativa, tanto en el ordenamiento interno, como en el internacional. Tal bloque de constitucionalidad de los derechos humanos representa la superación de la antigua disputa entre monismo y dualismo y ha abierto el camino hacia el reconocimiento

13. ARESE, "Los derechos humanos laborales en las Constituciones Latinoamericanas", p. 185.

14. PLA RODRÍGUEZ, "Los derechos humanos y el derecho del trabajo", p.15.

15. ERMIDA URIARTE, *Derechos humanos laborales en el derecho positivo Uruguayo*.

de un derecho de los derechos humanos, supralegal y supraconstitucional, que [...] no es ya meramente interno o internacional, sino universal".<sup>16</sup>

Nuestra Constitución Nacional a partir de 1994 con la incorporación del art. 75, inc. 22 establece que los tratados de derechos humanos que enunciados en su texto y los ratificados con posterior con mayorías parlamentarias calificadas, "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". La primera parte del enunciado ha traído consigo que, a partir de 2004, la Corte Suprema invoque fluidamente, las resoluciones de los órganos de control de Naciones Unidas, OIT y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Se puede observar que no solo la Argentina, sino toda la región latinoamericana registra un muy alto nivel de adhesión a tratados de derechos humanos de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sin perjuicio de otros instrumentos regionales como es el caso de la Declaración Socio Laboral del Mercosur renovada en 2015 y de los convenios de la OIT.

En resumen, aparece aceptado en el área latinoamericana el reconocimiento de un plexo jurídico de derechos humanos consagrado en el orden supranacional tanto general, para todos los seres humanos como delimitados dentro de las relaciones de trabajo, lo que importa la aceptación del concepto de Derechos Humanos Laborales, conforme el concepto esbozado por la Opinión Consultiva de Corte Interamericana de Derechos Humanos del 17/9/03, es decir, que "los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida esta en su sentido más amplio".<sup>17</sup>

Cabe destacar que América es pionera en el plano de normas internacionales de derechos humanos laborales. En el momento fundacional del movimiento de positivización de derechos humanos de la segunda postguerra, se sanciona "La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales" adoptada por la IX Conferencia Interamericana de Río de Janeiro de 1948 la cual integra el plexo de normas supranacionales americanas sobre derechos humanos y, por su riqueza, se constituyó en un auténtico Código

16. BARBAGELATA, "El bloque de constitucionalidad de los...", p. 365.

17. ARESE, "Derechos Humanos Laborales", p. 33.

Internacional del Trabajo. El mencionado instrumento fue acompañado por las disposiciones laborales de la Carta de la Organización de Estados Americanos (art. 45) y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (ap. XIV y XXII). Es así como esta trilogía de instrumentos significó la consagración en normas generales de Derechos Humanos, la incorporación del derecho del trabajo. Este tipo de normas generales sobre derechos humanos laborales solo estuvo precedido por la Declaración de Filadelfia de la Organización Internacional del Trabajo de 1943 y se consolidaron a partir de la Declaración Universal de Derechos del Hombre del 10 de diciembre de 1948 (arts. 23 y 24) y la posterior Carta de Derechos Humanos de Naciones Unidas.<sup>18</sup>

En la Reforma Constitucional de 1994 también se introdujo una modificación de singular importancia cuando consideramos que los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional incluyen materias que regulan aspectos vinculados con el contrato o relación de trabajo y con las asociaciones sindicales de trabajadores, negociación colectiva o conflictos colectivos del trabajo, constituyen fuente del derecho del trabajo. Cabe destacar también aquellos que ostentan jerarquía supralegal como los convenios de la OIT,<sup>19</sup> los cuales tiene importantes consecuencias prácticas para el orden jurídico interno, ya que a través de la ratificación de un convenio pueden quedar sin efecto las disposiciones legales contrarias, tanto si son anteriores o posteriores a dicho acto. Estas serían tachadas de inconstitucionales, por oponerse a una norma jerárquicamente superior.

#### IV. DERECHOS HUMANOS LABORALES INESPECÍFICOS

##### IV.A. Conceptualización

Los derechos laborales inespecíficos según Manuel Carlos Palomeque son:

18. ARESE, "Derechos Humanos Laborales", pp.187-188.

19. Con la única excepción del Convenio OIT 87, el que ha adquirido jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 8.3., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 22.3., Constitución Nacional, art. 75 inc. 22.

"[...] otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales (que) pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laborales sobrevenidos. Se produce una impregnación laboral de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo".<sup>20</sup>

De la definición se desprende que son derechos no exclusiva o específicamente laborales. Son aquellos derechos a los que John Rawls denomina, "elementos constitucionales básicos",<sup>21</sup> como el derecho a la intimidad, a la libertad religiosa, al debido proceso, entre otros, y que en algún momento podrían entrar en conflicto con aquellos derechos propios del empleador, reconocidos también constitucionalmente, como la propiedad privada, libertad de empresa, entre otros.

Por otra parte, un sector de la doctrina iuslaboralista ha trazado dos nociones distintas de derechos fundamentales en la relación laboral: una, la de "ciudadanía de empresa", que supone aludir a los derechos que tienen los trabajadores con el específico objeto de garantizar a estos la participación en la organización y gestión de la empresa, lo que cabe denominar como democracia industrial; otra, la de "ciudadanía en la empresa", que define los derechos de estatus general de ciudadanía de carácter previo, que ostenta el trabajador en cuanto ciudadano y que puede ejercer también frente a la empresa.

Cabe destacar que la discusión de los derechos laborales inespecíficos no proviene de cambios en la normativa constitucional sino en una recreación interpretativa de las mismas normas o reconstrucción dogmática de la noción misma de derecho fundamental.

Los rasgos característicos que poseen estos derechos son los siguientes:

- UNIVERSALIDAD: esto quiere decir que correspondan a todos los trabajadores por igual, a todas las personas físicas a las que se les confiere esa situación jurídica, no importando la forma como sea reconocida legalmente la misma en la normativa.

20. PALOMEQUE LÓPEZ Y ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, pp. 147-148.

21. RAWLS, "La idea de una razón pública", p. 145.

- INDISPONIBILIDAD: como se trata de derechos fundamentales, nos encontramos con derechos que no pueden ser disponibles por la voluntad del trabajador.
- RECONOCIMIENTO GENERAL: los derechos deben ser reconocidos mediante reglas generales y abstractas, contenidas en la norma al más alto nivel de la jerarquía, esto es, la Constitución.

Los derechos laborales inespecíficos tienen reconocimiento de gran parte de la doctrina, pero todavía persiste la resistencia empresarial a la aplicación de estos derechos en el marco del contrato de trabajo, y han sido considerados como extraños y ajenos a la relación laboral.

La cuestión que plantea la incidencia de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo es la de las limitaciones de ejercicio que estos pueden experimentar en el marco de esta relación contractual. Una vez afirmado que en la actividad de trabajo en la empresa el trabajador tiene derecho a que sean respetados sus derechos personales (a la intimidad, a la propia imagen, a la libertad de expresión, a la libertad religiosa, a comunicar y recibir información, etc.), y una vez establecido el correspondiente deber empresarial para respetarlos, quedan pendientes de dilucidar primero el problema de si el trabajador puede ejercitar los derechos fundamentales en la relación de trabajo de esta o de distinta manera que en cualquier ámbito de la vida social y después, supuesto que se reconocieran limitaciones específicas, el problema de precisar hasta dónde alcanzan dichas limitaciones en los distintos derechos fundamentales reconocidos.<sup>22</sup>

La "incorporación" de los derechos fundamentales no laborales en la relación de trabajo se ha tratado de realizar de dos maneras, la primera planteando una supremacía de los derechos del empleador de organizar y dirigir la empresa, por lo que los derechos fundamentales se encontraban sujetos a estos derechos, para lo cual se ha utilizado conceptos como la buena fe contractual. La segunda, por el contrario, sostiene la necesidad de establecer un equilibrio entre el ejercicio del poder de dirección del empleador y el ejercicio de los derechos constitucionales del trabajador, incluyendo los denominados derechos inespecíficos.<sup>23</sup>

22. MARTÍN VALVERDE, "Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales", p. 19.

23. CORTÉS CARCELÉN, *Los derechos inespecíficos laborales: análisis de...*



Uno de los aspectos que influyen para esa falta de determinación es la ausencia de normas estatales o convencionales que de manera expresa reconozcan a los trabajadores los denominados derechos inespecíficos laborales. Si bien en principio no es necesario un reconocimiento de esta naturaleza porque dichos derechos deben aplicarse en cualquier relación jurídica, para Cortés Carcelén es cierto que normas que regularan con mayor precisión su ejercicio en el ámbito del contrato de trabajo hubieran servido a efectos de consolidarlos. De alguna manera esto sucede con algunos derechos como el principio de igualdad y la prohibición de la discriminación y el rechazo al hostigamiento sexual, que han sido considerados en la normativa.<sup>24</sup>

#### IV.B. Impregnación y modulización

Lo que interesa en el marco de esta recreación interpretativa de los derechos fundamentales en el ámbito del trabajo es lo que parte de la doctrina ha denominado impregnación laboral, es decir, el ejercicio de los mencionados derechos al interior de la empresa, como consecuencia de la relación de trabajo. Al respecto, Fernando Valdés Dal Re ha señalado que:

“[s]on derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer”.<sup>25</sup>

El que se reconozca al trabajador frente al empresario el derecho a no ser discriminado en el empleo, a la consideración debida a su dignidad y al respeto de su intimidad y a sus demás derechos fundamentales significa interiorizar esos derechos en la relación contractual, imponer el empresario límites y obligaciones contractuales y un deber de salvaguarda de esos derechos que va más allá del respeto a los intereses económicos del trabajador y que alcanza el de sus intereses y valores como persona y como ciudadano.

24. CORTÉS CARCELÉN, *Los derechos inespecíficos laborales: análisis de...*

25. VALDÉS DAL RE, "Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador", p. 47.

El trabajador no deja sus derechos en el ingreso de la empresa o fábrica, él sigue siendo titular de los derechos esenciales, en consecuencia el proceso de aplicación de los derechos fundamentales no específicos laborales al interior de la empresa se realiza mediante la modulación, la cual consiste en que:

“dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, la referida modulación deberá producirse únicamente en la medida estrictamente imprescindible, de acuerdo con el principio de proporcionalidad para el correcto y ordenado respeto de los derechos fundamentales del trabajador. De modo que, toda medida restrictiva de un derecho fundamental deberá superar el correspondiente juicio de proporcionalidad”.<sup>26</sup>

De acuerdo con lo señalado en el párrafo precedente debe considerarse que la ponderación de los bienes protegidos puede hacerse analizando si las restricciones realizadas cumplen con una serie de condiciones, esto es saber si las restricciones son adecuadas, indispensables y proporcionales. Generalmente se tratan de limitaciones o restricciones que el empleador en uso de su facultad directriz ha impuesto a los trabajadores. En este sentido Valverde nos proporciona elementos para realizar la modulación:

- **ADECUADA:** se debe comprobar si la limitación impuesta por el empresario sirve o no para garantizar su libertad de empresa y las facultades de ella derivadas. Se debe verificar si existe o no adecuación entre el acto limitativo al derecho del trabajador y el derecho del empleador, que es el que legítimamente podría colisionar con él y limitarlo. Asimismo, debe verificarse en este punto si la conducta del empresario es razonable o por el contrario se trata de una conducta manifiestamente irracional o arbitraria. Las restricciones no pueden ser inútiles o no tener efectividad para el fin para el cual se crearon. Palomeque López y Álvarez de la Rosale denominan juicio de idoneidad, en cuanto supone una valoración de la medida en función del objetivo perseguido.

26. VALDÉS DAL RE, “Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador”, p. 47.

- **INDISPENSABLE:** se debe constatar si la restricción al derecho fundamental del trabajador es estrictamente imprescindible para salvaguardar el derecho que se le opone. En este caso, si la decisión empresarial ha optado por la alternativa más gravosa de entre las posibles, el análisis tendrá un resultado negativo, por lo que el empleador debe optar por aquella salida que implique el menor sacrificio de derechos fundamentales. Los autores señalados lo denominan el juicio de necesidad, en cuanto debe verificarse si la medida adoptada es necesaria en el sentido de que no exista otra medida más moderada para lograr al fin deseado con igual eficacia.
- **PROPORCIONAL:** en este punto debe revisarse si la restricción al derecho fundamental guarda una relación razonable y proporcionada con la relevancia del interés que se ha tratado de proteger por parte del empresario. El juicio de ponderación ha de constatar que el acto empresarial impeditivo del derecho no traspasa lo razonable, es necesario para lograr el fin perseguido y mantiene un principio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y el bien que se tutela. Finalmente, los autores antes mencionados lo denominan juicio de ponderación, en estricto, en el que se verifica si de la medida se derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Queda claro que en estos juicios o procesos de análisis subyace la noción de colisión de derechos de igual nivel, y en el que no existe una preponderancia de unos sobre otros, en tanto si fuera este supuesto no existiría un juicio de ponderación porque un derecho se impone sobre el otro.<sup>27</sup>

#### **IV.C. Horizontalidad**

A partir de los años setenta se comenzó a gestar un cambio dentro de las relaciones laborales debido al quiebre del modelo fordista de producción, lo que conllevó el desdibujamiento de la división social del trabajo. Junto a esta transformación del capitalismo, en el campo jurídico empieza a aparecer en materia de derechos humanos junto a la eficacia

27. MARTÍN VALVERDE, "Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales", p. 20.

vertical de estos, es decir, la relación dada entre el Estado y el individuo, una eficacia marcada por la horizontalidad de los derechos fundamentales entre los particulares y, en especial, dentro de una relación de trabajo, dejando a un lado aquel pensamiento en el que el salario de los trabajadores primaba en cualquier conflicto y era el Estado el árbitro entre el capital y el trabajo.

Aunque no pretenda suprimir el principio de la autonomía de la voluntad, la eficacia horizontal si le impone –al empleador– límites y marcos dentro de los cuales este debe desenvolverse respetando los derechos fundamentales de las partes, toda vez que la libertad de contratación, que es un derecho fundamental, no puede erigirse en un derecho superior a los demás derechos fundamentales, ni, por lo mismo, ejercerse en desmedro de estos.<sup>28</sup>

Cabe destacar que este cambio se debe al abandono del criterio clásico de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, es decir, oponibles únicamente frente al Estado y no ante particulares; por otro, el carácter privado de la relación laboral, en cuyo seno no cabe, por consiguiente, que las partes invoquen sus derechos fundamentales para influir sobre la conformación de dicha relación, la cual debe regirse exclusivamente por la autonomía privada, con las ya indicadas limitaciones provenientes de las normas laborales heterónomas, constitucionales y legales.

Esta dicotomía comenzó a ser superada por la doctrina alemana del *Drittwirkung*: la vigencia horizontal de los derechos constitucionales. El cambio más importante provino de la doctrina Nipperdey y la jurisprudencia alemana que introdujeron la noción de la Constitución como verdadero fundamento de la totalidad del ordenamiento jurídico, lo que implica la:

“subordinación de todas las ramas del derecho, tanto público como privado, a aquella, que hoy día, especialmente a través de la vasta enumeración de derechos que contiene, establece los principios y bases de los ordenamientos normativos sectoriales o específicos. De este modo, aquellos ámbitos tradicionalmente reservados al derecho privado se encuentran hoy insertos dentro del marco general de la Constitución como norma fundante del ordenamiento en su conjunto, sin que el carácter privado de las relaciones que aquel regula pueda oponerse válidamente a la vigencia en estas de las normas constitucionales”.<sup>29</sup>

28. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales de la persona y...*, p. 150.

29. FERNÁNDEZ SEGADO, *La dogmática de los derechos humanos*, pp. 62-63.

En resumen, este reconocimiento actual de la “eficacia horizontal” de los derechos fundamentales entre particulares –y no solo frente al Estado en lo que se denomina “eficacia vertical”– conlleva la posibilidad de exigir el respeto de los mismos en cualquier ámbito o lugar, en tanto se permite que todos los particulares reclamen el ejercicio de los derechos reconocidos a nivel constitucional a terceros, ya sean estos poderes públicos o privados.

Es importante señalar que la lógica propia del derecho del trabajo no es proteger espacios de autonomía de los privados –como ocurre en el derecho civil–, sino frenar los eventuales abusos de una situación de poder que se rotula como de mando y de obediencia, y que es precisamente la misma lógica inscrita en el código genético de los derechos fundamentales. Enfatiza José Luis Ugarte Cataldo que no hay tensión, por tanto, entre la lógica propia del derecho del trabajo y la eficacia horizontal directa o inmediata de los derechos fundamentales.<sup>30</sup>

En el marco de protección interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos acogió el mencionado criterio pronunciándose de la siguiente forma en la Opinión Consultiva N°18: “En una relación laboral regida por el derecho privado se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente por la teoría del *drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”.<sup>31</sup>

#### IV.D. Proporcionalidad y ponderación

Afirmando que en la actividad laboral el trabajador tiene derecho a que sean respetados sus derechos personales (a la intimidad, a la propia imagen, a la libertad de expresión, a la libertad religiosa, a comunicar y recibir información, etc.), y una vez establecido el correspondiente deber empresarial para respetarlos, quedan pendientes de dilucidar primero el

30. UGARTE CATALDO, “La tutela de derechos fundamentales...”, p. 58.

31. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, párr. 140.

problema de si el trabajador puede ejercitar los derechos fundamentales en la relación de trabajo de la misma o de distinta manera que en cualquier ámbito de la vida social; y después, supuesto que se reconocieran limitaciones específicas, el problema de precisar hasta donde alcanzan dichas limitaciones en los distintos derechos fundamentales reconocidos.<sup>32</sup>

La primera consideración que se debe tener sobre los derechos laborales inespecíficos del trabajador es que no son absolutos y que como consecuencia de lo anterior pueden ser sujetos a limitaciones y restricciones. Ahora bien, estas deben provenir de la compatibilización con otros derechos o bienes jurídicos que tengan la misma importancia en el ordenamiento jurídico, esto es, que sean reconocidos al mismo nivel constitucional. Asimismo, la restricción deberá ser únicamente la necesaria para lograr esa compatibilidad, de lo contrario estaríamos ante una restricción abusiva.

Si bien las partes, en primera instancia, deberán de tratar de hacer compatibles sus derechos fundamentales, será el juez en última instancia quien tendrá la labor de determinar el equilibrio entre los dos derechos en pugna y cuál es la porción de los derechos que se van a aplicar y cuál de ellas se va a limitar. Sin embargo, previamente a eso, el juez debe determinar si existe o no una colisión de derechos, es decir, si la colisión es real o solo es aparente. En segundo lugar, decidirá si la restricción de derechos realizada es correcta o más bien no se ha realizado una adecuada ponderación de los derechos en pugna.

La ponderación de los bienes puede hacerse analizando si las restricciones realizadas cumplen con una serie de condiciones, esto es, saber si las restricciones son adecuadas, indispensables y proporcionales.

Según Miguel Carbonell, "el principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado".<sup>33</sup> Entonces, lo interesante de ello es de qué manera y en qué medida podemos limitar dichos derechos. Será el principio de proporcionalidad una técnica de interpretación cuyo objetivo será la tutela efectiva de los derechos fundamentales. Una barrera frente a intromisiones indebidas a estos.

Los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, dentro de una relación de trabajo, pueden crear múltiples situaciones en las que su

32. MARTÍN VALVERDE, "Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales", p. 19.

33. CARBONELL, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, p. 10.

aplicación puede entrar en conflicto con aquellas facultades constitucionales propias del empresario. La doctrina laboral ha catalogado dicha situación como una colisión de derechos fundamentales, y ha establecido también el método de solución de estos como si se tratara de un conflicto entre principios, es decir, mediante la ponderación y el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad queda definido como un mecanismo general que permitirá determinar los límites de los derechos fundamentales en conflicto, siendo la ponderación una operación específica que confrontará el grado de afectación de un derecho frente al grado de satisfacción del otro, lo que en otras palabras forma parte del sub principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Sin embargo para otros, ocurre el efecto inverso pues será la ponderación aquel ejercicio destinado a resolver conflictos entre principios constitucionales, siendo el principio de proporcionalidad solo una técnica que indica el cómo hacerlo: "mientras la ponderación se define como un tipo de juicio o de examen judicial, el principio de proporcionalidad en sentido amplio se concibe como un criterio para llevarla a cabo".<sup>34</sup> En resumen, la ponderación vendrá a ser una herramienta capaz de resolver conflictos entre derechos fundamentales, siempre que estos posean un mismo nivel o valor jurídico. Mientras que la proporcionalidad será el principio que concentre una de las teorías argumentativas con el fin de aplicarlos en cada caso en concreto.

En orden a lo señalado, el principio de proporcionalidad posee tres subprincipios o juicios a saber: necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. En primer lugar, la exigencia de idoneidad exige que la limitación del ejercicio de un derecho fundamental permita alcanzar un fin legítimo, es decir, constitucional. De esta manera, un derecho constitucional limitado por el empleador en el ejercicio de sus facultades y poderes como tal, debe tener una finalidad amparada constitucionalmente, no pudiendo bajo ningún respaldo perseguir objetivos que no cuenten con dicho respaldo. En síntesis, este fin, en la mayoría de los casos será la protección de un derecho fundamental del empleador como es la propiedad. Así, dentro de una empresa consideraremos como daños lesivos a los derechos fundamentales de los trabajadores, todos aquellos actos realizados por el empleador que limiten derechos fundamentales del tra-

34. BOCKENFORDE, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 157.

bajador y no alcancen ni ayuden a alcanzar los objetivos constitucionales perseguidos por este. La idea principal de este sub principio es rechazar aquellas medidas desproporcionadas o conductas que restrinjan un derecho fundamental.

Otros de los subprincipios es la exigencia de necesidad o intervención mínima. Es decir que una medida restrictiva no solo debe ser idónea, sino que también debe encontrarse fundamentada, ya que no deberá existir otra medida menos gravosa que la ya adoptada. De esta manera, una medida será necesaria y proporcionada cuando no exista otro medio alternativo y menos costoso para lograr el objetivo deseado. A esta exigencia también se la ha denominado "principio de indispensabilidad", ya que este otorgará la calidad de indispensable a un test de proporcionalidad con el fin empresarial de alcanzar un fin legítimo.

Y, por último, nos encontramos con la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto. El cual se basa en el sacrificio exigido al derecho fundamental limitado por esa medida y el concreto derecho, bien o interés jurídico que pretende garantizarse con aquel límite. Ignacio Villaverde afirma que este criterio,

"suele traducirse en la necesidad de probar que el daño de estos últimos era real y efectivo, y no solo una sospecha o presunción, es decir, que hubo un riesgo cierto y actual y no tan solo un riesgo futuro e hipotético de lesión del bien o derecho que se desea proteger".<sup>35</sup>

Una vez que probemos que el riesgo establecido es real, podremos estar seguros de que los sacrificios realizados compensaran el objeto perseguido. Este juicio del que hablamos no es otro que la aplicación de la ley de la ponderación, el cual considera que mientras más se limite o se insatisfaga un derecho fundamental, mayor debe ser la importancia en la concretización del otro derecho fundamental.

35. VILLAVERDE, citado por CARBONELL, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, p. 185.



## V. CONCLUSIONES

A lo largo de la presente pudimos evidenciar que el derecho internacional de los derechos humanos laborales hoy es la herramienta más importante que tienen los trabajadores para contrarrestar el acentuado desequilibrio que proviene de la fragmentación laboral, las normas domésticas que van a contrasentido de lo establecido por el trabajo digno, las nuevas estrategias globales del sector empresarial y el avasallamiento cada vez más acentuado de la tecnología.

En este presente en el que nos encontramos con un mercado de trabajo animado por una desregulación constante y extrema, se van moldeando formas de trabajo dependiente, con características subjetivas y niveles de tutela muy desiguales. Múltiples formas atípicas de regulación han emergido y el proceso no parece ni mucho menos acabado. Junto a un sector emblemático, establemente ocupado y protegido, se extiende cada vez más una zona gris integrada por los trabajadores ocupados en relaciones atípicas y flexibles, bien involuntariamente encajados en las más débiles estructuras normativas de trabajo, o bien sencillamente expulsados del ordenamiento laboral, pero sujetos al poder de organización del dador de trabajo, asumiendo en plenitud la noción de riesgo empresarial.

A la aludida metamorfosis del mundo del trabajo se le adiciona la resistencia a aplicar el amplio marco de derechos humanos laborales específicos e inespecíficos. Esta negativa se traduce en una pretendida resistencia a la igualación del débil frente al poderoso; del oprimido frente al titular de los medios de producción. Y de esta forma el derecho laboral solo quedaría plasmado en el sin fin de loables normas, como si se tratara de una astuta combinación de tinta y papel políticamente correcta. La esperanza se encuentra en la progresiva e insistente tarea de los operadores del derecho, juristas, magistrados y los colectivos de trabajadores para que ese reconocimiento normativo sea una realidad tangible.

Observamos que la inserción de los derechos fundamentales inespecíficos, junto a los específicos, dentro una relación laboral permitirá que la persona del trabajador sea visto bajo una diferente óptica dentro del mundo laboral. Sin dudas coadyuvará a pensarlo no como una herramienta de producción, sino como una persona.

A lo precedentemente explicitado, se agrega que, en materia de derechos humanos, hay que realizar una lectura cruzada de los diversos instrumentos, y que el límite a ese método, a la lectura cruzada e integrada,

es el de la norma más favorable, porque, la jerarquía dentro de las normas de derechos humanos no está dado por la fuente de la norma sino por su mayor favorabilidad. Los operadores del derecho y los intérpretes jurisdiccionales deben tener por meta buscar el mayor estándar tutelar para el sector trabajador. La realización de una lectura situada y contextual de los diversos elementos jurídicos no debe estar dada por la fuente de la norma sino por su mayor tutelaje y favorabilidad al sector más débil de la relación —el trabajador—.

## BIBLIOGRAFÍA

ARESE, César, "Los derechos humanos laborales en las Constituciones Latinoamericanas", en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N°25, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 183-202.

—, *Derechos Humanos Laborales*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2014.

BARBAGELATA, Héctor H., "El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales", en AA.VV., *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.

BOCKENFORDE, Wolfgang, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

CARBONELL, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

COLMENARES BASTIDAS, Ana M., "Los derechos laborales inespecíficos. Enfoque en el derecho venezolano", en KURCZYN VILLALOBOS, Patricia (dir.), *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N°13, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 57-86.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-

- 18/03, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", Serie A, N°18, 17/09/2003.
- CORTÉS CARCELÉN, Juan C., *Los derechos inespecíficos laborales: análisis de unas sentencias del Tribunal Constitucional*, URL [http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/contenido\\_web\\_amag/contenido48/57-75.pdf](http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/contenido_web_amag/contenido48/57-75.pdf), consultado 15/08/2017.
- ERMIDA URIARTE, Oscar, "Los Derechos Laborales como Derechos Humanos", en *Conferencia en el Postgrado Trabajo y Derechos Fundamentales*, Toledo, Universidad de Castilla - La Mancha, enero de 2010.
- , *Derechos humanos laborales en el derecho positivo uruguayo*, URL <http://www.fder.edu.uy/contenido/rrii/contenido/distancia/integracion/modulo-2-ddhh-y-bloque-de-constitucionalidad.pdf>, consultado 18/07/2014.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1994.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio, "Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales", en KURCZYN VILLALOBOS, Patricia (dir.), *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N°6, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 11-22.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 9ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Aceres, 2001.
- PLA RODRÍGUEZ, Américo, "Los derechos humanos y el derecho del trabajo", en *Revista Debate Laboral: Revista Americana e Italiana de Derecho del Trabajo*, N°6, San José de Costa Rica, Editorial Debate Laboral, 1990.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Carlos A. y BRAVO FERRER, Miguel, *Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo*, Madrid, RL La Ley, 1996.
- RUIZ, Joaquín, *Aproximaciones epistemológicas a los derechos humanos*, Buenos Aires, 1984.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Derechos laborales ante empleadores ideológicos*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2009.
- TRUEBA URBINA, Alberto, "La constitución mexicana de 1917 refleja en el Tratado de Paz de Versalles", en AA.VV., *El pensamiento mexicano sobre la Constitución de 1917*, Antología, México, Gobierno del Estado de Querétaro: Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1987.

UGARTE CATALDO, José L., "La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro", en TURNER, SUSAN (dir.), *Revista de Derecho*, Vol. XX, N°2, Santiago de Chile, Facultad de Derecho - Universidad Diego Portales, 2007, pp. 49-67.

VALDÉS DAL RE, Fernando, "Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador", en *Libro de Informes Generales - XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo, 2003.

## LEGITIMACIÓN DE LA PROGENITORA PARA RECLAMAR EL DAÑO NO PATRIMONIAL DERIVADO DE LA OMISIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE SU HIJO\* \*\*

MARÍA VICTORIA FAMÁ\*\*\*

**Resumen:** El Código Civil y Comercial de la Nación reconoce expresamente el resarcimiento por los daños derivados de la falta del reconocimiento del hijo. Nada dice, en cambio, sobre la legitimación de la progenitora para reclamar daño no patrimonial o moral frente a tal supuesto. En este esquema normativo, la progenitora resulta damnificada indirecta por la omisión voluntaria del progenitor de reconocer a su descendencia. Pese a ello, la postura reticente a la procedencia de la reparación –replicada durante años doctrinaria y jurisprudencialmente– debe ser revisada en casos en que la actitud renuente no solo afecta el derecho a la identidad del hijo, sino también, y con independencia de ello, menoscaba los derechos fundamentales a la dignidad y a la honra de la madre. En especial, la reparación a favor de la progenitora exige un análisis desde la mirada de género, ya que la vulnerabilidad social de las mujeres se potencia al tener que afrontar en soledad el embarazo, la maternidad y la crianza de un hijo, máxime en contextos de carencias económicas.

**Palabras clave:** filiación – derecho de daños – daño no patrimonial – legitimación activa – derecho a la honra y a la dignidad – género

**Abstract:** The Civil and Commercial Code explicitly acknowledges redress for torts that derive from disavowal of paternity. However, it does not state anything about mothers' entitlement to claim redress for nonpecuniary or moral damage

\* Recepción del original: 31/08/2018. Aceptación: 18/10/2018.

\*\* Una versión anterior de este artículo fue publicada por SJA en el año 2013 bajo el título "Daño moral a favor de la madre por la omisión del reconocimiento de su hijo: acertada decisión desde la perspectiva de género" (SJA 2013/11/06-58; JA 2013 IV).

\*\*\* Abogada (UBA). Especialista en Derecho de Familia. Profesora Adjunta regular de la asignatura "Derecho de Familia y Sucesiones" de la Facultad de Derecho de la UBA. Jueza del Poder Judicial de la Nación.

in this situation. According to the Code, mothers are indirectly injured by the intentional disavowal of paternity. Despite this, the position –sustained by doctrine and jurisprudence– that is reluctant to consider redress admissible should be revised in cases in which this disinclined attitude does not only affect the child’s right to an identity, but also the mother’s fundamental rights to dignity and honor independently. Particularly, mothers’ redress requires a gender-perspective analysis, as women’s social vulnerability increases when facing single pregnancy, maternity and child rearing; especially, in contexts of poverty.

**Keywords:** filiation – tort law – non pecuniary damage – entitlement – right to honor and dignity – gender

## I. PENETRACIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS EN DERECHO DE FAMILIA: SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO FILIAL

De ser un derecho acotado y “encerrado”, el derecho de daños ha ido corriendo sus fronteras en las últimas décadas para impregnar buena parte de todo el derecho privado.<sup>1</sup> Este fenómeno de penetración no ha sido ajeno al derecho de familia, suscitando entre sus doctrinarios posturas contrarias y aun extremas, desde quienes han afirmado que el derecho de familia excluye la posibilidad de aplicar dentro de su campo de acción la normativa de la responsabilidad civil, hasta quienes creen que sus disposiciones deben aplicarse sin restricciones.

En efecto, desde una perspectiva tradicional, se ha sostenido que el derecho de daños resultaba ajeno al derecho de familia, invocándose los intereses superiores presentes en la organización familiar, la defensa de su estabilidad y la jerarquización de la estructura familiar como contrarios a los principios de la responsabilidad civil.<sup>2</sup> Es por ello que algunos autores han observado que las reglas generales no son extensibles a todos los supuestos de daños sufridos por un integrante de la familia y que ciertos perjuicios no serían susceptibles de reparación pecuniaria alguna. En este sentido, se ha dicho que la particularidad de esta rama del derecho existe incontrovertiblemente, por razón de su naturaleza específica, por la

1. DUTTO, Daños ocasionados en las relaciones de familia, p. 29.

2. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, “Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales”, pp. 150-151 y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, “¿Es indemnizable la infidelidad?”, p. 65.

diferencia de las instituciones vitales que rigen la convivencia del núcleo y por sus efectos exclusivos y propios.<sup>3</sup>

La especialidad del derecho de familia como fundamento de la tesis que niega la aplicabilidad de las normas generales de la responsabilidad civil fue expuesta en su momento por Di Lella. Este autor señalaba que el derecho de familia no debe confundirse con los derechos de contenido principalmente patrimonial, siendo necesario mantener "el rango superior de las relaciones familiares puras u organizadoras de la familia por sobre las relaciones jurídicas reguladoras de los efectos pecuniarios de dicha organización".<sup>4</sup>

Esta tendencia negatoria comenzó a revertirse décadas atrás al emerger la protección de los derechos individuales de las personas en el seno de la familia y al potenciarse la autonomía privada en la configuración de las relaciones conyugales y parentales. En este sendero, afirma Kemelmaier de Carlucci: "la familia de nuestros días no es centro de producción sino de consumo; si se trabaja comunitariamente, se organiza en forma de empresa. El principio de autoridad ha sido reemplazado, en la órbita de las relaciones conyugales, por el de igualdad; los 'derechos' de la patria potestad han sido sustituidos por los deberes-potestades de la llamada 'autoridad de los padres'".<sup>5</sup> Así también, el italiano Guastalla subraya que la aceptación de las normas de la responsabilidad civil en este ámbito se consolida a la luz del fenómeno de un "corrimiento" hacia el concepto de "familia comunidad", que se acentúa desde fines del siglo XX, y por la cual se desliza la mirada "desde el grupo hacia sus componentes considerados individualmente" alentándose "una diferente concepción de las relaciones que gobierna la familia, naciendo así nuevas figuras de daño y, en particular, el daño por ilícito intrafamiliar".<sup>6</sup> En definitiva, el paso de la familia patriarcal a la familia nuclear y la idea de iniquidad que supone dejar un daño sin reparación han hecho que se cuestione no solo la aplicación de las normas de responsabilidad al campo de las relaciones familiares, sino que incluso se considere como agravante el hecho de que los daños se produzcan en la esfera de la familia.

Desde esta perspectiva, la mayoría de la doctrina entiende que la existencia de una *lex specialis* que regula las relaciones de familia no implica

3. DÍAZ DE GUIJARRO, "Improcedencia del resarcimiento del daño moral...".

4. DI LELLA, "Derecho de daños vs. derecho de familia".

5. KEMELMAIER DE CARLUCCI, "Responsabilidad civil por falta de reconocimiento...", p. 665.

6. LUCCHINI GUASTALLA, "Daño intrafamiliar", p. 1.

repudiar la aplicación de las normas generales como las que disciplinan la responsabilidad civil, que tienen respaldo constitucional en el art. 19 de la Carta Magna.<sup>7</sup>

Esta mirada permisiva se ha traslucido en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), que incorpora expresamente el principal supuesto de daños en el derecho de familia, cual es el provocado por la falta del reconocimiento del hijo (art. 587). Nada dice en cambio este ordenamiento sobre la posibilidad de introducir un planteo indemnizatorio frente a otros supuestos tales como la ruptura matrimonial, el incumplimiento del régimen de comunicación con el hijo, o el incumplimiento del deber alimentario. Tampoco se prevén otras conductas antijurídicas derivadas de la relación filial, como ser la omisión de la progenitora de accionar oportunamente para reclamar la filiación del hijo o de brindar la información necesaria para la actuación del Ministerio Público en los términos del art. 583 del CCyCN; la atribución falsa de una filiación, fuera por sostener en silencio la presunción de filiación matrimonial a sabiendas de que el cónyuge no es el progenitor o por reconocer en forma complaciente a quien no es el hijo; la inseminación artificial o implantación del embrión criopreservado pese a la revocación o falta de renovación del consentimiento exigido por la ley; o el caso que nos ocupa.

En particular, la legitimación de la progenitora para reclamar daño no patrimonial o moral por la falta de reconocimiento de su hijo ha sido uno

7. Ver, entre muchos otros, SAMBRIZZI, *Daños en el derecho de familia*, p. 2 y ss.; BIDART CAMPOS, "Indemnización por daño extrapatrimonial en caso de adulterio"; ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, p. 228 y ss.; MEDINA, *Daños en el Derecho de Familia*, p. 19 y ss.; MEDINA, "Daño extrapatrimonial en el derecho de familia...", p. 74; MEDINA, "La reparación de los daños y perjuicios...", p. 63; MEDINA, "Responsabilidad por las injurias en el divorcio..."; MOSSET ITURRASPE, "Los daños emergentes del divorcio"; DUTTO, *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, p. 29 y ss.; MÉNDEZ COSTA, *Derecho de daños*, p. 648 y ss.; MÉNDEZ COSTA, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, p. 346 y ss.; ALTERINI Y LÓPEZ CABANA, "Cuestiones de responsabilidad civil en el derecho de familia"; MAKIANICH DE BASSET, "Familia y responsabilidad civil"; MAKIANICH DE BASSET, "Otra acertada acogida del derecho a reparación..."; BREBBIA, "El daño moral en las relaciones de familia", p. 356; BARBERO, "La responsabilidad civil en el Derecho de Familia..."; ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Derecho de daños. Primera parte*, p. 665 y ss.; MENEGHINI, "Responsabilidad civil en cuestiones de familia", p. 30; PAGANO Y GIMÉNEZ, "Daño moral en el divorcio por culpa de ambos cónyuges"; JALIL, "Daños derivados del divorcio y presupuestos...", p. 13; CÓRDOBA, "Procedencia de la reparación de daños entre cónyuges"; HERNÁNDEZ, "Breve reseña del estado actual de los daños punitivos...", p. 5; etc.



de los supuestos más controvertidos en doctrina y en jurisprudencia, advirtiéndose que la postura negatoria replicada durante años ha comenzado a ceder en los últimos tiempos con argumentos esencialmente atravesados por la perspectiva de género. La riqueza del tema motiva su análisis a lo largo de este trabajo.

## II. ACLARACIÓN PREVIA: LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

Principalmente a raíz de la aceptación generalizada de la teoría del riesgo y, en consecuencia, de los factores objetivos de atribución del daño, la responsabilidad civil abandonó su antiguo dogma de “la inexistencia de responsabilidad sin culpa” para pasar a ser concebida y definida como “la reacción ante un daño injusto”. Desde esta perspectiva, el fundamento de la responsabilidad no estaría dado por el acto ilícito de quien ocasiona el daño (hecho injustamente causado), sino en la lesión sufrida por el damnificado (daño injustamente sufrido), advirtiéndose que la indemnización no elimina el perjuicio, sino que tan solo sirve para desplazar las consecuencias económicas desfavorables desde el patrimonio de la víctima hacia el de quien debe responder por el menoscabo.

Al respecto se ha señalado: “En el siglo XIX, el daño, para ser resarcible, debía ser injustamente causado. La noción del injusto descansó sobre la antijuridicidad (...) y sobre la culpa, exigiéndose, para la procedencia de la indemnización, la concurrencia de una conducta que fuera, a la vez, adversa al sistema jurídico, y moralmente reprochable. En el siglo XX se expandió la idea de indemnizar el daño injustamente inferido. La noción de culpa no fue expulsada—porque sigue siendo la ‘norma de clausura’ del sistema—, pero en muchas situaciones bastó que el daño no estuviera justificado, no siendo por lo tanto necesario que el autor hubiese obrado con culpa: se produjo así un pasaje de la concepción *contra jus* del ilícito a la concepción *sine jure* del daño injusto”.<sup>8</sup>

Pero si bien en el siglo XXI el derecho de la responsabilidad civil es el derecho a la reparación de los infortunios, independientemente de

8. ALTERINI, “Rumbos actuales del derecho de daños”.

la conducta del sujeto,<sup>9</sup> tales cambios sustanciales en la teoría general de la responsabilidad no han acaecido en el derecho de familia, en el cual el factor de atribución subjetivo –dolo y culpa– sigue constituyéndose en el elemento nodal de la reparación.

En concreto en materia de responsabilidad en la filiación, más precisamente en relación con la responsabilidad por el no reconocimiento voluntario del hijo, la doctrina y jurisprudencia han considerado que no hay otra imputación que la subjetiva, o sea la fundada en el reproche a la conciencia del autor. No hay terreno para la imputación objetiva, para el riesgo.<sup>10</sup>

Es decir, en general, y salvo algunas voces excepcionales,<sup>11</sup> se sostiene que la responsabilidad derivada de las relaciones de familia es *esencialmente subjetiva*, conclusión que en definitiva se refuerza a tenor de lo normado por el art. 1721 del CCyCN, en tanto erige a este tipo de responsabilidad como norma de clausura del sistema. Desde esta comprensión, habrá siempre una actitud intencional del sujeto por causar un perjuicio o no cumplir con una obligación (en el caso del dolo), o bien con un comportamiento desajustado a lo que debería ser (que nos acerca a la noción de culpa, o incluso culpa grave).

Esta subjetivización de la responsabilidad en el derecho de familia se advierte a simple vista con la mera compulsión de los precedentes jurisprudenciales elaborados en torno de la materia, en los que se ha desechado la obligación de reparar el daño injustamente causado con prescindencia de la violación de un deber jurídico y de la imputabilidad del sujeto. Así, por ejemplo, se ha descartado la posibilidad de reparar el daño sufrido por el hijo por el desamor del progenitor que no lo ha reconocido o lo ha abandonado.

De todos modos, es posible que en supuestos excepcionalísimos resulte procedente la reparación por el daño objetivamente causado en el derecho de familia. De ser así, habrá que ser muy riguroso en el examen de la cuestión planteada, en la mensura del nexos causal y en la implicancia o las consecuencias que en la dinámica familiar traerá la fijación de un resarcimiento.

9. RIVERA, “Ideas directrices del sistema de responsabilidad...”, p. 44 y ss.

10. MINYERSKY, “Responsabilidad por no reconocimiento del hijo extramatrimonial...”, p. 549.

11. Entre quienes excepcionalmente admiten la responsabilidad objetiva en materia de familia –en especial otrora en lo atinente a los daños derivados del divorcio– se ubican BELLUSCIO, “Daños y perjuicios derivados del divorcio”, p. 28; LEVY, WAGMAISTER e IÑIGO, “La situación de divorcio como generadora...”; BARBERO, “La responsabilidad civil en el Derecho de Familia...”; etc.

### III. EL RESARCIMIENTO POR DAÑO NO PATRIMONIAL O MORAL: CONSIDERACIONES GENÉRICAS

#### III.A. Conceptualización del daño no patrimonial o moral

El CCyCN explicita los rubros no patrimoniales que puede comprender una indemnización (art. 1738, *in fine*) y luego indica los sujetos legitimados para solicitar el resarcimiento (art. 1741). La primera norma destaca que la indemnización “incluye especialmente” las “consecuencias” de determinadas lesiones, aunque sin especificar la sustancia que revisten. En alguna medida, la omisión se supera en el art. 1741 que fija reglas sobre legitimación y valuación del monto para indemnizar “consecuencias no patrimoniales”, aunque el precepto alude a lo que *no son*, sin designar *qué son*.<sup>12</sup>

La reforma fue criticada en este sentido, por considerar que esta denominación solo excluyente trasunta pobreza conceptual y priva a este menoscabo de contenido propio. Sin embargo, se coincide en que nada impide utilizar la denominación “daño moral”, ampliamente aceptada en la doctrina y la jurisprudencia, sin ningún riesgo de confusiones.<sup>13</sup>

Tradicionalmente, diversas definiciones se han intentado en torno del daño moral. En términos generales, tales conceptualizaciones pueden clasificarse en cuatro corrientes: a) la noción por exclusión, de modo que son daños morales aquellos que no pueden ser considerados daños patrimoniales; b) la noción que atiende al interés comprometido; c) la noción que se basa en la naturaleza de los derechos y d) la noción que considera las consecuencias de la acción antijurídica.<sup>14</sup>

Dentro de la primera línea se inscribe –entre otros– Bueres, para quien el daño moral es el “menoscabo o pérdida de un bien, en sentido amplio, que irroga una lesión a un interés amparado por el derecho de naturaleza extrapatrimonial”, de modo que “el llamado daño moral objetivable –o perjuicio que incide en la parte social del patrimonio– queda fuera del significado en análisis”.<sup>15</sup>

12. ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, p. 579.

13. ALTERINI, “Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil”; LÓPEZ HERRERA, “Comentario al art. 1738”, p. 1066; CALVO COSTA, *Derecho de las obligaciones*, p. 146 y ss.; ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, p. 579; etc.

14. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, p. 84 y ss.

15. BUERES, *Responsabilidad civil de los médicos*, p. 124.

Como variante de esta postura se encuentra aquella expuesta en segundo término, que si bien mantiene la alusión a la "no patrimonialidad", pone el acento en que se trata de una "lesión de intereses". En esta corriente se ubica Zannoni, al expresar que el daño moral es el "menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico".<sup>16</sup>

La noción que atiende a la naturaleza de los derechos lesionados parte de la índole de los derechos afectados, dejando de lado la mera referencia a lo no patrimonial y esbozando así un criterio positivo.<sup>17</sup> Esta posición ha sido sustentada –entre muchos otros– por Bustamante Alsina, para quien el daño moral es "la lesión en los sentimientos que determina el dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria".<sup>18</sup> En este mismo sendero, Alterini, Ameal y López Cabana definen el daño moral como "aquel que se proyecta sobre derechos subjetivos extrapatrimoniales –sea que el hecho generador actúe sobre un derecho patrimonial o sobre un derecho extrapatrimonial–, consiste en el sufrimiento causado como 'dolor' o como 'daño en las afecciones'".<sup>19</sup>

Por último, la noción que se basa en las consecuencias de la acción antijurídica ha sido sustentada principalmente por Orgaz, para quien el daño moral es "el acto ilícito que hace sufrir a las personas molestándolas en su seguridad personal o en el goce de sus bienes o hiriendo afecciones legítimas".<sup>20</sup> En la actualidad, se alude al daño moral como el resultado existencial de la lesión y, en este sentido, se lo define como "una modificación disvaliosa para la persona en su capacidad de entender, querer o sentir, o en la aptitud de actuar, que se traduce en un modo de estar y desenvolverse, diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de este y perjudicial para su vida".<sup>21</sup>

De todos modos, sea cual fuere la conceptualización a adoptar, debe quedar en claro que lo que define el daño no patrimonial o moral no es, en

16. ZANNONI, El daño en la responsabilidad civil, p. 149.

17. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, p. 87.

18. BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 237.

19. ALTERINI Y LÓPEZ CABANA, "Cuestiones de responsabilidad civil en el derecho de familia".

20. ORGAZ, "El daño moral".

21. ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, p. 583.

sí, el dolor o los padecimientos.<sup>22</sup> Ellos serán resarcibles a condición de que se provoquen por la lesión de una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales legítimos o intereses simples, que son jurídicos aunque no tengan expreso respaldo legal, siempre que no sean reprobados por el ordenamiento jurídico (art. 1737 del CCyCN). Para que se produzca un menoscabo de tal índole es menester que concorra una repercusión en intereses existenciales, y no se reputa que así suceda solo ante molestias o inconvenientes de relativa entidad.<sup>23</sup>

Estos intereses pueden estar vinculados tanto con derechos patrimoniales como con derechos extrapatrimoniales. En el primer caso, el daño surge indirectamente del menoscabo producido sobre los bienes materiales. En el segundo, emana del perjuicio o afeción en los derechos fundamentales. Así, si el daño recae sobre un bien jurídico material destruyendo o deteriorando una cosa que es objeto de un derecho patrimonial y afecta al mismo tiempo un interés legítimo de carácter económico porque altera la integridad del patrimonio disminuyéndolo, estamos en presencia de un daño patrimonial directo. Si, a la vez, el mismo daño repercute en los sentimientos por el valor afectivo de la cosa atacada, provocando un desequilibrio emocional a causa de la pena o la angustia de su pérdida, el daño no patrimonial o moral es *indirecto*. En cambio, si el daño recae sobre un bien jurídico inmaterial atacando la vida, el cuerpo, la salud, el honor, la libertad, la identidad, etc., de una persona y afecta al mismo tiempo un interés jurídico no patrimonial, el daño no patrimonial es *directo*.<sup>24</sup> Pero, en definitiva, en uno u otro caso podrá hablarse de daño no patrimonial o moral.

### **III.B. Intereses no patrimoniales o derechos fundamentales susceptibles de daño moral**

A la hora de determinar los alcances del daño no patrimonial o moral provocado a la progenitora por la omisión voluntaria del reconocimiento del hijo, resulta indispensable distinguir cuáles son los intereses no patrimoniales reconocidos a las personas que se ven lesionadas por el daño moral.

22. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, p. 153.

23. ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, p. 598.

24. BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría de la responsabilidad civil*, p. 239.

Conforme se adelantó, entre los intereses susceptibles de reparación, el art. 1738 del CCyCN incluye los siguientes:<sup>25</sup>

- a) los derechos personalísimos de la víctima, categoría amplia que constituye la puerta de ingreso para otras lesiones enunciadas por la norma;
- b) la integridad personal y la salud psicofísica, pues toda lesión a la integridad psicofísica de una persona repercute negativamente en su vida, con mayor razón si implica secuelas invalidantes, transitorias o permanentes. Debe aclararse que este tipo de lesiones inciden normalmente sobre el patrimonio;
- c) las afecciones espirituales legítimas, que constituyen la vertiente clásica del daño moral, aunque casi inexorablemente suelen acompañar las otras proyecciones enunciadas por la norma;
- e) las consecuencias que resultan de la interferencia en su proyecto de vida, lo que acontece cuando se interfiere en el destino de un sujeto, frustrando, menoscabando o postergando su realización personal.<sup>26</sup>

En definitiva, los diversos supuestos mencionados por la norma se traducen, en el marco de un Estado constitucional y convencional de derecho, en la vulneración de sendos derechos humanos. Ello es precisamente lo que se ha destacado en materia filiatoria, en la que –pese a la ausencia de disposición expresa antes de la sanción del CCyCN– la procedencia del reclamo indemnizatorio se fundaba en la aplicación del mandato constitucional del *naeminen laedere* y la violación del derecho a la identidad en su amplio espectro de proyecciones.

Más allá de lo expuesto, cuadra advertir que la doctrina ha distinguido tradicionalmente entre dos clases de daño moral: el objetivo y el subjetivo. El daño moral *objetivo* sería aquel menoscabo que sufre la persona en

25. Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, p. 589 y ss.; LÓPEZ HERRERA, *Comentario al art. 1738*, p. 1066 y ss.

26. Este tipo de daño como categoría autónoma fue consolidado por la Corte IDH al concluir que “atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”. CORTE IDH, “Loayza Tamayo, María E”.

su consideración social; en cambio, el daño moral *subjetivo* consiste en el dolor físico, las angustias y aficciones que sufre como persona, en su individualidad.<sup>27</sup> En estos términos, para Brebbia, el aspecto subjetivo está formado por aquellos bienes personales que los sujetos poseen en razón de su característica individualidad biológica y psíquica, como ser las aficciones legítimas, la integridad física, etc. Su grado de conculcación solo puede ser constatado por las demás personas de una manera indirecta, partiendo de la base de la indiscutible uniformidad de la naturaleza humana y generalizando las sensaciones sufridas en casos análogos por cada uno. En cambio, la lesión sufrida en alguno de los bienes que componen el aspecto objetivo de la personalidad moral (el honor, el nombre, la honestidad, la libertad, la intimidad, el estado civil, etc.) admite una comprobación más directa por parte de las demás personas, por cuanto dichos bienes aparecen originados, no en la particular naturaleza biopsíquica de los seres humanos, sino en la vida en relación y, por tanto, dejan de constituir un valor netamente individual.<sup>28</sup> Así, el daño se proyecta más allá de lo que el sujeto piensa, quiere o siente, para comprender la lesión a cualquier aspecto de lo que vive en proyección hacia intereses íntimos y sociales.<sup>29</sup> Veremos luego cómo inciden estos factores en materia de daño moral por la falta de reconocimiento del hijo.

#### IV. DAÑO NO PATRIMONIAL (DAÑO MORAL) A FAVOR DE LA PROGENITORA POR LA OMISIÓN PATERNA DEL RECONOCIMIENTO DEL HIJO

##### IV.A. ¿Es la progenitora damnificada directa o indirecta por la falta del reconocimiento de su hijo?

El art. 1741 del CCyCN –al igual que el derogado art. 1078 del CC– dispone como regla que está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Desde esta perspectiva, corresponde determinar si la progenitora puede ser considera-

27. ZANNONI, El daño en la responsabilidad civil, p. 158.

28. BREBBIA, *El daño moral*, p. 258.

29. ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, p. 588.

da legitimada *directa* para reclamar el resarcimiento por la omisión voluntaria del reconocimiento de su hijo.

Por mucho que se comprendan los sentimientos y sufrimientos de la progenitora a causa de esta actitud renuente, a mi juicio, la respuesta negativa se impone. Nadie duda de que la mujer que ha criado un hijo sola y ha padecido la segregación tan frecuente contra las "madres solteras", en especial en determinadas clases sociales y regiones del país, sobrelleva un profundo dolor. Pero lo que cabe determinar a la hora de esclarecer su legitimación para reclamar el daño moral como damnificada directa es si tal perjuicio responde a un interés jurídico susceptible de reparación o, lo que es lo mismo, si la progenitora del niño no reconocido es jurídicamente damnificada por la falta de emplazamiento.

Sabido es que la omisión voluntaria de reconocer al hijo configura un obrar antijurídico lesivo de su derecho a la identidad, cuya contracara es el deber de emplazar al niño desde el momento del nacimiento. Pero ¿existe un deber de garantizar a la madre un padre para su descendencia? Evidentemente, no. La alusión al principio del *naeminem laedere* no puede ser fundamento de esta acción, so pena de acceder en forma ilimitada a cualquier reclamo en el marco de las relaciones de familia –y fuera de este– que solo implique un dolor para quien lo formula, con abstracción de la existencia de un deber concreto cuya violación genera un daño. No cualquier incumplimiento da lugar a un resarcimiento, solo aquel que se funda en la infracción de un deber jurídico. Los deberes morales o éticos serán juzgados en el ámbito de la propia conciencia y entre las personas que tengan conocimiento de la conducta reprochable, mas resultan ajenos al derecho.

De lo expuesto se infiere que la progenitora del niño no reconocido resulta una damnificada *indirecta* de la falta de emplazamiento filial. Aclarado ello, cabe dilucidar si en tal carácter, se encuentra legitimada para reclamar por sí los daños y perjuicios derivados de la actitud paterna renuente.

La naturaleza particular del daño no patrimonial o moral impone la necesidad de establecer reglas específicas –distintas de las propias del daño patrimonial– acerca de quiénes deben ser considerados jurídicamente damnificados. Si bajo el rubro "daño moral" se resarce el perjuicio o menoscabo del interés no patrimonial de la víctima del hecho antijurídico, que es el damnificado directo, corresponde examinar si otras personas pueden invocar la lesión de un idéntico interés moral ligado o vinculado con el bien jurídico que ha sufrido el daño directo. Se trata de determinar la resarcibilidad del daño a los damnificados *indirectos*.



Al respecto, se señala: "el interés jurídico que la ley protege, o sea la incolumidad del espíritu cuya lesión se pretende reparar, está de tal modo adscripto a la persona del ofendido que, en principio, solamente la víctima podría reclamarlo a título personal y como damnificado directo".<sup>30</sup> En estos términos, nuestro ordenamiento civil es claro: la regla del art. 1741 del CCyCN se limita a la legitimación de los damnificados directos. Sin embargo, recogiendo una tendencia más flexible que había comenzado a consolidarse en la jurisprudencia,<sup>31</sup> la segunda parte de la norma prevé una apertura de la legitimación si del hecho resulta la muerte o gran discapacidad del damnificado directo, en cuyo caso también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible.

Pese a esta mayor apertura, el criterio legal sigue siendo restrictivo, de modo que los damnificados indirectos pueden reclamar a título propio la reparación del agravio moral en forma excepcional, solo en las dos hipótesis admitidas por la norma: la muerte o gran discapacidad del damnificado directo.

Aplicando en forma literal el art. 1741 del CCyCN al tema en análisis es posible concluir que la progenitora, como damnificada indirecta, no se encuentra legitimada para reclamar el daño moral por la omisión del reconocimiento. Es decir, la omisión voluntaria del progenitor de reconocer al hijo no genera, en principio, derecho alguno a favor de la madre o, lo que es lo mismo, no todo dolor padecido por la progenitora frente a esta circunstancia es jurídicamente resarcible. De lo contrario, cualquier pariente del niño que hubiera padecido de manera indirecta la situación de desamparo vivida por este podría exigir una indemnización, lo que tornaría infinita la cadena de reclamos.

Así lo ha entendido tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia. Señala Sambrizzi que, con fundamento en lo normado por el derogado art. 1078 del CC –y mantenido por el art. 1741 del CCyCN–, la madre no se encuentra legitimada para reclamar el daño moral, "lo cual, naturalmente,

30. BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 252.

31. S.C.B.A., "L. A. C. y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otro"; CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MERCEDES, Sala I, "A., H. y otros c/ Hospital Municipal Mariano y otros"; JUZGADO N°1 DE TRENQUE LAUQUEN, "M., E. N. y otra c/ Municipalidad de Tres Lomas s/ daños y perjuicios".

no implica negar la lesión que se le pueda haber producido a la madre en sus afecciones legítimas, con motivo de la actitud omisiva del padre; pero en todo caso ella será una damnificada indirecta, a la cual le está vedado efectuar el reclamo".<sup>32</sup> En la misma línea, Arianna y Levy afirman que únicamente el hijo está legitimado activamente para el reclamo del daño moral, pues es él quien ha sufrido en forma directa el agravio derivado de la falta del reconocimiento espontáneo.<sup>33</sup> También para Perrino, la madre "carece de derecho a demandar indemnización por daño moral contra el padre, toda vez que la acción tiene como titular únicamente al damnificado directo que en el caso es solo el hijo".<sup>34</sup> Finalmente, advierte Dutto que "la madre carece de legitimación para reclamar el daño moral por no ser damnificada directa. Lo contrario implicaría la procedencia del daño moral en infinidad de situaciones en las que uno de los progenitores padece sufrimientos por el incumplimiento de sus obligaciones por parte de otro, situación que la ley no prevé y que extendería indefinidamente el concepto de resarcimiento por daño moral en los supuestos no previstos legalmente".<sup>35</sup>

Esta tendencia doctrinaria fue seguida por la jurisprudencia mayoritaria, que se ha mostrado reacia a admitir la legitimación activa de la progenitora para reclamar el daño moral por la omisión del reconocimiento de su hijo.

En este sentido, el Juzgado Civil, Comercial y de Minería N°5 de la 2da. Circunscripción de General Roca, con fecha 03/03/1993,<sup>36</sup> consideró que el daño a la madre "no constituye un daño jurídicamente resarcible, pues no reúne los requisitos que la ley exige para ser indemnizado. La negativa a reconocer al menor es un daño propio y personal del joven. Y la angustia, zozobra y sufrimiento de la situación vivida por la actora fue provocada por su propia conducta al haberse involucrado en una relación sentimental con un hombre casado y con hijos, debiendo asumir el riesgo que ello insume y las consecuencias negativas del obrar imprudente. A

32. SAMBRIZZI, *Daños en el derecho de familia*, pp. 191-192; SAMBRIZZI, *La Filiación...*, p. 362.

33. ARIANNA Y LEVY, "Daño moral y patrimonial derivado de la falta de reconocimiento", p. 449.

34. PERRINO, *Derecho de familia*.

35. DUTTO, *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, p. 167. En el mismo sentido, ver MÉNDEZ COSTA, *Visión jurisprudencial de la filiación*, p. 172; LÓPEZ HERRERA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 69; GROSMAN, "De la filiación", p. 393; etc.

36. Juzgado Civil, Comercial y de Minería N°5 de la 2da. Circunscripción de General Roca, "B., C. M. c/ C., R. s/ ordinario", p. 175, con nota de Polakiewicz, "Filiación. Daño moral...".

lo que se agrega que no existe ningún deber del demandado respecto de la actora cuyo incumplimiento genere una obligación de responder. Por lo que no se reúnen a mi juicio los presupuestos de la responsabilidad civil".

Por su parte, la Sala "L" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, con fecha 14/04/1994<sup>37</sup> –por mayoría– resaltó que "no me cabe duda de los pesares de la actora a consecuencia de la falta de reconocimiento voluntario por parte del padre de su hijo y las consecuencias que ello pudo haber traído en su entorno social, pero no advierto que pueda invocar violación de un interés jurídico legítimo que sustente la posibilidad de reparación del daño moral sufrido. En efecto, el interés tutelado por el derecho es el emplazamiento de hijo y este solo puede ser ejercido por él (...), por cuanto se trata de una acción personalísima".

A su vez, la Sala "F" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, con fecha 17/07/2006<sup>38</sup> subrayó que "la madre no sufre un daño moral propio por la falta de reconocimiento de su hijo que concibió con el demandado, pues sus hipotéticos sufrimientos y la angustia la situarían a lo sumo como damnificada indirecta por la omisión del padre y, por lo tanto, carece de legitimación para formular tal reclamo". Idénticos argumentos fueron expuestos por la Sala "D" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, con fecha 03/08/2016.<sup>39</sup>

#### **IV.B. Un primer argumento de peso: el ataque a la honra y la dignidad humana**

La postura tradicional antes reseñada ha ido cediendo en los últimos tiempos frente a contextos particulares en los que se presentan situaciones que exceden el "normal" padecimiento que puede sufrir la progenitora por la omisión del reconocimiento de su hijo. Se trata de casos en que la actitud del progenitor renuente no solo afecta el derecho a la identidad del hijo, sino también, y con independencia de ello, menoscaba los derechos fundamentales a la dignidad y a la honra de la madre.

37. CNCiv., Sala "L", "M., C. S. c/ E. y L. F., C. M.". En el mismo sentido ver CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MERCEDES, Sala I, "P. S., A. c/ A., R. H."

38. CNCiv., Sala "F", "R., A.C. c/ M., A.R.", p. 203, con nota de PAZ, "Filiación. Falta de reconocimiento. Alimentos provisorios...".

39. CNCiv., Sala "D", "L., E. F. y otro c/ P., J. C. s/ filiación".

La dignidad humana es un referente del pensamiento filosófico, ético, sociopolítico y jurídico de nuestros días<sup>40</sup> al que de hecho aluden sendos instrumentos de derechos humanos, aunque sin definirla.<sup>41</sup> En efecto, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como los dos Pactos de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconocen en sus respectivos preámbulos que la dignidad es inherente a todas las personas y constituye la base de los derechos fundamentales, por lo que se ha convertido en el valor básico que fundamenta la construcción de los derechos de la persona como sujeto libre y participe de una sociedad. En estos términos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresamente subraya en su art. 11: "[t]oda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad".

Si bien una aproximación conceptual a la dignidad humana es harto compleja, y las posturas ideológicas para definirla son muy variadas,<sup>42</sup> en el contexto de los derechos humanos, la noción de dignidad constituye el valor de cada persona, el respeto mínimo de su condición de ser humano, lo cual impide que su vida o su integridad sea sustituida por otro valor social.<sup>43</sup> De ahí que la dignidad humana se erige como principio esencial de los valores de autonomía, de seguridad, de igualdad y de libertad; valores estos que fundamentan los distintos tipos de derechos humanos.<sup>44</sup> En tal sentido, se proclama que "la dignidad humana se constituye como el sustrato y el punto de partida de todos los derechos humanos que se diferencian a partir de ella, y a la vez actúa como un punto de vista que da perspectiva a los diferentes derechos humanos, lo que permite entenderlos e interpretarlos".<sup>45</sup> En este entendimiento, podría afirmarse que la dignidad humana, sea como valor, como principio o como derecho humano, constituye el cimiento de todos los derechos humanos.

40. KEMELMAJER DE CARLUCCI, "Dignidad y autonomía progresiva de los niños", p. 128.

41. Incluso en el marco de la Constitución histórica, Bidart Campos sostenía que la dignidad, sea como derecho, sea como principio, está incluido entre los derechos implícitos del art. 33. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, p. 285.

42. Ver GARCÍA GONZÁLEZ, "La dignidad humana: núcleo duro de los derechos humanos".

43. GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, p. 20.

44. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, p. 84.

45. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, C-36/02, Omega/Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, párrafo 76. GARCÍA GONZÁLEZ, "La dignidad humana: núcleo duro de...".

Por su parte, el derecho al honor o a la honra a la que también aluden sendos instrumentos internacionales<sup>46</sup> sirve de complemento a la dignidad –como bien indica el citado art. 11 de la Convención Americana–, de modo que el Estado debe garantizar la protección de la dignidad del ser humano, no solo en el ámbito individual, sino también en lo social, y para que esto pueda ser posible, es necesario el respeto recíproco entre los individuos de la sociedad. Así lo revela Zannoni, al decir: “El honor de las personas constituye un bien jurídico que se descompone en dos aspectos: uno subjetivo y uno objetivo. Dice Cuello Calón que ‘es el primero el sentimiento de la propia dignidad moral nacido de la conciencia de nuestras virtudes, de nuestros méritos, de nuestro valor moral. El aspecto objetivo está representado por la apreciación y estimación que hacen los demás de nuestras cualidades morales y de nuestro valor social. Aquél es honor en sentido estricto, esta es la buena reputación’”<sup>47</sup>.

Estos principios constitucionales y convencionales han sido recogidos expresamente en el CCyCN, cuyo art. 51 consagra la inviolabilidad de la persona humana, al decir: “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”. Como consecuencia de ello, el art. 52 determina que “[l]a persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1”.

Es decir, el CCyCN habilita en forma explícita el reclamo del resarcimiento por los daños ocasionados ante la lesión a la dignidad, la honra y reputación de la persona. Desde esta perspectiva, cuando se demuestre que la actitud del progenitor renuente afecta estos derechos, la progenitora se encuentra legitimada para reclamar por sí, como damnificada *directa*, una indemnización por daño moral derivado de tal obrar antijurídico, con prescindencia del daño ocasionado al hijo. Solo que a diferencia de lo que acontece con la situación del hijo, la progenitora deberá acreditar la anti-juridicidad de la conducta que reprocha, que excede la mera omisión del

46. Los ataques abusivos e ilegales a la honra de las personas resultan prohibidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. V), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 17) y la CDN (art. 16).

47. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, p. 369.

reconocimiento, el factor de atribución subjetivo, y el daño ocasionado, que en el caso no se presume.

#### **IV.C. El daño moral a la progenitora desde la perspectiva de género**

He dicho al comienzo de este trabajo que los argumentos desarrollados para justificar el resarcimiento moral a favor de la progenitora han estado atravesados por la perspectiva de género.

El género, como categoría social y analítica, es una de las contribuciones teóricas más significativas del feminismo contemporáneo y surgió para explicar las desigualdades entre varones y mujeres, poniendo el énfasis en la noción de multiplicidad de identidades. Lo femenino y lo masculino se conforman a partir de una relación mutua, cultural e histórica. Precisamente a raíz de ello, el género es una categoría transdisciplinaria que desarrolla un enfoque globalizador y remite a los rasgos y funciones psicológicos y socioculturales que se atribuye a cada uno de los sexos en cada momento histórico y en cada sociedad.<sup>48</sup> En este sentido, citando a Stoller, el género se refiere a "grandes áreas de la conducta humana, sentimientos, pensamientos y fantasías que se relacionan con los sexos pero que no tienen una base biológica".<sup>49</sup> Así también, en palabras de Benhabib, se concibe: "[e]l sistema sexo/género es el modo esencial, no contingente, en que la realidad social se organiza, se divide simbólicamente y se vive experimentalmente. Entiendo por sistema de género/sexo la constitución simbólica y la interpretación sociohistórica de las diferencias anatómicas entre los sexos".<sup>50</sup>

El concepto de género se acuña para explicar la dimensión social y política que se ha construido sobre el sexo. Sin esta diferenciación, es difícil entender la subvaloración de todo lo femenino o que los roles y características que se le atribuyen a cada sexo, aunque se basaran en diferencias biológicas, no son una consecuencia ineludible de tales diferencias y que, por lo tanto, pueden ser transformadas. En otras palabras, ser mujer no significa solo tener un sexo femenino; también significa una serie de prescripciones normativas y de asignaciones de espacios sociales asimétricamente distribuidos. Sobre esa marca anatómica de los individuos de ese

48. GAMBA, "Estudios de género/Perspectivas de género", p. 121.

49. STOLLER, *Sex and gender*; p. 7.

50. BENHABIB, "El otro generalizado y el otro concreto: controversia Kolhberg...", p. 125.

colectivo, el sexo se ha construido una normatividad que desemboca en un sistema material y simbólico traducido políticamente en subordinación femenina.<sup>51</sup> Esta subordinación o desigualdad fue instaurada por la simbolización desde los tiempos inmemoriales de la especie humana, a partir de la observación y de la interpretación de hechos biológicos notables. Tal simbolización es fundadora del orden social y de las discrepancias mentales que siguen vigentes, aún en las sociedades más desarrolladas.<sup>52</sup>

Esta visión arcaica se reproduce generación tras generación transmitiendo representaciones sobre los roles masculino y femenino que funcionan en nuestras mentes sin que necesitemos convocarlas ni reflexionar sobre ellas. Por ello la importancia que tienen decisiones como las que se comentan donde se intenta visibilizar la vulnerabilidad de las mujeres en la sociedad. Desde el feminismo se recuerda: "[a] aplicar la perspectiva de género, los operadores del derecho, incluidos los jueces, toman en cuenta elementos, circunstancias y datos sobre la situación de las mujeres que, de otra forma, no serían considerados. Se trata de que, en el contexto de desigualdad de las mujeres, en el que se produce la vulneración de sus derechos, forme parte de la argumentación jurídica y, con ello, se puedan obtener, en el caso de los jueces, decisiones más justas. La incorporación de la perspectiva de género en el razonamiento judicial no garantiza una decisión a favor de las mujeres, pero obliga a los jueces, en el momento de justificar su decisión, a considerar las manifestaciones de desigualdad entre varones y mujeres (...) En síntesis, la perspectiva de género contribuye a que las decisiones que toma el operador judicial, al estar mejor fundamentadas, sean más justas, es decir, respetuosas de los derechos que la Constitución reconoce a las mujeres".<sup>53</sup>

La reparación a favor de la progenitora por el no reconocimiento de su hijo exige un análisis desde la mirada de género, ya que la vulnerabilidad social de las mujeres se potencia al tener que afrontar en soledad el embarazo, la maternidad y la crianza de un hijo, en especial en un contexto de carencias económicas. Por otro lado, desde esta mirada de género, también cobra relevancia la conducta del demandado en el proceso, pues en muchos casos se observa que los dichos del requerido exceden los límites del

51. COBO, "El género en las ciencias sociales", p. 35.

52. HÉRITIER, Masculino/Femenino II. Disolver la jerarquía, p. 15.

53. VILLANUEVA FLORES, "La perspectiva de género en el razonamiento...", p. 250.



derecho de defensa, volcándose en los escritos expresiones injuriosas y degradantes para la mujer que resultan discriminatorias en los términos de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), incluida entre los instrumentos de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (conf. art. 75 inc. 22°, CN).

Estas consideraciones han sido anticipadas por algún sector minoritario de la doctrina y reconocidas en forma creciente por la jurisprudencia de los últimos tiempos.

Entre otros, Gregorini Clusellas observa: "en la injusta negativa de filiación paterna, la madre y el hijo pueden ser independientemente damnificados directos de distintos agravios y como tales acreedores a resarcirse del daño moral". Y agrega: "En el caso de la madre se verifica un hilo muy fino que separa aquello que puede considerarse daño directo del daño indirecto por la fuerte identificación entre madre e hijo, pero de todos modos la separación es válida".<sup>54</sup> Por su parte, expresa Paz que, pese a la limitación normativa, en ciertos supuestos resulta "por lo menos discutible, la configuración de un daño de esta índole a favor de la madre del niño. Ella viene seguramente de soportar la humillación (a veces pública) de ver 'negada' la paternidad de su niño por ese progenitor" y "deberá afrontar el engorroso trámite judicial a los fines de obtener el emplazamiento del renuente padre".<sup>55</sup> Para Medina, la posibilidad de que la madre accione por daño moral se encuentra justificada por haber tenido que afrontar sola el nacimiento y crianza del hijo.<sup>56</sup> En fin, Sagarra concluye: "si la madre invoca la inconstitucionalidad de esa norma restrictiva en cuanto a los legitimados activos por daño moral (...) podría llegar a obtener la reparación de ese perjuicio" acreditando "el dolor al acompañar al hijo reclamante de un padre reticente, el padecimiento por la ausencia de emplazamiento del estado de hijo".<sup>57</sup>

En nuestra jurisprudencia, la legitimación de la madre para reclamar un daño propio derivado de la falta de reconocimiento fue puesta por primera vez de resalto en el voto en disidencia del magistrado Polak en el citado fallo de la Sala "L" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, del 14/04/1994, al enumerar "los actos y las omisiones gravísimas

54. GREGORINI CLUSELLAS, "El daño moral en la negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento".

55. PAZ, "Filiación. Falta de reconocimiento. Alimentos provisorios...", p. 209.

56. MEDINA, *Daños en el Derecho de Familia*, pp. 132-133.

57. SAGARRA, "Legitimación activa de la madre por daños...", p. 253.



incurridas por el demandado y que en su conjunto permitirán apreciar el daño moral ocasionado a la actora y, consiguientemente, al hijo de ambos: 1) Abandono de la pareja al momento de tomar conocimiento del embarazo. (...) 3) Ausencia de todo tipo de ayuda moral y económica durante el proceso incubatorio y los consiguientes gastos del parto. 4) Negativa torpe e infundada en reconocer la paternidad (...) 6) Tenaz y absurda conducta procesal (...) 7) Permanentes injurias y calumnias dirigidas contra la actora y contra la madre de esta (...) 8) Consecuencias físicas y psíquicas parangonadas a la actora y el menor, que debieron ser sometidos a reiteradas pruebas genéticas. 9) Repercusión dentro de las esferas familiares, de amistades y del culto que profesan, que le han creado a la actora incomodidades, rechazos, sufrimientos y dolores que deberá soportar por largo tiempo". Sobre la base de estos parámetros, consideró: "las lesiones sufridas por la actora atentaron al honor; al nombre; a la honestidad; a las afecciones legítimas y a la intimidad".<sup>58</sup>

Esta tendencia, en un comienzo, aislada ha sido recogida años después en sendos precedentes. Así, en un fallo de la Cámara Civil y Comercial de San Nicolás, del 27/03/2008,<sup>59</sup> se entendió que "[c]abe hacer lugar al reclamo de daño moral realizado en forma directa y a título personal por la progenitora del niño, ya que con independencia del infringido al hijo no reconocido, el demandado ha incurrido en otra conducta antijurídica cual es la de haber abandonado a la actora una vez conocido el embarazo, sin prestarle el más mínimo apoyo, tanto material como espiritual, dejándola sumida en el abandono y librada a sus escasísimos recursos, debiendo afrontar sola lo que debió ser compartido y en una clara actitud injuriosa al negar su paternidad y la colaboración indispensable –en su caso– para determinarla. Ese comportamiento necesariamente ha de haber producido en la actora angustias, sinsabores, desencantos, y afecciones diversas a sus más íntimos sentimientos al tener que asumir en soledad la evolución del embarazo, el parto y la posterior crianza y educación de la menor".

En otro fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, del 17/08/2012,<sup>60</sup> se resolvió que "la postura

58. CNCiv., Sala "L", "M., C.S. c/ E. y L.F., C.M.", voto en disidencia del magistrado Polak.

59. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, "F.M.L. c/ A.L.A. s/ daños y perjuicios".

60. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, "T., D.M. c/ S., J.W.".

defensiva asumida por el demandado (...) puso un innecesario énfasis para descalificarla –a la madre–, mediante afirmaciones estigmatizantes (...) No me es ajena la realidad social donde se dieron estos hechos, ni que estos litigios, hasta ahora, suelen ser vistos desde la perspectiva del hombre reclamado, como una maniobra especulativa de la madre, en lugar de prestar más atención a las dificultades por esta atravesadas y hasta en el peso que conlleva para ella el juicio mismo, al punto que en supuestos como el de autos (donde es patente el exceso en el ejercicio del derecho de defensa del accionado), termina por ser revictimizada. Más aún, alegaciones como las realizadas en este juicio, sobre la supuesta prostitución de una mujer de quince años embarazada dos veces consecutivas por el mismo hombre de cincuenta y dos, comerciante del barrio que vivía con mujer e hijos, y que dijo pagarle por sexo con dinero o mercadería, dejan expuesta una situación de sometimiento sexual ejercido por Sap, y resultan inconcebibles para quienes tenemos el deber de erradicar toda forma de violencia y discriminación contra la mujer, y asegurarles el más amplio respeto a su dignidad humana y a su intimidad, tanto como un trato considerado”.

En un precedente de la Sala “K” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, de fecha 14/06/2013,<sup>61</sup> se reconoció a favor de la madre una indemnización de \$70.000 en concepto de daño moral por el abandono sufrido durante el embarazo y el parto y por los agravios que le infirió el demandado en el juicio de filiación. El tribunal subrayó que “la interpretación literal del art. 1078 del Código Civil resulta inequitativa y al margen de los preceptos constitucionales de protección de la familia, reparación integral del daño y razonabilidad, así como también de los principios generales del derecho, de la equidad, de la buena fe y la solidaridad (...) No cabe duda que la situación de falta de reconocimiento voluntario de su hijo le produjeron a la madre innegables padecimientos espirituales (...), no solo con la indiferencia del padre sino con su rechazo expreso, lo que seguramente produjo repercusiones negativas en su entorno social. Todo ello y la humillación padecida por la mujer indican que ha sufrido un daño propio que debe ser resarcido (...) En segundo lugar, del contenido de la contestación a la demanda en actuaciones sobre filiación que tengo a la vis-

61. CNCiv., Sala “K”, “O.E., M. y otro c/ P., A.O. s/ daños y perjuicios”, p. 58, con nota de FAMÁ, “Daño moral a favor de la madre...”, p. 29, con nota de GARMIZO, “Un fallo ejemplar: reparación integral del daño...”.

ta resulta también que la actora es una damnificada directa de la conducta ilícita del demandado, la que le ha producido daño moral. En efecto, en este aspecto debo recordar que (...) el aquí demandado (...) atribuyó a la actora –a quien a esa altura dijo no conocer o no recordar haber tenido una relación sentimental con ella– la especulación de extorsionar al suscripto ‘un provinciano casado, tal vez predispuesto a un arreglo’. Se advierte fácilmente (...) que semejante imputación a la mujer la ofende y constituye una verdadera injuria vertida en el juicio que excede en mucho la legítima defensa (...) El contenido de la contestación de demanda de filiación efectuada dolosamente manchó injustamente el honor y el buen nombre de la mujer (...) Por otra parte, la contestación de la demanda de filiación refleja un trato discriminatorio de la actora como mujer”.

En el mismo sentido, el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, con fecha 24/10/2013,<sup>62</sup> sentenció: “Del daño moral sufrido por la mujer embarazada en razón del comportamiento del demandado, las cosas hablan por sí solas: la actora transitó todo el período de la gestación sin la compañía ni apoyo espiritual del progenitor (...) De allí que corresponda en derecho condenar al demandado a la indemnización del daño moral que causó a su expareja. No es menester para así concluir la cita de textos legales, porque basta el gran y eterno principio jurídico del no dañar a otro –*alterum non laedere*–. Si bien de acuerdo con el texto del art. 1078 del Cód. Civil solo el hijo –damnificado directo– se encuentra legitimado para accionar por el daño moral por la falta de reconocimiento filial (...), del escrito de demanda claramente se logra apreciar que el reclamo por daño moral de la Sra. S. *iure proprio* se fundan en hechos que demuestran el perjuicio sufrido de manera inmediata, principal, directa y exclusiva por esta. El ilícito respecto de la Sra. S. no consiste en el desconocimiento filiatorio del padre de la menor A. P. sino en los hechos concomitantes con el embarazo, posteriores y conexos al mismo, los que proyectan su agravio directamente a la madre”.

Siguiendo esta tendencia, la Sala “L” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, con fecha 26/10/2016,<sup>63</sup> reconoció una indemnización de \$70.000 a favor de la madre en concepto de daño moral, tras considerar

62. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CORRIENTES, “S., J. S. c/ J. C. E. s/ filiación”, p. 61, con nota de GREGORINI CLUSELLAS, “La legitimación de padres y hermanos...”, p. 132, con nota de CORDONE ROSELLO, “La filiación: el reconocimiento tardío...”.

63. CNCiv., Sala “L”, “C. R. E. y otro c/ C. F. A. s/ filiación”.

que "resulta ser damnificada directa a raíz de la lesión de sus intereses espirituales generados no solo por la indiferencia del padre del menor sino por su rechazo expreso, lo que seguramente produjo repercusiones negativas en el entorno familiar y social de R.E.C. No puede ignorarse que el desconocimiento del demandado de sus obligaciones parentales de contribuir a la formación, el cuidado y la educación del hijo, obligó a la actora a asumir sola responsabilidades morales que la ley y la naturaleza imponen compartir, circunstancias –todas ellas– que han generado un exceso de tareas, tensiones, angustia, dolor y afectación en su honor y que configuran el deber de resarcir a R.E.C. como víctima directa, necesaria e inmediata del perjuicio producido por su conducta". Esta conclusión "se alinea con la prohibición del trato discriminatorio de la actora como mujer".

En fin, la Cámara Civil y Comercial de Necochea, con fecha 21/02/2017,<sup>64</sup> frente a la situación de discapacidad del hijo no reconocido, destacó: "El reclamo de la actora a título personal no tiene como hecho fundante la ausencia de reconocimiento sino otra serie de hechos (...) Estos sucesos –analizados en su conjunto, no aisladamente– resultan a mi entender fundantes de la pretensión de resarcimiento del daño moral pues configuran un accionar antijurídico, con un doble aspecto ilícito, y que tienen como damnificada directa a la madre del niño con discapacidad (...) Señalo que hay un doble aspecto de ilicitud pues por un lado el demandado ha omitido deliberada y permanentemente su rol paterno en un supuesto donde la asistencia que tal rol implica era casi imprescindible (...) Es cierto que no cualquier crianza monoparental de un hijo –en abstracto– generará un daño al progenitor que llevó adelante esa tarea, pero en el presente caso donde la exigencia era tan alta, los deberes de asistencia omitidos por el demandado dan lugar a la posibilidad de calificar su actuación como ilícita (...) Si a esa omisión sumamos las consideraciones que el accionado tuvo en todo momento respecto del hijo común, se advierte que el ánimo de la actora ha sufrido de modo directo y con fuente en otros hechos amén del reconocimiento filial, un detrimento que excede el propio de toda separación o el que puede derivarse de la crianza en solitario de un niño autosuficiente y que va madurando al crecer".

64. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea, "P., M.C. c/ B., M.S. s/ daños y perjuicios".

## V. PALABRAS DE CIERRE

La penetración del derecho de daños en el derecho de familia exige una especial cautela para evitar que cualquier conducta, por más dolor que cause, genere el derecho a una indemnización. Como bien se ha dicho, "hay ciertos comportamientos que no pueden ser exigidos, al menos jurídicamente: derecho a que te quieran, derecho a tener relaciones sexuales, derecho a convivir (...) No todo daño moral debe ser jurídicamente resarcido: la traición de un amigo, la desazón de no obtener un empleo, la frustración de un negocio, el desengaño amoroso, la decepción por no aprobar un examen, que el cónyuge no sea un atento y fiel compañero/a".<sup>65</sup>

Sin embargo, ello no obsta a la admisión de la reparación frente a supuestos en que se verifiquen los elementos de la responsabilidad civil y se constate un daño con independencia de los sentimientos personales, pues no parece justo que por el hecho de estar involucradas relaciones familiares se otorgue al damnificado una protección menor que aquella que corresponde al resto de las personas.

En estos casos, la clave del problema está en determinar qué comportamientos originan daños resarcibles y cuáles no. Y la respuesta a este dilema se encuentra en la comprobación de la efectiva vulneración de los derechos fundamentales de la víctima que reclama la indemnización, lo que exige analizar cada caso en concreto.

No toda omisión del reconocimiento del hijo habilita un reclamo de daño moral a favor la progenitora. Pero si, como se vio, la actitud renuente se traduce en la afectación de la dignidad y el honor de la mujer y en un tratamiento discriminatorio, estos comportamientos no deben quedar impunes. En tal contexto, como se sostuvo en un precedente, la reparación cumple una función de justicia correctiva o sinalagmática, que conjuga o sintetiza a la vez la naturaleza resarcitoria de la indemnización para la víctima y la naturaleza punitiva o sancionatoria de la reparación para el agente del daño;<sup>66</sup> a lo que cabe sumar el rol pedagógico que también deben asumir las decisiones judiciales.

65. DE FILIPPIS, *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio, nella separazione en el divorzio*, p. 24, citado por LÓPEZ DE LA CRUZ, "El resarcimiento del daño moral...".

66. CNCiv., Sala "K", "O. E., M. y otro c/ P., A. O. s/ daños y perjuicios".

## BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio A., “Rumbos actuales del derecho de daños”, en *LL*, 2008-E-1295.
- , “Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil”, en *LL*, 2012-D-1154.
- y LÓPEZ CABANA, Roberto, “Cuestiones de responsabilidad civil en el derecho de familia”, en *LL*, 1991-A-951.
- ARIANNA, Carlos A. y LEVY, Lea M., “Daño moral y patrimonial derivado de la falta de reconocimiento”, en GHERSI, Carlos A. (coord.), *Derecho de daños: economía — mercado — derechos personalísimos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- BARBERO, Omar U., “La responsabilidad civil en el Derecho de Familia (treinta años después)”, en *SJA*, 5/10/2005.
- BELLUSCIO, Augusto C., “Daños y perjuicios derivados del divorcio”, en BELLUSCIO, Augusto C.; ZANNONI, Eduardo A. y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.), *Responsabilidad civil en el derecho de familia*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983.
- BENHABIB, Seyla, “El otro generalizado y el otro concreto: controversia Kohlberg—Gilligan y la teoría feminista”, en BENHABIB, Seyla y CORNELL, Drucilla (ed.), *Teoría feminista y teoría crítica*, Valencia, Alfons el Magnánim, 1990.
- BIDART CAMPOS, Germán, “Indemnización por daño extrapatrimonial en caso de adulterio”, en *ED*, 146-99.
- , *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*. Nueva edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Ediar, 2001, T. I-B.
- BREBBIA, Roberto H., “El daño moral en las relaciones de familia”, en AA.VV., *Derecho de Familia: Libro en Homenaje a la Profesora Dra. María Josefa Méndez Costa*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1991.
- , *El daño moral*, 2ª ed., Rosario, Orbir, 1967.
- BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, Buenos Aires, Ábaco, 1979.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- CALVO COSTA, Carlos A., *Derecho de las obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, “T., D. M. c/ S., J. W.”, 17/08/2012.

- CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MERCEDES, Sala I, "A., H. y otros c/ Hospital Municipal Mariano y otros", 12/06/2007.
- , Sala I, "P. S., A. c/ A., R. H.", 11/05/2000, *LLBA 2000-1083*.
- CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE NECOCHEA, "P., M. C. c/ B., M. S. s/ daños y perjuicios", 21/02/2017, *elDial.com - AA9DC4*.
- CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN NICOLÁS, "F. M. L. c/ A. L. A. s/ daños y perjuicios", 27/03/2008.
- CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala "D", "L., E. F. y otro c/ P., J. C. s/ filiación", 03/08/2016, *RCJ 4445/16*.
- , Sala "F", "R., A. C. c/ M., A. R.", 17/07/2006, *RDF*, N°36, 2007.
- , Sala "K", "O. E., M. y otro c/ P., A. O. s/ daños y perjuicios", 14/06/2013, *SJA 2013/11/06*.
- , Sala "L", "C.R.E. y otro c/ C.F.A. s/ filiación", 26/10/2016, *elDial.com - AA9B4D*.
- , Sala "L", "M., C. S. c/ E. y L. F., C. M.", 14/04/1994, *LL 1995-C-407, ED 159-189 y DJ 1996-I-608*, voto en disidencia del magistrado Polak.
- COBO, Rosa, "El género en las ciencias sociales", en LAURENZO, Patricia, MAQUEDA, María Luisa y RUBIO, Ana (coord.), *Género, violencia y derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.
- CÓRDOBA, Marcos, "Procedencia de la reparación de daños entre cónyuges", en *LL*, 2007-B-592.
- CORDONE ROSELLO, María A., "La filiación: el reconocimiento tardío y el daño moral. Algunas cuestiones para reflexionar", en *RDF*, 2014-IV.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Loayza Tamayo, María E.", 27/11/1998, *RCyS*, 1999-209.
- CORTE SUPREMA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, "L. A. C. y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otro", 16/05/2007, *LL 2007-D-372, JA 2007-III-222*.
- DE FILIPPIS, Bruno, *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio, nella separazione en el divorzio*, Padua, Cedam, 2003.
- DI LELLA, Pedro, "Derecho de daños vs. derecho de familia", en *LL*, 1992-D-862.
- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad de matrimonio", en *JA*, 1983-III-626.
- DUTTO, Ricardo J., *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- FAMÁ, María V., "Daño moral a favor de la madre por la omisión del reconocimiento de su hijo: acertada decisión desde la perspectiva de género", en *RDF*, 2014-I.



- GAMBA, Susana B., "Estudios de género/Perspectivas de género", en GAMBA, Susana B. (coord.), *Diccionario de estudios de género y feminismos*, 2ª ed., Buenos Aires, Biblos, 2009.
- GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, "La dignidad humana: núcleo duro de los derechos humanos", en *Revista IUS*, Universidad Latina de América, URL <http://www.unla.mx/iusunla28/reflexion/La%20Dignidad%20Humana.htm>, consultado 16/08/2018.
- GARMIZO, Michelle L., "Un fallo ejemplar: reparación integral del daño causado por la omisión de reconocimiento del hijo", en *RDF*, 2014-I.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986.
- GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "El daño moral en la negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento", en *LL*, 1995-C-405.
- , "La legitimación de padres y hermanos por daño moral en importante precedente. Daño moral de la hija y la madre ante la negativa de filiación del padre", en *RCySM*, 2014-VI.
- GROSMAN, Cecilia, "De la filiación", en BUERES, Alberto J. (dir.) y HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. I-B, 3ª reimpresión, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- HÉRITIER, Françoise, *Masculino/Femenino II. Disolver la jerarquía*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- HERNÁNDEZ, Carlos A., "Breve reseña del estado actual de los daños punitivos en la Argentina. Algunas reflexiones para valorar su recepción en el derecho de familia", en *RDF*, 2014, N°65.
- JALIL, Julián E., "Daños derivados del divorcio y presupuestos para la procedencia de la responsabilidad civil", en *DFyP*, enero 2011.
- Juzgado Civil, Comercial y de Minería N°5 de la 2ª Circunscripción de General Roca, "B., C. M. c/ C., R. s/ ordinario", 03/03/1993, *RDF*, N°9, 1995.
- JUZGADO N°1 DE TRENQUE LAUQUEN, "M., E. N. y otra c/ Municipalidad de Tres Lomas s/ daños y perjuicios", 01/11/2005.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Dignidad y autonomía progresiva de los niños", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N°3: Derechos del paciente, 2010, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2011.
- , "Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial (su diferencia con la acción con finalidad de subsidio del derecho francés)", en TRIGO REPRESAS, Félix A. y STIGLITZ, Rubén S. (dir.), *Derecho de Daños*, 1ª parte, Buenos Aires, La Rocca, 2000.
- LEVY, Lea M., WAGMAISTER, Adriana M. y IÑIGO, Delia B., "La situación de divorcio como generadora de responsabilidad civil entre cónyuges", en *LL*, 1990-C-901.



- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, "El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales", en *InDret*, N°4/2010, octubre de 2010, Barcelona, URL [http://www.indret.com/pdf/783\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/783_es.pdf), consultado 26/08/2018.
- LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Comentario al art. 1738", en RIVERA, Julio C., MEDINA, Graciela (dir.) y ESPER, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. IV, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- , *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele, "Daño intrafamiliar", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2010-VI.
- MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., "Familia y responsabilidad civil", en *ED*, 139-847.
- , "Otra acertada acogida del derecho a reparación de los daños ocasionados por el cónyuge culpable de divorcio", en *ED*, 115-848.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María T., "¿Es indemnizable la infidelidad?", en *DFyP*, diciembre 2010.
- , "Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales", en *Revista de Derecho Patrimonial*, Madrid, Thomson, 2006.
- MEDINA, Graciela, "Daño extrapatrimonial en el derecho de familia y el proyecto de Código Civil unificado de 1998", en *Revista de Derecho de Daños*, N°6, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.
- , "La reparación de los daños y perjuicios derivados de las causales de divorcio desde la perspectiva de los tratados de derechos humanos", en *DFyP*, octubre 2009.
- , "Responsabilidad por las injurias en el divorcio. Reparación de la violencia psicológica", en *LL*, 2011-A-498.
- , *Daños en el Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- MÉNDEZ COSTA, María J., *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, 1989.
- , *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.
- , *Visión jurisprudencial de la filiación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997.
- MENEGHINI, Roberto A., "Responsabilidad civil en cuestiones de familia", en *DFyP*, septiembre 2010.
- MINYERSKY, Nelly, "Responsabilidad por no reconocimiento del hijo extramatrimonial. Factores de atribución", en ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto M. (dir.), *La responsabilidad. Homenaje al profesor Isidoro H. Goldenberg*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

- MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Los daños emergentes del divorcio", en *LL*, 1983-C-354.
- , *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ediar, 1985.
- ORGAZ, Alfredo, "El daño moral", en *ED*, 79-855.
- PAGANO, LUZ M. y GIMÉNEZ, Luis A., "Daño moral en el divorcio por culpa de ambos cónyuges", en *JA*, 1997-I-938.
- PAZ, Roberto, "Filiación. Falta de reconocimiento. Alimentos provisorios durante el proceso. Valor del silencio. Consecuencias para el padre re-nuente. Daño moral y patrimonial. La madre y el hijo. ¿Ambos son beneficiarios?", en *RDF*, N°36, 2007.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984.
- PERRINO, Jorge A., *Derecho de familia*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- POLAKIEWICZ, Marta, "Filiación. Daño moral por falta de reconocimiento", en *RDF*, N°9, 1995.
- RIVERA, Julio C. (h.), *Ideas directrices del sistema de responsabilidad en el Proyecto de Código Civil*, Academia Nacional de Derecho, 2000.
- SAGARNA, Fernando A., "Legitimación activa de la madre por daños derivados de la falta de reconocimiento filial", en *RDF*, N°65, 2014, p. 253.
- SAMBRIZZI, Eduardo A., *La Filiación en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 2016.
- , *Daños en el derecho de familia*, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- STOLLER, Robert, *Sex and gender*, Nueva York, Science House, 1968.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES, "S., J. S. c/ J. C. E. s/ filiación", 24/10/2013, *RCyS 2014-VI*.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, C-36/02, Omega/Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn.
- VILLANUEVA FLORES, Rocío, "La perspectiva de género en el razonamiento del juez del Estado constitucional", en EQUIPO LATINOAMERICANO DE JUSTICIA Y GÉNERO, *Autonomía y feminismo siglo XXI. Escritos en homenaje a Haydee Birgin*, Buenos Aires, Biblos, 2012.
- ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1998.
- , *El daño en la responsabilidad civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2005.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Derecho de daños. Primera parte*, Buenos Aires, La Rocca, 1989.
- , *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Buenos Aires, Alve-roni, 2015.

# ENSAYOS



## LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN FRENTE A LAS NORMAS *JUS COGENS* RELACIONADAS CON LOS DERECHOS HUMANOS: UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL A LA LUZ DE LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL\*

FLORENCIA MARIANA BRICHETTI \*\*

**Resumen:** La presente investigación pretende abordar la inmunidad jurisdiccional de los Estados y las organizaciones internacionales, como así también la de sus funcionarios/as y agentes. Las complejidades del tema abordado en este trabajo motivan una serie de interrogantes de especial interés, que se resumen en la problematización de las excepciones a los principios de inmunidad mencionados, más allá de la renuncia expresa por los sujetos que se benefician de ellos. Nos proponemos analizar la evolución del Derecho Internacional en torno a esta temática, y demostrar que si bien no existe una regla uniforme que permita establecer bajo qué supuestos taxativos, más allá de la renuncia, cede la inmunidad de jurisdicción de Estados y Organizaciones internacionales, sí es posible observar una tendencia jurisprudencial a sostener que, cuando se hallan normas *jus cogens* relativas a los Derechos Humanos en juego, la inmunidad de jurisdicción de Estados y Organizaciones Internacionales debe ceder.

**Palabras clave:** *jus cogens* – derechos humanos – inmunidad jurisdiccional

\* Recepción del original: 24/10/2018. Aceptación: 02/11/2018.

\*\* Estudiante con orientación en Derecho Internacional Público por la Universidad de Buenos Aires (UBA) y estudiante de Licenciatura y Profesorado en Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Quilmes (UNQ). Larga trayectoria como extensionista en UNQ en proyectos orientados a Educación en Derechos Humanos. Docente. Investigadora. Dedicado a mi familia, cuyos esfuerzos han sido condición necesaria para la carrera que motivó esta y muchas otras producciones, y a la universidad pública, a la que nunca dejaré de defender. Este artículo fue resultado de los interrogantes e inquietudes planteados en ocasión de realizar el trabajo de investigación final en el marco de la asignatura "Sujetos y Jurisdicciones" en la cátedra de la Dra. Frida Armas Pfrirter, en la comisión a cargo del Dr. Juan Manuel Bradi.

**Abstract:** This investigation work has the aim to reflect on jurisdictional immunity of States and International Organizations, as well as their agents. The complexity of the matter motivates a series of especially interesting questions, which can be problematized through the study of the mentioned immunity principles. Our aim is to analyze the evolution of international law regarding this topic to prove that, even though there is not a uniform rule that allows to establish the totality of the situations different to resignation of immunity in which the immunity falls, it is in fact possible to observe a jurisprudential tendency that establishes a principle on which jurisdictional immunity of States and International Organizations falls in presence of affectation of *jus cogens* law related to human rights.

**Keywords:** *jus cogens* – human rights – jurisdictional immunity

## I. INTRODUCCIÓN

La presente investigación pretende abordar el tema relativo a la inmunidad jurisdiccional de los Estados y las Organizaciones Internacionales. En este contexto, el concepto de soberanía se constituye como referencia ineludible, pues es este principio de Derecho Internacional el que motiva estas inmunidades y privilegios en el caso de los Estados. Ello se sustenta en el principio de igualdad soberana de los Estados, receptado en la Carta de Naciones Unidas, y tiene como finalidad la conservación de las buenas relaciones de cooperación entre los Estados. En cuanto a las Organizaciones Internacionales –en adelante, OI–, la motivación de su inmunidad varía en función de la ausencia de soberanía. Así, puede entenderse que la inmunidad de estos sujetos derivados del Derecho Internacional tiene una motivación funcional, y cumple con la finalidad de preservar el correcto funcionamiento de la organización para el cumplimiento de sus objetivos y fines sin la injerencia de los tribunales locales en los cuales la organización actúa. Es dable destacar que, con relación a los/las funcionarios/as de los Estados y los/las agentes de las OI, también podemos encontrar previsiones tendientes a establecer su inmunidad que también abordaremos en esta investigación, puesto que son estos los sujetos cuyas acciones pueden resultar imputables tanto a Estados como OI, e inclusive derivar en sentencias condenatorias por la violación a normas de Derecho Internacional que recaigan sobre estos mismos agentes y/o funcionarios/as.

El desarrollo normativo en torno a la inmunidad de jurisdicción está marcado por una evolución que se corresponde con diferentes pronunciamientos de tribunales locales en torno a la prevalencia, o no, de la inmunidad de jurisdicción. La complejidad de los conflictos suscitados en distintas sedes jurisdiccionales locales ha motivado un arduo trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas que ha desembocado en la confección de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aún no entrada en vigor, que prevé ciertas reglas tendientes a unificar los criterios de inmunidad y privilegios de los Estados.

Las complejidades del tema abordado en este trabajo motivan una serie de interrogantes de especial interés, que se resumen en la problematización de las excepciones a los principios de inmunidad mencionados, más allá de la renuncia expresa por los sujetos que se benefician de ellos. Cabe preguntarnos, entonces, qué excepciones son receptadas por el Derecho Internacional a estas inmunidades, ya sea de Estados, OI o funcionarios/as o agentes de estos, y si el hecho de que se encuentren involucradas normas *jus cogens* puede hacer ceder dicho principio, y, en tal caso, bajo qué circunstancias. Así, nos proponemos analizar la evolución del Derecho Internacional en torno a esta temática, y demostrar que si bien no existe una regla uniforme que permita establecer bajo qué supuestos taxativos, más allá de la renuncia, cede la inmunidad de jurisdicción de Estados y Organizaciones internacionales, sí es posible observar una tendencia jurisprudencial a sostener que, cuando se hallan normas *jus cogens* relativas a los Derechos Humanos en juego, la inmunidad de jurisdicción de Estados y Organizaciones Internacionales debe ceder. En la labor de plantear nuestra hipótesis consideramos imprescindible resaltar que las conclusiones a las que podremos arribar se verán indefectiblemente afectadas por el fenómeno de la fragmentación del Derecho Internacional, lo que impedirá que la respuesta a nuestro problema de investigación sea completamente uniforme, aunque ello no sería óbice para corroborar la existencia de la tendencia ya mencionada.

Nos propondremos aquí transitar la jurisprudencia de jurisdicciones internacionales –excluyendo las arbitrales– en torno a la hipótesis planteada. En este sentido, realizaremos un esquemático recorrido por estos pronunciamientos, destacando los puntos más relevantes en torno a nuestro problema de investigación en cada caso, y contribuyendo a la problematización constante de nuestra hipótesis aquí planteada.

## II. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y SUS EXCEPCIONES EN EL ÁMBITO DE LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES

### II.A. Tribunales con competencia para entender en asuntos entre Estados

#### II.A.1. Corte Permanente de Justicia Internacional

La Corte Permanente de Justicia Internacional –en adelante, CPJI– fue un órgano jurisdiccional creado en el marco de la Sociedad de Naciones en 1921 que celebró su sesión inaugural el 15 de febrero de 1922 y es identificada como la antecesora de la Corte Internacional de Justicia –en adelante, CIJ–. Su disolución tuvo lugar en 1946.<sup>1</sup> Era competente para entender en asuntos de Derecho Internacional general que fueran presentados ante ella por los Estados, únicos sujetos legitimados para acceder a sus estrados,<sup>2</sup> como así también en casos en los cuales los tratados en los que se basaba el conflicto interestatal la indicaran como ámbito para la solución pacífica de controversias en el marco de dicha convención.<sup>3</sup>

En el corto periodo de accionar de la CPJI la evolución en torno a la inmunidad de jurisdicción era aún poco madura. La distinción entre actos *iuri imperii* y actos *iuri gestionii* no había tenido aún asidero en la costumbre internacional, y mucho menos en las normas convencionales. Debemos tener en cuenta que las convenciones sobre inmunidad comenzarán a tener relevancia a partir de la década de 1970, con la sola excepción de la Convención de Bruselas de 1926 que solamente contemplaba la inmunidad de buques oficiales y que, asimismo, solo era de exigible cumplimiento para trece Estados. Así, la evolución del Derecho Internacional en materia de inmunidad no había dado su puntapié inicial para separarse de la teoría de la inmunidad absoluta en épocas en las cuales la CPJI desempeñaba sus funciones. Si bien esta investigación debe privarse obligadamente de un análisis detallado de los pronunciamientos de la CPJI, no consideramos

1. Organización de Naciones Unidas, Corte Permanente de Justicia Internacional, URL <http://www.un.org/es/icj/permanent.shtml> consultado 2/11/2017.

2. Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, 13/12/1920, art. 34.

3. Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, 13/12/1920, art. 36.



excesivo, para apoyar la tesis aquí sostenida, mencionar la jurisprudencia de la CPJI en el caso "Mavrommatis", en el cual el tribunal deja claro que, para determinar su propia jurisdicción, es necesario corroborar si ha existido "consentimiento expreso del Estado para otorgársela".<sup>4</sup> Similar criterio sigue la CPJI en su pronunciamiento en el caso relativo a "Fosfatos marroquíes", en el que establece como condición *sine qua non* para la aceptación de su jurisdicción la fijación de los términos temporales de la aceptación de la jurisdicción de la CPJI por parte de los Estados.<sup>5</sup>

### II.A.2. Corte Internacional de Justicia

La CIJ viene a ocupar un lugar similar en la Organización de Naciones Unidas –en adelante, ONU– a aquel que ocupaba la CPJI en la Sociedad de Naciones. La competencia material de la CIJ abarcará todo el espectro del Derecho Internacional general, y en sus estrados solo podrán ser incoados reclamos por y contra Estados.<sup>6</sup>

La jurisprudencia de la CIJ ha robustecido fuertemente la conceptualización de las normas *jus cogens*, recogidas por el artículo 53 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969,<sup>7</sup> si bien esta ha sido reticente a referirse explícitamente al concepto de *jus cogens*. A propósito de lo dicho, podemos mencionar uno de sus grandes aportes a la interpretación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en ocasión de emitir su "Opinión consultiva relativa a las reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio". En este pronunciamiento la CIJ establece que para determinar la posibilidad de reservas debe atenderse al fin del tratado. En este caso, el tratado en cuestión hace referencia a intereses que la comunidad internacional toda está interesada en proteger, por lo cual se entiende que no puede haber intereses individuales de los Estados en juego que justifiquen el apartamiento de estas normas, pues lo que hay en juego es el cumplimiento de ciertos propósitos superiores. No hay para los Estados posibilidad de ventajas o desventajas que les afecten de manera individual ni balance contractual "entre partes

4. CPJI, "Asunto relativo a las concesiones palestinas a Mavrommatis", p. 11.

5. CPJI, "Asunto relativo a fosfatos marroquíes", p. 20.

6. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 26/06/1945, artículos 34 y ss.

7. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969.

o sus obligaciones".<sup>8</sup> En el mismo pronunciamiento la CIJ reconoce que normas como las contenidas en la convención en cuestión son obligatorias para los Estados, incluso no mediando vínculo a través del consentimiento a obligarse convencionalmente.<sup>9</sup>

Resulta, asimismo, relevante la jurisprudencia de este tribunal en el caso "Canal de Corfú", en el que menciona que existen obligaciones derivadas de la costumbre internacional que obligan a tener presentes ciertas "consideraciones de humanidad", que compelen, particularmente en el caso citado al Estado albanés, a comunicar de los posibles peligros para las personas por el despliegue de ciertas actividades en altamar.<sup>10</sup> En adición, la CIJ ha reconocido en su "Opinión consultiva relativa al uso de armamento nuclear" que ciertas normas de Derecho Internacional Humanitario gozan de carácter de normas consuetudinarias exigibles incluso a los Estados que no se han comprometido convencionalmente a su cumplimiento justamente por basarse en estas consideraciones generales de humanidad.<sup>11</sup>

El estudio de estos precedentes obliga insoslayablemente a reparar en los principios que la CIJ intenta defender y, al mismo tiempo, cuya relevancia para el Derecho Internacional parece tender a consolidar. Queda claro que, a través de estos pronunciamientos, la CIJ establece que hay ciertos principios que no solo resultan exigibles a todos los Estados sin excepción, incluso sin mediar obligación convencional, sino que, además, son principios que encarnan un interés general de protección para la comunidad internacional toda, ante lo cual, no pueden ser dejados de lado a través de actos soberanos de los Estados. Este valiosísimo aporte al desarrollo del Derecho Internacional, sin embargo, parece verse contradicho por el reciente fallo de la CIJ en el "Caso relativo a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados", del año 2012, en el cual el voto mayoritario decidió que, a pesar de que se encuentren en juego normas *jus cogens* relativas a la protección de derechos humanos, ello no puede afectar la inmunidad de los Estados, puesto que normas imperativas y normas relativas a inmunidad corresponden a dos grupos diferentes de normas, siendo las primeras de fondo y las segundas de carácter procesal. En un insólito razonamiento, la CIJ estable-

8. CIJ, "Opinión Consultiva relativa a las reservas ...", p. 12.

9. CIJ, "Opinión Consultiva relativa a las reservas ...", p. 12.

10. CIJ, "Caso relativo al Canal de Corfú", p. 22.

11. CIJ, "Opinión Consultiva relativa al uso o amenaza de uso de armamento nuclear", p. 35, párr. 79.

ce que el conflicto entre una norma *jus cogens* y la norma consuetudinaria que regula la inmunidad de jurisdicción de los Estados alegado por Italia es, a su criterio, inexistente, debido a la diferencia en el carácter del primer conjunto normas y el segundo.<sup>12</sup> Al mismo tiempo, señala que la obstaculización de acceder al juzgamiento de un Estado por la contravención a normas de *jus cogens* no viola ningún principio de Derecho Internacional pues no implica la derogación de la norma en cuestión. Personalmente, consideramos que tales razonamientos tienden a desnaturalizar el concepto de normas imperativas. Si seguimos los mismos razonamientos de la CIJ, los Estados no pueden apartarse de normas de *jus cogens* con argumento de sus derechos soberanos debido a que el interés que estas protegen es de un valor superior, considerado como tal por la comunidad internacional toda.<sup>13</sup> Sin embargo, y en una notoria inconsistencia con su propia jurisprudencia, la CIJ admite que, si bien la soberanía estatal no es argumento suficiente para ejercer el derecho de reserva en estos casos, sí parece serlo para optar por eludir el accionar de la justicia a los fines de lograr la reparación efectiva por la violación de normas imperativas de derecho internacional. Consideramos que tal decisión se basa en un análisis inconsistente y poco argumentado, que contraviene la propia jurisprudencia histórica de la CIJ. En concordancia con nuestra postura, el Juez Yusuf, en su voto disidente en esta sentencia, menciona que la CIJ posee un rol fundamental al momento de clarificar el sentido de la evolución del Derecho Internacional, y que en este caso parece haber perdido la oportunidad de finalmente esclarecer el hecho de que la comunidad internacional está avanzando en el sentido de aceptar que existen ciertos casos que constituyen excepciones a la inmunidad de jurisdicción de los Estados, específicamente cuando se hayan en juego normas imperativas y no existe canal alternativo que garantice el derecho a la reparación. Considera que un pronunciamiento en este sentido pondría a la inmunidad en línea con el creciente peso normativo asignado por la comunidad internacional a la protección de los derechos humanos y del derecho humanitario, y la realización del derecho a un recurso efectivo para las víctimas de crímenes internacionales, sin mellar injustificadamente la inmunidad de jurisdicción de los Estados.<sup>14</sup>

12. CIJ, "Caso relativo a la inmunidad jurisdiccional de los Estados", párr. 93.

13. CIJ, "Opinión Consultiva relativa a las reservas ...", p. 12.

14. CIJ, "Caso relativo a la inmunidad jurisdiccional ...", voto disidente del Juez Yusuf, párr. 58.

Consideramos relevante mencionar que un punto interesante del voto mayoritario de este es el diálogo interjurisdiccional con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante, TEDH. La sentencia ha hecho referencia a fallos de este tribunal, como "Al-Adsani".<sup>15</sup> Razonamos este punto como un dato alentador en torno al problema planteado por la fragmentación del Derecho Internacional, en el sentido que nuestra hipótesis de trabajo recoge en la presente investigación.

Por otro lado, vale la pena mencionar que la CIJ, a pesar de haber cerrado las puertas a la posibilidad de que la inmunidad de jurisdicción ceda ante estos casos, ha realizado una vaga referencia a la tendencia clara del Derecho Internacional en torno a la posibilidad de juzgamiento de agentes del Estado en casos como el analizado, aclarando que no es tal cuestión la abordada en el caso bajo análisis.<sup>16</sup> Este razonamiento pudiera ser la llave para revertir la jurisprudencia en este sentido de la CIJ, afirmada en el "caso relativo a la orden de arresto del 11 de abril de 2000".<sup>17</sup>

En cuanto a la inmunidad de las OI y sus funcionarios/as, la CIJ no ha emitido jurisprudencia que consideremos de relevante mención a los fines de la contrastación de la hipótesis aquí planteada. Al respecto, simplemente se ha pronunciado en torno a los principios generales de inmunidad de estos sujetos derivados y funcionarios/as, sin introducir puntos decisivos que pudieran ser relevantes a la dilucidación de nuestros interrogantes de investigación.<sup>18</sup>

## II.B. Tribunales regionales de integración económica

### II.B.1. Tribunal de Justicia (Tribunal de Justicia de la Unión Europea)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue creado en el año 1952. Luego de ciertas modificaciones, este ha quedado conformado por dos órganos jurisdiccionales: el Tribunal de Justicia –en adelante, TJ–, y el Tribunal General –en adelante, TG–. El TJ está facultado para emitir dictámenes preliminares, estudiar algunos de los recursos presentados por los países de la Unión Europea –en adelante, UE– contra las instituciones europeas y co-

15. CIJ, "Caso relativo a la inmunidad jurisdiccional ...", voto disidente del Juez Yusuf, párrs. 90 y ss.

16. CIJ, "Caso relativo a la inmunidad jurisdiccional ...", voto disidente del Juez Yusuf, párr. 91.

17. CIJ, "Caso relativo a la orden de arresto del 11 de abril de 2000", párrs. 55 y ss.

18. Al respecto, ver CIJ, "Opinión Consultiva relativa a la controversia ...".

nocer en los recursos contra el Tribunal General, dictaminar sobre asuntos relacionados con la libertad, la seguridad y la justicia, dictar resoluciones relativas a la cooperación policial y judicial en asuntos penales y estudiar cuestiones relacionadas con la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales.<sup>19</sup>

Existen ciertas referencias interesantes a los fines del estudio de nuestra hipótesis en el caso "Kadi", sustanciado por el TJ. En este caso, el tribunal debió resolver acerca de ciertas normativas implementadas en la UE como resultado de resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU en las cuales se imponían sanciones que acarreaban el congelamiento de fondos de ciertas personas presuntamente asociadas a actividades terroristas. Si bien en este caso el TJ no sustancia cuestiones relativas al accionar de Naciones Unidas en territorio de la UE de modo directo, sí debe entender en un caso en el cual las acciones legítimas de un órgano principal de esta OI impactan al momento de llevarlos a cabo. Consideramos que, si bien aquí no están en juego las inmunidades jurisdiccionales de la ONU en sí mismas, este pronunciamiento sí ofrece datos interesantes para comprender cómo el accionar legítimo de tal organización es considerado jurídicamente cuando pudiera impactar en derechos considerados fundamentales para las personas, sean estos o no calificados como normas *jus cogens*.

En la sentencia al caso "Kadi", el TJ ha comprendido que la revisión de reglamentos expedidos por la UE en virtud de resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas no puede ser comprendida como alcanzada por la inmunidad de jurisdicción de la que gozan este tipo de resoluciones en el ámbito de los órganos jurisdiccionales de la Comunidad, puesto que todas las acciones llevadas a cabo por los órganos comunitarios deben respetar los propósitos y principios que han inspirado a la Comunidad, entre los cuales se encuentran los derechos fundamentales.<sup>20</sup> Si bien ha desestimado la postura del TG basada en el peso de las normas *jus cogens*, cuestión que analizaremos en el próximo apartado, el TJ ha dado un paso fundamental al momento de comprender que la aplicación comunitaria de resoluciones legítimas de organismos de la ONU no puede

19. Eur-Lex: el acceso al derecho de la Unión Europea, URL [http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/eu\\_court\\_justice.html?locale=es](http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/eu_court_justice.html?locale=es) consultado 6/11/2017 y Tribunal de Justicia de la Unión Europea, URL [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7024/es/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/es/) consultado 6/11/2017.

20. TJUE, "Caso Kadi y Al Barakaat...", párr. 318 y ss.

sobrepasar principios que constituyen derechos fundamentales. Ampliando aún más los estándares aplicados por el TG en la sentencia de primera instancia del mismo caso, el TJ, comprendiendo que ejercía sus funciones legitimado por otras vías que autorizaban su jurisdicción, consideró que no solo las normas *jus cogens* relativas a derechos humanos, sino todos los principios basados en estos derechos que forman la base de la UE son de aplicabilidad al momento de determinar la legalidad de actos de los órganos de la Unión, incluso cuando estos derivaran de resoluciones de la ONU que gozan de inmunidad de jurisdicción, es decir, dicha inmunidad no se extiende al accionar de la UE, ante lo cual no solo puede juzgarse la aplicación de reglamentos dictados en su consecuencia a la luz de las normas de *jus cogens*, sino a toda la normativa relativa a los Derechos Humanos. Si bien el TJ parece cerrar la puerta a la revisión del contenido de las resoluciones sancionatorias del Consejo de Seguridad, en los hechos, amplía mucho más el margen de protección de Derechos Humanos en el caso particular. Sin embargo, deja claramente a salvo la inmunidad de jurisdicción de Naciones Unidas.<sup>21</sup>

### *II.B.2. Tribunal General (Tribunal de Justicia de la Unión Europea)*

El TG es parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Creado en 1989, y también conocido como Tribunal de Primera Instancia, el TG posee competencia para conocer en recursos interpuestos por ciudadanos/as de la UE y, en algunos casos, por los países de la UE contra sus instituciones. Asimismo, se le reconoce competencia para dictaminar en asuntos de relaciones laborales entre las instituciones de la UE y sus funcionarios/as.<sup>22</sup>

El TG ha entendido como tribunal de primera instancia en el mismo caso "Kadi", en el que el TJ ha tenido competencia casatoria. En su tratamiento al respecto, el TG entendió que las reglamentaciones comunitarias dictadas en consecuencia de la necesaria aplicación de una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU gozaban, por extensión, de la inmunidad de la que dichas resoluciones gozan en los estrados jurisdiccionales del

21. TJUE, "Caso Kadi y Al Barakaat...", párr. 312.

22. Eur-Lex: el acceso al derecho de la Unión Europea, URL [http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/eu\\_court\\_justice.html?locale=es](http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/eu_court_justice.html?locale=es) consultado 6/11/2017 y Tribunal de Justicia de la Unión Europea, URL [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7024/es/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/es/) consultado 6/11/2017.

TG.<sup>23</sup> Sin embargo, señala que dicha inmunidad se ve limitada por la afectación a normas *jus cogens*, y, en este sentido, se limita, por tanto, a revisar la demanda incoada por el Sr. Kadi sobre la base de los criterios de las normas *jus cogens* relativas a derechos humanos, considerando que, si bien la aplicación de dicha resolución no puede ser tenida como acto propio de la UE, sí pueden verificarse los extremos de ajuste de dichos actos jurídicos a las normas imperativas de Derecho Internacional, por ser estas un estándar insoslayable que debe regir la acción de cualquier sujeto de Derecho Internacional.<sup>24</sup> Si bien el TJ decide aplicar otra interpretación,<sup>25</sup> por considerarla más acorde al accionar de estos órganos jurisdiccionales en el marco general de la estructura comunitaria, dejando a salvo, entonces, y de modo explícito, toda inmunidad hacia el accionar de las OI, particularmente la ONU, no es menos cierto que este primer intento del TG de juzgar el ajuste de normativa de una OI como lo es Naciones Unidas permite identificar una tendencia interesante hacia el cuestionamiento en sedes jurisdiccionales sobre normativa violatoria de normas *jus cogens* emitida legítimamente por este tipo de organizaciones. Será cuestión de tiempo, asumimos, para determinar si la lenta evolución del Derecho Internacional permite verificar avances en interpretaciones de este tipo.

### *II.B.3. Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*

El Tribunal Permanente de Revisión –en adelante, TPR– perteneciente al Mercosur es un órgano jurisdiccional permanente destinado a resolver las diferencias entre los Estados parte del Mercosur en torno a la aplicación de la normativa originaria de este embrionario proyecto de integración.

Resulta virtualmente imposible detectar excepciones de inmunidad de jurisdicción en los estrados de este Tribunal: su tardía incorporación al sistema de solución de controversias de Mercosur ha venido acompañado de una alta legitimidad, además del hecho de que la opción de foro disponible para los Estados en virtud de la cual pueden, de común acuerdo, remitir las controversias relativas a normativa mercosureña a otros órganos jurisdiccionales hace aún más difícil la posibilidad de encontrar sentencias del TPR que

23. Tribunal General, "Caso Kadi c. Consejo de la Unión...", párr. 231.

24. Tribunal General, "Caso Kadi c. Consejo de la Unión...", párr. 231.

25. TJUE, "Caso Kadi y Al Barakaat...", párr. 318 y ss.

razonen en torno a nuestros interrogantes. Sin embargo, y previo a continuar con el desarrollo de nuestra investigación, consideramos interesante la concepción que el TPR ha desarrollado sobre las medidas compensatorias en su caso relativo a “neumáticos remoldeados”. En este sentido, en el seguimiento de la adopción de las medidas ordenadas en su sentencia principal, reafirma la finalidad de las medidas compensatorias llevadas adelante por Uruguay en pos de lograr el cumplimiento de la Argentina. Haciendo un extenso razonamiento sobre las consecuencias disvaliosas que acarrea el hecho de que los Estados desoigan sentencias legítimamente dictadas, considera que las medidas compensatorias tienen, entonces, la finalidad de compeler ese cumplimiento y amortiguar los daños que la inacción de un Estado pueda acarrear a otros.<sup>26</sup> Consideramos que, si bien este punto no hace referencia expresa a la inmunidad de los Estados, sí ofrece interesantes alternativas en torno al cumplimiento de sentencias y su contraste con la inmunidad de ejecución de los Estados, siempre y cuando nos encontremos frente a obligaciones sinalagmáticas entre sujetos originarios del Derecho Internacional.

## II.C. Tribunales con competencia en materia de derecho del mar

### II.C.1. Tribunal Internacional de Derecho del Mar

El Tribunal Internacional de Derecho del Mar –en adelante, TIDM– es una jurisdicción internacional establecida en virtud de la Convención de Naciones Unidas para el Derecho del Mar –en adelante, CONVEMAR–. Posee competencia material para entender en todos aquellos casos que versaren sobre la aplicación e interpretación de la CONVEMAR, y ante sus estrados solo pueden comparecer Estados.<sup>27</sup> La única excepción a este principio de competencia personal se da en una de sus salas, cuestión sobre la cual no disertaremos en detalle por escapar a los fines investigativos del presente trabajo.

Si bien al momento de analizar la jurisprudencia del TIDM existe una complejidad manifiesta para detectar el impacto de las normas *jus cogens* con respecto a las excepciones a la inmunidad de jurisdicción de

26. Tribunal Permanente de Revisión, “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados ...”, párrs. 8.1 y ss.

27. Tribunal Internacional de Derecho del Mar, URL <https://www.itlos.org/en/the-tribunal/> consultado 13/11/2017.



los Estados, sí es posible realizar un rico análisis en función de excepciones a la mencionada inmunidad, que enriquecen de manera manifiesta la contrastación de la hipótesis aquí planteada. En virtud de esto, analizaremos, entonces, el pronunciamiento del TIDM en el caso "Países Bajos c. Federación Rusa" a los fines de comprender la interpretación que dicho Tribunal realiza en torno a los modos de atribución de jurisdicción que la CONVEMAR prevé para él. En el caso citado, Países Bajos inició un procedimiento de solución de controversias y un pedido de medidas provisionales, que acorde a los mecanismos establecidos por la CONVEMAR, y por falta de acuerdo de las partes en la elección del órgano competente dentro del sistema de solución de controversias de la misma Convención, debió ser resuelto por el TIDM.<sup>28</sup> La particularidad concreta del caso es que la Federación Rusa desconoció la competencia del TIDM y no compareció a ninguno de los procedimientos entablados por Países Bajos. En este sentido, la Federación Rusa opuso una declaración realizada al momento de ratificar la CONVEMAR en virtud del artículo 298 de esta. Lo interesante a analizar en el presente fallo, y en la CONVEMAR misma, es que, si bien la Convención respeta la facultad que los Estados poseen de aceptar la jurisdicción de diversos tribunales, solo podrán ser objeto de reservas las secciones que explícitamente lo especifiquen en el contexto de la Convención. La declaración alegada por la Federación Rusa no puede ser considerada como una excepción a la jurisdicción del TIDM en el presente caso puesto que no se encuentra amparada en las excepciones a la aceptación de jurisdicción aceptadas por la CONVEMAR en los párrafos 2 y 3 del artículo 297.<sup>29</sup> Vemos cómo se plantea en el presente caso un entendimiento complejo de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, planteando que ante la sola firma de la CONVEMAR se genera una aceptación genérica a los métodos pacíficos de solución de controversias, a la que solo podrán imponerse excepciones a través de declaraciones que cuadren con las mismas previsiones de la Convención. De hecho, en constante diálogo interjurisdiccional con la CIJ, el TIDM da vastas razones que justifican la continuación del proceso, incluso en ausencia de una de las partes.<sup>30</sup>

28. Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, 10/12/1982, arts. 287 y 290 inc. 5.

29. TIDM, "Caso Arctic Sunrise", párr. 45.

30. TIDM, "Caso Arctic Sunrise", párrs. 48 y ss.

## II.D. Tribunales regionales con competencia en materia de Derechos Humanos

### II.D.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, Corte IDH– es un órgano jurisdiccional creado en el marco de la Organización de Estados Americanos en 1969 a través de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>31</sup> Es competente para entender en casos contra Estados que constituyan violaciones de derechos consagrados por tratados que conforman el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Los casos en los cuales la Corte IDH entiende son elevados a sus estrados a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ante la cual tienen legitimación para presentar reclamos los individuos. También los Estados pueden incoar reclamos ante la Corte IDH.<sup>32</sup>

Previo a comenzar con el análisis de los precedentes jurisprudenciales que consideramos más relevantes a los efectos de este trabajo, creemos fundamental resaltar el contexto en el cual la Corte IDH comienza a funcionar. La Corte IDH toma una importante relevancia en su labor a partir del hecho de que en los inicios de su historia el contexto del continente americano había estado signado por interrupciones del orden constitucional que involucraban graves violaciones a los derechos humanos, como ser la desaparición forzada de personas. En este contexto, la Corte IDH funciona como canal institucional para conocer en reclamos de ciudadanos/as que reclamaban en torno a estas actividades altamente violatorias de normas fundamentales de derechos humanos. Este contexto dará lugar a que en su jurisprudencia forje conceptos relacionados con la impunidad y el derecho a la verdad. A lo largo del análisis jurisprudencial que aquí realizaremos podremos comprender más a fondo las implicancias de estas interpretaciones y su relevancia en torno al tema aquí estudiado.

Para comenzar nuestro análisis consideramos pertinente citar el caso “Panel Blanca”, en el que la Corte IDH considera que “en Guatemala existió y existe un estado de impunidad respecto de los hechos del presente caso

31. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22/11/1969, art. 33.

32. Corte Interamericana de Derechos Humanos, URL <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh> consultado 14/11/2017.

entendiéndose como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones a los derechos protegidos por la Convención Americana<sup>33</sup> y, al mismo tiempo, agregó que el Estado posee la inequívoca obligación de combatir esa situación debido a que "la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares".<sup>34</sup> Agrega, asimismo, que el Estado está obligado a organizar el poder público de modo que sea posible garantizar el libre y pleno goce y ejercicio de los derechos humanos, independientemente de si las personas implicadas en esas violaciones son agentes del Estado.<sup>35</sup>

Si bien esta aproximación a la jurisprudencia de la Corte IDH permite vislumbrar la postura de este órgano en torno a la inmunidad de agentes del Estado ante graves violaciones a los derechos humanos, la evolución de su accionar ha permitido la presencia de razonamientos mucho más ricos a lo largo de sus pronunciamientos. En este orden de ideas es dable mencionar el caso "Barrios Altos", en el que la Corte IDH considera que en el marco de las obligaciones del Estado relativas a los deberes de investigar, perseguir y sancionar graves violaciones a los derechos humanos tiene el deber de garantizar el acceso de víctimas y familiares a la justicia. En este marco, las leyes de amnistía relativas a este tipo de violaciones resultan manifiestamente incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por evitar el acceso de estas personas a los canales reparatorios que por derecho les corresponden.<sup>36</sup> Asimismo, considera que estas son inadmisibles con base en la especial importancia que revisten las normas *jus cogens* en el orden del Derecho Internacional.<sup>37</sup> Vemos cómo la Corte IDH a partir de estos casos enfatiza no solo en el carácter contrario a las normas del Derecho Internacional de Derechos Humanos de los hechos sustanciados, sino que hace especial hincapié en el rol de los Estados en la investigación y persecución penal de las personas implicadas en dichos hechos. Asimismo, enfatiza que los hechos sustanciados en el caso constituyen violaciones a normas de *jus cogens* más allá de su recepción

33. Corte IDH, "Caso Panel Blanca", párr. 173.

34. Corte IDH, "Caso Panel Blanca", párr. 173.

35. Corte IDH, "Caso Panel Blanca", párr. 174.

36. Corte IDH, "Caso Barrios Altos", párrs. 41 y ss.

37. Corte IDH, "Caso Barrios Altos", párr. 11.

en la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>38</sup> Resalta, además, la necesidad de una conducta activa del Estado en pos de garantizar que dichos hechos de especial gravedad no permanezcan impunes, descartando de plano la posibilidad de que la condición de agentes estatales de los/as perpetradores/as pueda resultar óbice para su enjuiciamiento.

Un interesante precedente en este marco analítico es el del caso “Almonacid”, en el cual la Corte IDH debe conocer sobre un caso en el cual se alega la violación del deber del Estado chileno de investigar hechos relativos a la ejecución extrajudicial del señor Almonacid en el contexto de la interrupción del orden democrático nacional. Si bien en el presente caso la Corte IDH se ve restringida en el ejercicio de su competencia por una reserva entablada por el Estado al momento de aceptar su jurisdicción relativa a su competencia *ratione temporis* –la ejecución extrajudicial mencionada había tenido lugar previamente a la habilitación de competencia limitada por la reserva–, la Corte IDH considera que las violaciones alegadas constituyen una continuidad que se extiende hasta épocas en las cuales ella misma ya era competente en función de la declaración de aceptación de jurisdicción realizada por Chile. El hecho de que la ejecución extrajudicial haya ocurrido con anterioridad y que la ley de amnistía cuestionada en el caso haya sido promulgada también con anterioridad a la habilitación de su competencia no implica que el accionar posterior del Estado no pueda constituir una continuación de las violaciones iniciadas a partir de la mencionada ejecución.<sup>39</sup> Por otra parte, considera, citando varios argumentos para consolidar su postura, en los cuales vemos un activo diálogo interjurisdiccional con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia –en adelante, TPIY–, que para el momento en el que la ejecución extrajudicial tuvo lugar los crímenes de lesa humanidad y la obligación de su persecución ya constituían normas de *jus cogens*,<sup>40</sup> y contemplaban también en ese entonces las conductas realizadas por el Estado que acabaron en la ejecución del señor Almonacid. Esto resulta fundamental en el marco de la ausencia de ratificación del Estado chileno de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad, imprescriptibilidad que también constituye, a su entender, una norma imperativa de Dere-

38. Corte IDH, “Caso Barrios Altos”, párr. 10.

39. Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano”, párrs. 42 y ss.

40. Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano”, párrs. 93 y ss., especialmente párr. 99.

cho Internacional.<sup>41</sup> En este sentido, la Corte IDH también enfatiza sobre la imposibilidad de amnistiar crímenes de lesa humanidad que se constituye como una obligación de los Estados en función del carácter imperativo de estas normas de Derecho Internacional.<sup>42</sup> Para este razonamiento, se apoya nuevamente en la jurisprudencia del TPIY, en resoluciones de la Asamblea General de la ONU, entre otros instrumentos. Vemos como no solo no se controvierte el hecho de que el carácter de agentes del Estado no puede resultar óbice para el enjuiciamiento por crímenes de lesa humanidad, sino que, además, la Corte IDH avanza sobre este terreno dejando claro que además normas perentorias de Derecho Internacional indican que los Estados deben avanzar en la investigación y juzgamiento de estos delitos, garantizando a víctimas y/o familiares un acceso real a la justicia.

Resulta también de especial interés el caso "Penal Miguel Castro Castro", en el que la Corte debió decidir sobre la responsabilidad del Estado peruano como consecuencia a hechos ocurridos en este establecimiento penal, en el que se encontraban reclusos/as opositores/as políticos/as, en 1992 que implicaron la muerte de varios/as internos/as y graves heridas en muchos/as otros/as, y que, asimismo, incluyeron trato cruel, inhumano y degradante contra otros/as internos/as durante el operativo que se denuncia y posteriormente a él. En todos estos actos estaba implicado Alberto Fujimori, entonces presidente de Perú. Además de señalar el carácter de *ius cogens* de varios derechos afectados en el caso,<sup>43</sup> como ser la prohibición de la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes,<sup>44</sup> la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad,<sup>45</sup> y la no discriminación;<sup>46</sup> la Corte IDH da un nuevo paso en la interpretación de las implicancias que las graves violaciones a los derechos humanos aparejan para los Estados, sosteniendo que si bien el ex presidente Fujimori había sido enjuiciado oportunamente por homicidio, las demás violaciones a los derechos humanos cometidas en el contexto de los hechos demandados habían quedado por fuera de los extremos sustanciados en juicio, ante lo cual existe responsabilidad del Estado pues la imputación penal no era completa, dejando fuera de ella otros hechos que constituyen

41. Corte IDH, "Caso Almonacid Arellano", párr. 153.

42. Corte IDH, "Caso Almonacid Arellano", párrs. 105 y ss.

43. Corte IDH, "Caso del Penal Miguel Castro Castro", párr. 57.

44. Corte IDH, "Caso del Penal Miguel Castro Castro", párr. 271.

45. Corte IDH, "Caso del Penal Miguel Castro Castro", párr. 402.

46. Corte IDH, "Caso del Penal Miguel Castro Castro", párr. 58.

violaciones a los derechos humanos y violando, en consecuencia, el acceso a la justicia de víctimas y/o sus familiares.<sup>47</sup>

Consideramos que estamos en posición de afirmar que la Corte IDH se hace un rápido eco de la evolución del derecho internacional consuetudinario relativo a la inoponibilidad de la inmunidad de jurisdicción a través de razonamientos que resultan muy interesantes y, asimismo, que son abordados desde perspectivas diferentes a las que veremos algunos apartados más adelante, al aproximarnos a las jurisdicciones con competencia para juzgar individuos. Vemos cómo no solo la Corte IDH no controvierte el hecho de que el carácter de funcionario/a público/a no puede ser invocado como óbice para la investigación y juzgamiento de personas responsables de graves violaciones a los derechos humanos constitutivas de normas imperativas de Derecho Internacional, sino que también avanza en sus razonamientos particularizando los deberes concretos de los Estados en función del juzgamiento de los/las responsables de dichos actos contrarios a normas *jus cogens*, caracterizando, además, a la contravención de las leyes de amnistía y autoamnistía como actos contrarios a normas perentorias de Derecho Internacional. Consideramos esta como una aproximación altamente enriquecedora a nivel analítico que permite vislumbrar las implicancias del desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH en los problemas que esta investigación se plantea abordar.

### *II.D.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante, TEDH– fue establecido en 1959 en el marco del sistema europeo de integración. Desde 1998 posee carácter permanente. Tanto Estados como individuos pueden acercar sus reclamos a sus estrados. Su competencia material se limita a la normativa relativa a derechos humanos emanada del mismo sistema de integración, específicamente de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.<sup>48</sup>

En el sentido que a nuestra investigación interesa, creemos relevante mencionar los pronunciamientos del TEDH en los casos “Waite y Kennedy” y “Beer y Reagan”. En el primero de ellos, el TEDH señaló que la

47. Corte IDH, “Caso del Penal Miguel Castro Castro”, párr. 393.

48. TEDH, “La Corte en breve”, URL [http://www.echr.coe.int/Documents/Court\\_in\\_brief\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_ENG.pdf) consultado 9/11/2017.

inmunidad de jurisdicción de las OI tiene una finalidad funcional, que le permite realizar sus tareas libremente, garantizando, así, el fortalecimiento de la cooperación internacional.<sup>49</sup> Si bien el TEDH considera que los Estados no pueden, a través de su sistema judicial, limitar el acceso a la justicia de modo arbitrario –para lo cual establece criterios para determinar la proporcionalidad de las medidas limitativas de acceso a los tribunales, considerando que el hecho de respetar la costumbre imperante en inmunidad de las organizaciones internacionales supera este examen de proporcionalidad por las especiales características que estas inmunidades poseen–, también observa que, en este caso, existiendo modos de solución de controversias previstos en el seno de la misma OI, la preponderancia de la inmunidad de jurisdicción no configura violación alguna al derecho de acceso a la justicia.<sup>50</sup> Idéntica resolución toma el caso “Beer y Reagan”, incoado contra la misma organización.<sup>51</sup> Si bien en estos casos el TEDH no se refirió en ningún momento a normas de *jus cogens*, consideramos un dato de relevancia el modo en el que caracteriza la inmunidad de jurisdicción de las OI, máxime cuando debe pronunciarse acerca de ella en un contexto donde hay normas de derechos humanos en contraposición.

Otro caso remarcable en el sentido que aquí nos planteamos es el de “Asociación Madres de Srebrenica”. Esta asociación reclama ante el TEDH sobre la base de la violación del derecho al acceso a la justicia debido a que los tribunales de Países Bajos se negaron a pronunciarse en un caso contra personal de la ONU –alegando la inmunidad de esta organización– por no haber cumplido con su deber de prevención durante la masacre de Srebrenica, en la ex Yugoslavia, donde tuvieron lugar hechos constitutivos del delito de genocidio, al que el mismo TEDH reconoció el carácter de norma *jus cogens*.<sup>52</sup> El TEDH, nuevamente en diálogo con la CIJ, explicitará que la inmunidad de jurisdicción de las OI se mantiene intacta en casos de reclamaciones civiles contra ellas, incluso cuando mediaren normas *jus cogens* en dicha reclamación, y hace explícita referencia al precedente “Alemania c. Italia”, resaltando que considera que los extremos del presente caso se aplican también al caso de las OI como la ONU.<sup>53</sup> Señala

49. TEDH, “Caso Waite and Kennedy c. Alemania”, párr. 47.

50. TEDH, “Caso Waite and Kennedy c. Alemania”, párrs. 51–53, 56.

51. TEDH, “Caso Beer y Reagan c. Alemania”, párrs. 59, 62, 63.

52. TEDH, “Caso Jorgic c. Alemania”, párr. 68.

53. TEDH, “Caso Asociación Madres de Srebrenica y otros c. Países Bajos”, párr. 158.



el tribunal, además, que lo establecido en los casos “Waite y Keneddy” y “Beer y Reagan” acerca de la existencia de una vía alternativa de solución de controversias no puede interpretarse con la estrictez de una regla que implique la obligación de los Países Bajos de hacer ceder la inmunidad de la ONU ante la naturaleza del reclamo.<sup>54</sup>

Habiendo analizado la posición vigente del TEDH en relación con la inmunidad de las OI, consideramos pertinente referirnos, ahora, a la inmunidad jurisdiccional de los Estados. En cuanto a ella, el TEDH continuará sosteniendo una postura similar a la iniciada en los casos ya citados en el párrafo anterior. En el caso “Mary Fogarty”, considerará que las restricciones para acceder a un tribunal cuando medie inmunidad de un Estado –en el caso particular, la demanda intentaba ser incoada contra la Embajada estadounidense en tribunales ingleses– no pueden ceder, incluso cuando se hallare en juego normativa que invoca discriminación basada en el sexo. El tribunal considera que, si bien la reclamante señala que la negativa de la Embajada a emplearla radica en discriminaciones de este tipo, ello no puede habilitar una excepción válida al principio de inmunidad jurisdiccional de los Estados, y que, además, dicha discriminación por sexo no puede interpretarse como la razón por la cual no se le habilita el acceso a la justicia, puesto que el tratamiento frente a causas de este tipo es acorde a la resolución del tribunal local al momento de resolver la inadmisibilidad de su reclamo.<sup>55</sup> Asimismo, reafirma que las decisiones de una Embajada de emplear o no a determinadas personas guardan especial relación con la naturaleza de sus funciones, ante lo cual el caso plantea una especial sensibilidad, que ni siquiera se incluye en las previsiones de reclamos contractuales en las cuales la jurisprudencia local de distintos Estados se encuentra aún dividida.<sup>56</sup> La misma postura tomará el TEDH en el caso “McElhinney”, en el que dirá que la costumbre internacional no se encuentra aún lo suficientemente desarrollada para aseverar que en casos como el presente –en que se encuentra involucrado personal militar de un Estado diferente al del foro– el tribunal local deba hacer ceder la inmunidad de jurisdicción para admitir que un miembro de las fuerzas armadas de un Estado extranjero pueda ser parte en una reclamación judicial.<sup>57</sup> Sin embargo, creemos que el precedente que más luz arroja

54. TEDH, “Caso Asociación Madres de Srebrenica y otros c. Países Bajos”, párrs. 163–165.

55. TEDH, “Caso Mary Fogarty c. Reino Unido”, párrs. 36–42.

56. TEDH, “Caso Mary Fogarty c. Reino Unido”, párrs. 37–38.

57. TEDH, “Caso McElhinney c. Irlanda”, párrs. 38–40.



sobre los problemas que en esta investigación intentamos dilucidar es el del caso "Al-Adsani", que también ha sido tomado como referencia por la CIJ al momento de dictar sentencia en el ya mencionado caso de "Alemania c. Italia". En este caso, el reclamante intentó iniciar acciones civiles en Reino Unido contra Kuwait y agentes de dicho Estado, exigiendo reparación por haber sido víctima de actos de tortura. Sin embargo, dichas demandas no fueron admitidas bajo el argumento de que debía primar la inmunidad de los Estados. Lo llamativo de este caso es que, si bien el TEDH asume el carácter *jus cogens* de las normas que prohíben la tortura,<sup>58</sup> y menciona precedentes jurisprudenciales referentes al enjuiciamiento penal de agentes del Estado que han perpetrado actos de tortura, considera que la costumbre internacional no indica una evolución que permita comprender que la inmunidad de los Estados debe ceder ante reclamaciones por daños resultantes de presuntos actos de esta naturaleza. Cita como modos de apoyar su tesis informes de la Comisión de Derecho Internacional, que afirman que existe una lenta evolución en la costumbre de hacer prevalecer reclamaciones basadas en actos de tortura por sobre el principio de inmunidad de los Estados, y considera que la práctica no está aún lo suficientemente extendida como para que el TEDH la aplique al caso puntual.<sup>59</sup> Parece ser claro que si bien el TEDH recepta precedentes que habilitan que la inmunidad de jurisdicción de agentes y funcionarios/as estatales caiga ante causas penales iniciadas por violación de normas *jus cogens* como lo es el caso de la prohibición de la tortura, no cree, aún, conveniente aceptar la evolución de la costumbre internacional en pos de que dichos argumentos sean igual de efectivos para afirmar que debe ceder la inmunidad de los Estados por reclamaciones de daños ocasionadas por hechos de la misma índole. Sin embargo, un punto interesante en esta sentencia es la falta de acuerdo entre quienes ejercen la judicatura del TEDH, puesto que ha habido, en el caso, ocho opiniones disidentes que no apoyan la postura dominante del tribunal.

### *II.D.3. Corte Africana de Derechos Humanos y de los pueblos*

La Corte Africana de Derechos Humanos fue creada en virtud del Protocolo facultativo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los

58. TEDH, "Caso Al-Adsani c. Reino Unido", párr. 61.

59. TEDH, "Caso Al-Adsani c. Reino Unido", párrs. 61-67.

Pueblos, y puede recibir demandas contra Estados elevadas por la Comisión Africana de Derechos Humanos –en adelante, Comisión Africana– o por individuos u organizaciones no gubernamentales. Su competencia material se despliega sobre la Carta Africana de Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos ratificados por el Estado demandado.<sup>60</sup>

Un recorrido por la jurisprudencia de la Corte Africana asegura el hecho de que esta es altamente reticente a sustanciar cualquier razonamiento que ponga en debate la aceptación de su jurisdicción por fuera de los extremos explicitados en el Protocolo que la instaura. Así, en casos como “Yogogombaye” este tribunal rechaza de plano la demanda incoada debido a que el Estado demandado no ha depositado la declaración que autoriza a la Corte Africana a recibir demandas en su contra entabladas por individuos y ONGs.<sup>61</sup> Para una mayor clarificación, la Corte Africana ha dicho, asimismo, que el hecho de no haber depositado la declaración especial que habilita la recepción de demandas por individuos y ONGs no es óbice para que la Comisión Africana presente un caso en que dicho Estado sea demandado, pues la adhesión al Protocolo implica la aceptación de la competencia de este organismo para elevar demandas a la Corte Africana, y la mencionada declaración solo surte efectos restrictivos de jurisdicción cuando dichas demandas son presentadas por individuos u ONGs.<sup>62</sup> En cuanto a la aceptación temporal de su jurisdicción, la Corte Africana, en la misma línea que la Corte IDH tomó en el caso “Almonacid”, entiende que si las violaciones de derechos humanos comenzaron antes de que el Estado aceptara su competencia pero tienen un efecto de continuidad luego de que dicha aceptación se vuelve efectiva no puede considerarse que esta no tiene jurisdicción para entender en tales asuntos.<sup>63</sup>

El análisis de la jurisprudencia de este tribunal ofrece también algunos puntos interesantes en lo tocante a la inmunidad de las OI. Si bien el tribunal ha evitado pronunciarse abiertamente sobre ella utilizando el vocablo “inmunidad”, ha debido tomar decisiones en este sentido cuando diferentes individuos le remitían demandas contra organizaciones como la Comisión Africana o la misma Unión Africana. Si bien la Corte Africana en su mayoría rechaza de plano la demanda puesto que la posibilidad de presentar

60. Corte Africana, “Caso Owino Ayanchi y otros c. República Unida de Tanzania”, párr. 36.

61. Corte Africana, “Caso Yogogombaye”, párr. 37.

62. Corte Africana, “Comisión Africana de Derechos Humanos c. Libia”, párr. 51.

63. Corte Africana, “Comisión Africana de Derechos Humanos c. Kenia”, párrs. 63 y ss.

casos contra organizaciones como la Unión Africana no está contemplada en el protocolo que la crea,<sup>64</sup> la opinión disidente de tres de sus jueces/zas introduce algunas cuestiones interesantes, al afirmar que el acceso a la justicia encarna una norma de *jus cogens*,<sup>65</sup> y que, por tanto, no puede sostenerse la validez de un artículo que limita el acceso a esta de los individuos, pues son ellos/as los/as principales beneficiarios/as de los derechos consagrados por la Carta Africana de Derechos Humanos. Así, esta minoría no solo se considera habilitada jurisdiccionalmente a dictar sentencia –sin dar, al respecto, demasiados fundamentos–, sino que, además, considera que por contrariar una norma imperativa de Derecho Internacional, el artículo 34.6 del protocolo que define la jurisdicción de la Corte Africana debe ser declarado nulo, ya que dicho órgano debe tener la potestad de hacer a un lado los impedimentos que las personas puedan tener en el acceso a la justicia en protección de sus derechos humanos.<sup>66</sup> En un caso de similares características, pero presentado contra la Comisión Africana, la mayoría de la Corte Africana no solo retoma sus argumentos del caso "Femi Falana", sino que, además, nuevamente sin señalar la inmunidad de la demandada, puntualiza que las facultades y funciones de dicha Comisión y la misma Corte Africana están delimitadas por sus instrumentos constitutivos y que, si bien son órganos cuyas competencias se interrelacionan, ello no implica que la Corte Africana pueda compeler a la Comisión Africana a presentar casos en sus estrados.<sup>67</sup>

Si bien este tribunal no se ha referido a la cuestión de la inmunidad de Estados u OI de manera directa, en muchas de sus decisiones ha tenido que pronunciarse sobre este principio. Podemos decir que, hasta el momento, no encuentra asidero en este tribunal una corriente interpretativa que permita ampliar más allá de las excepciones taxativas a la inmunidad de jurisdicción establecidas por el Protocolo que lo crea, las interpretaciones relativas a este principio. Sin embargo, consideramos que el voto en disidencia en el caso "Femi Falana" ofrece una potencialidad analítica que quizá en futuros pronunciamientos podamos ver desplegada.

64. Corte Africana, "Femi Falana c. Unión Africana", párrs. 37 y ss.

65. Corte Africana, "Femi Falana c. Unión Africana", voto en disidencia de Akuffo, Ngoepe y Thompson, p. 4.

66. Corte Africana, "Femi Falana c. Unión Africana", voto en disidencia de Akuffo, Ngoepe y Thompson, pp. 4–5.

67. Corte Africana, "Femi Falana c. Comisión Africana de ...", párrs. 9–16.

## II.E. Tribunales con competencia para entender en asuntos contra individuos

Una comprensión acabada de los interrogantes que aquí se plantean obliga a tener en cuenta los estándares que los tribunales internacionales han elaborado en relación con la inmunidad de funcionarios/as y agentes de Estados y OI. Consideramos que el camino iniciado tras la Segunda Guerra Mundial a partir de los juicios de Nüremberg ha sido altamente perfeccionado a partir de la adopción por parte de la Asamblea General de la ONU de estos principios,<sup>68</sup> hasta llegar, finalmente, a la conformación de la Corte Penal Internacional. Si bien la interacción de estos principios con otros relativos al debido proceso y el principio de legalidad merece una amplia discusión, consideramos que ello escapa a las finalidades de esta investigación. Sin embargo, no es un dato menor que el desarrollo de esta vertiente del Derecho Internacional ha permitido despejar ciertos interrogantes en torno a la responsabilidad criminal individual en los casos de afectación de normas *jus cogens* en el marco de delitos relacionados con crímenes de lesa humanidad.<sup>69</sup>

### II.E.1. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

En el marco de la ya mencionada evolución del Derecho Internacional Penal, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia –en adelante, TPIY– ha constituido un hito, sin duda alguna. En lo referente a nuestro problema de investigación, el mismo estatuto del TPIY ofrece pautas de análisis interesantes, que luego han sido desarrolladas en los precedentes jurisprudenciales que trabajaremos. Cabe mencionar que en su artículo 7.2 establece que el carácter de Jefe de Estado o de Gobierno no exonera a ninguna persona de su responsabilidad penal individual por los crímenes allí tipificados.<sup>70</sup> Esta previsión adelanta claramente la tendencia que corroboraremos unas líneas más adelante.

Consideramos de vital importancia mencionar el pronunciamiento del

68. AGNU, A/RES/95(I).

69. Cuando nos referimos a crímenes de lesa humanidad en la presente investigación lo hacemos refiriendo a la categoría genérica de los mismos, que engloba tanto al delito de lesa humanidad en sí mismo, el delito de genocidio y/o los crímenes de guerra.

70. Consejo de Seguridad de la ONU, S/RES/827.

TPIY en el caso "Furundzija" en el cual el tribunal específicamente señala que los delitos alegados contra el acusado –tortura, en este caso particular– son un reflejo del desarrollo del Derecho Internacional consuetudinario, que establece que dichas conductas resultan prohibidas. La consecuencia lógica de la realización de tales conductas prohibidas por el Derecho Internacional debe ser la responsabilidad penal individual. En este sentido, el TPIY recoge la premisa establecida por los tribunales de Nüremberg de que los crímenes son cometidos por personas y no por entidades abstractas, ante lo cual solo pueden ejecutarse las previsiones del Derecho Internacional persiguiendo penalmente a las personas responsables de tales hechos. Así, deja claro que la condición de funcionario oficial de un Estado no es óbice para el enjuiciamiento de estos delitos, reafirmando que el artículo 7.2 de su estatuto, así como el artículo 6.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda receptan el Derecho Internacional consuetudinario en la materia.<sup>71</sup> En adición, en el caso "Kupreskic" hace énfasis en el carácter de normas de *jus cogens* que poseen la prohibición de crímenes de guerra y lesa humanidad,<sup>72</sup> resaltando específicamente que la evolución del Derecho Internacional denota una "humanización" de este, echando luz sobre una realidad cada vez más clara: hay normas que protegen intereses diferentes a los de los Estados y, por tanto, las obligaciones adquiridas por ellos no pueden ser tenidas como sinalagmáticas.<sup>73</sup>

Un punto interesante en este orden de ideas lo ofrece la sentencia en el caso "Kunarak, Kovac y Vukovic", en el cual el tribunal establece, además, que el carácter de agente oficial pudiera ser incluso considerado como un agravante al momento del juzgamiento, debido a que la persona juzgada hubiera, entonces, abusado ilegítimamente del uso de facultades y poderes que le fueron conferidos con fines legítimos.<sup>74</sup>

### *II.E.2. Tribunal Penal Internacional para Rwanda*

En consonancia con el TPIY, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda –en adelante, TPIR– ha receptado firmemente la evolución del Derecho Internacional Penal. En sus pronunciamientos queda absoluta-

71. TPIY, "Caso Fiscal c. Furundzija", párr. 140.

72. TPIY, "Caso Fiscal c. Kupreskic", párr. 520.

73. TPIY, "Caso Fiscal c. Kupreskic", párrs. 518–519.

74. TPIY, "Caso Fiscal c. Kunarak, Kovac y Vukovic", párr. 494.

mente claro el hecho ya receptado en su propio estatuto de que la posición oficial ocupada por un/a acusado/a no será óbice para el juzgamiento de los graves delitos juzgados en este tribunal. Así, podemos mencionar el caso "Akayesu", en el que el TPIR cita claramente las disposiciones del estatuto, y, en dicho acto, asienta que la posición oficial del acusado no puede dispensarlo de responsabilidad por sus actos ni morigerar su pena.<sup>75</sup> En la misma línea de razonamiento, y esclareciendo aún más la cuestión, en el caso "Gacumbtsi", subraya que la posición de jefe ejecutivo comunal posibilitó mayor efectividad en su rol de planeamiento y dirección de las actividades constitutivas del delito por el que se lo juzga.<sup>76</sup> En el mismo orden de ideas, en el caso "Bisengimana" el tribunal encuentra que la posición ejecutiva comunal ostentada por el demandado constituye, además, un agravante a ser considerado oportunamente por el tribunal.<sup>77</sup>

Vemos cómo el TPIR responde, entonces, a las mismas lógicas de evolución de la responsabilidad penal por comisión de delitos internacionales desarrolladas por el TPIY.

### *II.E.3. Corte Penal Internacional*

El establecimiento de la Corte Penal Internacional –en adelante, CPI–, ha sido, sin duda alguna, el corolario de la evolución del Derecho Internacional Penal. A través de su estatuto, la CPI ha logrado superar los obstáculos relativos al principio de legalidad y de taxatividad de la norma penal a los que habían tenido que enfrentarse sus antecesores, los tribunales penales internacionales *ad hoc*, cuya jurisprudencia ya hemos abordado. Sin duda alguna el Estatuto de Roma ha receptado la experiencia de años de evolución del Derecho Internacional Penal. En este sentido, veremos que las sentencias que analizaremos a continuación en punto alguno controvierten el hecho de que la inmunidad de agentes del Estado o funcionarios no es óbice para su juzgamiento en los estrados de la CPI.

A los fines de ilustrar lo que aquí hemos introducido, mencionaremos el pronunciamiento de la Cámara Pre Judicial I en ocasión de decidir sobre la solicitud del fiscal de incoar una orden de arresto contra Omar Al Bashir,

75. TPIR, "Fiscal c. Akayesu", párr. 1.7.

76. TPIR, "Fiscal c. Gacumbtsi", párr. 345.

77. TPIR, "Fiscal c. Bisengimana", párr. 120.

primer mandatario de Sudán. En la sustanciación de esta etapa del procedimiento, la CPI no solo señala su rol fundamental contra la impunidad por la comisión de los delitos contemplados en el estatuto, sino que, acto seguido, reafirma mediante su cita literal el contenido del artículo 27 del Estatuto de Roma, que recepta la improcedencia de oposición de la inmunidad como modo de evitar el proceso penal.<sup>78</sup> En adición, en su pronunciamiento relativo a la orden de arresto en sí misma, la CPI reafirma que, existiendo presunciones suficientes sobre la implicancia de Al Bashir en los hechos sustanciados, la condición de ser jefe de Estado habría facilitado las tareas de coordinación para los delitos de los que se le acusa.<sup>79</sup> Asimismo, en la decisión sobre la confirmación de cargos contra Gbagbo, ex presidente de Costa de Marfil, consideró que existe evidencia suficiente que respalde la posibilidad de que su posición jerárquica como jefe de Estado fue utilizada específicamente a los fines de garantizar su influencia en la coordinación de los planes constitutivos de los crímenes que se le imputan.<sup>80</sup>

Vemos como, a partir del análisis de los fallos citados la futilidad del argumento de la inmunidad de jurisdicción prácticamente se asume en lugar de sustanciarse. Su presencia en el detallado artículo 27 del Estatuto de Roma viene, entonces, a coronar la evolución del Derecho Internacional Penal receptando esta norma que definitivamente robustece el argumento de que la comunidad internacional ha aceptado que la inmunidad de jurisdicción de agentes del Estado ya no podrá operar más cuando haya delitos contrarios a las normas *jus cogens* en juego, al menos, delitos de lesa humanidad.

### III. REFLEXIONES FINALES

Los puntos abordados en la presente investigación han hecho posible arribar a la conclusión de que la tendencia jurisprudencial mencionada en nuestra hipótesis no ha tenido un asidero sólido en las jurisdicciones internacionales con respecto a la inmunidad jurisdiccional de los Estados en sí mismos. Como hemos visto, si bien la jurisprudencia internacional ha

78. CPI, "Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", párrs. 42–43.

79. CPI, "Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", pp. 6–7.

80. CPI, "Fiscal c. Gbagbo", párr. 95.

robustecido enormemente el concepto de normas *jus cogens*, el tratamiento de estas como excepción a la inmunidad de jurisdicción de los Estados aún no ha tenido eco en los pronunciamientos de los más destacados tribunales, como ser la CIJ o el TEDH, que, en más de una ocasión, han determinado que la presunta violación de normas imperativas no ha sido aún receptada por el Derecho Internacional como una excepción a este principio. Aún más lejos de corroborar tal hipótesis nos encontramos en relación con la misma inmunidad en el caso de las OI, puesto que han sido contados los pronunciamientos relativos al tema, y máxime cuando estos reafirman la inmunidad absoluta y funcional de estas. Frente a un plano completamente diferente nos encontramos en relación con la responsabilidad penal individual por delitos contrarios a normas perentorias de Derecho Internacional, en el cual la evolución del Derecho Internacional Penal se vuelve manifiestamente notoria a través de pronunciamientos de tribunales con competencia para juzgar penalmente a individuos, que expresamente receptan el principio de que la posición oficial o la condición de agente estatal que goza, en principio, de inmunidad de jurisdicción en virtud de sus funciones no puede ser tenido como válido en casos de delitos de lesa humanidad contrarios a normas de *jus cogens*.

Podemos concluir, no sin formularnos nuevos interrogantes, que las jurisdicciones internacionales han arrojado luz sobre asuntos que aún permanecían difusos en el Derecho Internacional, como el carácter imperativo de ciertas normas. Sin embargo, la evolución de este ordenamiento jurídico en cuanto a la consolidación pacífica de acuerdos que determinen la inmunidad de jurisdicción de Estados, OI y sus agentes es aún embrionaria. Resta preguntarnos, quizá, si es sensato que los tribunales internacionales encargados de velar por el cumplimiento de las normas de este sistema jurídico aguarden a que las jurisdicciones locales o los órganos de las OI sean quienes abonen indicios claros de una tendencia del derecho consuetudinario en el sentido planteado por nuestra hipótesis, dado que dichos órganos –sobre cuyos pronunciamientos muchos tribunales se basan para determinar la existencia o no de una norma consuetudinaria de Derecho Internacional– son constitutivos de la estructura de los mismos sujetos a quienes estas disposiciones privarían del beneficio de una inmunidad cada vez más cuestionada. Ello resulta en una extraña paradoja, considerando que las normas imperativas, que están posicionándose, al menos desde el Derecho Penal Internacional, como válidas excepciones al principio de jurisdicción, son justamente normas destinadas a proteger intereses dife-



rentes a los de los Estados, y se encuentran basadas en principios de humanidad y dignidad, harto mencionados en pronunciamientos de los más diversos tribunales.

## BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, A/RES/95(I), Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nuremberg, 11/12/1946.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, URL <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/default.aspx> consultado 14/11/2017.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, "Cuadro Comparativo de los Tribunales Penales Internacionales e Internacionalizados (2006)", URL [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc\\_861\\_geiss.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_861_geiss.pdf) consultado 10/11/2017.
- Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas, S/RES/827, 25/05/1993.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22/11/1969, San José, Costa Rica, e.v. 18/07/1978.
- Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, 30/04/1982, Nueva York, Estados Unidos, e.v. 16/11/1994.
- Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 23/05/1969, Viena, Austria, e.v. 27/01/1980.
- Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, "Caso Owino Ayanchi y otros c. República Unida de Tanzania", 28/09/2017.
- , "Caso Yogogombaye", 15/12/2009.
- , "Comisión Africana de Derechos Humanos c. Libia", 3/06/2016.
- , "Comisión Africana de Derechos Humanos c. Kenia", 26/05/2017.
- , "Femi Falana c. Comisión Africana de Derechos Humanos", 20/11/2015.
- , "Femi Falana c. Unión Africana", 15/03/2013.
- , "Femi Falana c. Unión Africana", 15/03/2013, voto en disidencia de Akuffo, Ngoepe y Thompson.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, URL <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh> consultado 14/11/2017.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Barrios Altos", "Barrios Altos c. Perú", 14/03/2001.

- , “Caso Almonacid Arellano”, “Almonacid Arellano y otros c. Chile”, 26/09/2006.
- , “Caso del Penal Miguel Castro Castro”, “Penal Miguel Castro Castro c. Perú”, 25/11/2006.
- , “Caso Panel Blanca”, “Paniagua c. Guatemala”, 08/03/1998.
- Corte Internacional de Justicia, “Caso relativo al Canal de Corfú”, “Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte c. Albania”, 09/04/1949.
- , “Caso relativo a la inmunidad jurisdiccional de los Estados”, “Alemania c. Italia, Grecia interviniente”, 03/02/2012.
- , “Caso relativo a la inmunidad jurisdiccional de los Estados”, “Alemania c. Italia, Grecia interviniente”, 03/02/2012, voto disidente del Juez Yusuf.
- , “Caso relativo a la orden de arresto del 11 de abril de 2000”, “República Democrática del Congo c. Bélgica”, 14/02/2002.
- , “Opinión Consultiva relativa a la controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos”, 29/04/1999.
- , “Opinión consultiva relativa a las reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio”, 28/05/1951.
- , “Opinión consultiva relativa al uso o amenaza de uso de armamento nuclear”, 08/06/1996.
- Corte Penal Internacional, “Fiscal c. Gbabgo, decisión sobre confirmación de cargos”, 12/06/2014.
- , “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad al Bashir, decisión relativa a la solicitud de orden de arresto del Fiscal”, 04/04/2009.
- , “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad al Bashir, orden de arresto”, 04/04/2009.
- Corte Permanente de Justicia Internacional, “Asunto relativo a fosfatos marroquíes”, “Italia c. Francia”, 14/06/1938.
- , “Asunto relativo a las concesiones palestinas a Mavrommatis”, “Grecia c. Reino Unido”, 30/08/1924.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 26/06/1945, San Francisco, EE.UU., e.v. 17/11/1945, URL <http://www.icj-cij.org/en/statute> consultado 2/11/2017.
- Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, 13/12/1920, Ginebra, Suiza, e.v. 09/1921, Estatuto y Reglas de la Corte, Series D. N° 1, 4ta edición, abril 1940.

- Eur-Lex: el acceso al derecho de la Unión Europea, URL [http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/eu\\_court\\_justice.html?locale=es](http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/eu_court_justice.html?locale=es) consultado 6/11/2017.
- Organización de Naciones Unidas, URL <http://www.un.org/spanish/News/focus/tslibano/> consultado 8/11/2017.
- Organización de Naciones Unidas, Corte Permanente de Justicia Internacional, URL <http://www.un.org/es/icj/permanent.shtml> consultado 2/11/2017.
- Organización Mundial del Comercio, URL [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispu\\_settlement\\_cbt\\_s/c1s3p1\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_settlement_cbt_s/c1s3p1_s.htm) consultado 14/11/2017.
- Tribunal de Justicia, "Caso Kadi y Al Barakaat c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas", sentencia del 3 de septiembre de 2008.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, URL [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7024/es/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/es/) consultado 6/11/2017.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *La Corte en breve*, URL [http://www.echr.coe.int/Documents/Court\\_in\\_brief\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_ENG.pdf) consultado 9/11/2017.
- , "Caso Asociación Madres de Srebrenica y otros c. Países Bajos", 11/06/2013.
- , "Caso Al-Adsani c. Reino Unido", 21/11/2001.
- , "Caso Beer y Reagan c. Alemania", 18/02/1999.
- , "Caso Jorgic c. Alemania", 18/02/1999.
- , "Caso Mary Fogarty c. Reino Unido", 21/11/2001.
- , "Caso McElhinney c. Irlanda", 21/11/2001.
- , "Caso Waite and Kennedy c. Alemania", 18/02/1999.
- Tribunal General, "Caso Kadi c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas", 21/09/2005.
- Tribunal Internacional de Derecho del Mar, URL <https://www.itlos.org/en/the-tribunal/> consultado 13/11/2017.
- Tribunal Internacional de Derecho del Mar, "Caso Arctic Sunrise", "Países Bajos c. Federación Rusa", 22/11/2013.
- Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia, "Caso Fiscal c. Furundzija", 10/12/1998.
- , "Caso Fiscal c. Kunarak, Kovak y Vukovic", 22/02/2001.
- , "Caso Fiscal c. Kupreskic", 10/01/2000.

Tribunal Internacional Penal para Rwanda, “Fiscal c. Akayesu”, 02/09/1998.

—, “Fiscal c. Bisengimana”, 13/04/2006.

—, “Fiscal c. Gacumbtsi”, 17/06/2004.

Tribunal Permanente de Revisión, “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes de Uruguay”, “Uruguay c. Argentina”, 08/06/2007.

## FEMINISMO, MATERNIDAD Y DELITO: EL DERECHO PENAL Y EL IMPERATIVO DE MATERNIDAD DE LAS MUJERES. EL CASO DE LOS DELITOS DE OMISIÓN\*

MATÍAS MANELLI\*\*

**Resumen:** El presente trabajo se propone reflexionar sobre cómo el Derecho Penal y las prácticas judiciales refuerzan el rol materno en las mujeres, premiando a las "buenas madres" y castigando, por el contrario, toda práctica contraria al estereotipo configurado desde la matriz discursiva patriarcal, tomando como objeto de análisis en particular el delito de abandono de persona.

**Palabras clave:** género – derecho penal – maternidad – delitos de omisión – feminismo – derechos humanos

**Abstract:** This paper proposes a debate about how the criminal law and the judicial practices tend to reinforce women's maternal role, rewarding the "good mothers" and punishing, on the other side, any practice contrary to the stereotype configured in the patriarchal discursive matrix, taking by case the crime of "abandonment of person".

**Keywords:** gender – criminal law – motherhood – crimes of omission – feminism – human rights

\* Este trabajo obtuvo el primer puesto en el V Concurso de Ensayos Breves sobre "Debates sociales actuales".

\*\* Estudiante de Abogacía (UBA). Profesor para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas. El presente trabajo tiene como antecedente la realización de un trabajo final correspondiente al curso de C.P.O "Las mujeres en conflicto con la ley penal", dictado por la Profesora Cecilia Hopp, mis agradecimientos a ella y a la licenciada Verónica Paz Soto Pimentel (FLACSO) por sus comentarios.

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal, en tanto dispositivo, actúa produciendo sentidos, determinando subjetividades a través de la represión de ciertas prácticas, y la enfática persecución de ciertos perfiles. En este sentido, opera delimitando el espectro de posibilidades de las mujeres: aquello que estas pueden –y deben ser– y, por ende, lo que no pueden ser de ningún modo.

En su *Historia de la sexualidad*, Foucault caracteriza la transformación de los mecanismos de poder, tomando como eje al dispositivo de sexualidad y su devenir operativo, que va desde una táctica fundamentalmente negativa al posterior despliegue de tecnologías positivas dirigidas a administrar la vida. El poder de muerte pasa a segundo plano frente a “un poder que se ejerce positivamente sobre la vida, que procura administrarla, aumentarla, multiplicarla, establecer sobre ella controles precisos y regulaciones generales”.<sup>1</sup> En estos términos, se puede leer al Derecho –y más específicamente, al Derecho Penal– como tecnología que opera sobre las mujeres, determinando su rol en materia de género al reprimir conductas ajenas a los mandatos imperantes.

La maternidad como mandato es un punto nodal de los sentidos asignados a las mujeres. En términos culturales, existe un discurso dominante según el cual la maternidad constituye el proyecto definitorio de la experiencia de las mujeres. Las mujeres parecen “nacer como úteros”,<sup>2</sup> cuando el mandato –sin desatender la dimensión biológica– es de orden cultural, siendo internalizada por muchas mujeres.

## II. DERECHO PENAL Y MATERNIDAD

En este marco, el Derecho “no solo define y exige comportamientos socialmente aceptables, sino que también moldea la forma en la que nos autopercebimos y percibimos nuestras relaciones con los otros”.<sup>3</sup> Siendo esto así, abordar las dinámicas del Derecho –en este caso, las representaciones del delito llevado a cabo por las mujeres– permite reconocer cómo

1. FOUCAULT, *Historia de la sexualidad: la voluntad de saber*, p. 129.

2. PRECIADO, “Huelga de Úteros”.

3. ROBERTS, “Maternidad y delito”, p. 2.

las acciones llevadas a cabo por las mujeres que suponen un apartamiento del mandato de maternidad vuelve a la persecución penal más gravosa y se utiliza como criterio de diferenciación en el tratamiento con respecto a los hombres. El Derecho Penal impone a las mujeres el rol materno y criminaliza toda resistencia al control del patriarcado, de modo de asegurar su obediencia.

Dorothy Roberts analiza el discurso de la maternidad, apartándose de las lecturas absolutas que, por un lado, la naturalizan y, por el otro, la juzgan totalmente opresiva. En cambio, la autora rompe con esa estructura dicotómica y entiende que el factor problemático en torno a la maternidad no es esta en sí, en términos materiales, sino en el sacrificio que el discurso dominante exige a las mujeres. Se les exige a las mujeres un "instinto maternal"<sup>4</sup> que poco tiene que ver con un imperativo natural, sino más bien con una construcción social. La norma penal acaba por ser un mecanismo de poder que invade la vida de las mujeres; y en cuanto a los cuerpos que se dan en forma diferente, que exceden el mandato –en este caso materno, que solo parte de una trama más amplia y compleja–, estos padecen "un sufrimiento impuesto de un exterior indiferente a expensas de la libertad y la particularidad".<sup>5</sup>

Al asociar inextricablemente el género femenino a una red de sentidos vinculados con la maternidad, cabe preguntarse sobre el tratamiento que la ley penal da, más que a las mujeres en general, a las mujeres madres. O peor aún: la representación permanente de las mujeres como madres potenciales.

En los casos en los que niñas o niños mueren por casos de violencia intrafamiliar –en los que la violencia es ejercida por el *pater*– la mujer suele ser imputada "como cómplice del delito comisivo, autora de un delito de omisión o responsable por el resultado a título de imprudencia".<sup>6</sup> El tratamiento que el dispositivo penal hace de las mujeres, en todos estos supuestos se basa en un estereotipo que asigna a las mujeres madres el rol de garantes del bienestar de sus hijos. Según esta premisa se asume que, si la mujer hubiera sido buena madre, habría podido evitar el ataque del padre –o pareja contingente– a sus hijos.

4. ROBERTS, "Maternidad y delito", p. 4.

5. BUTLER, *Dar cuenta de sí mismo*, p. 18.

6. HOPP, "'Buena madre', 'buena esposa', 'buena mujer'...", pp. 16-17.

Considero que la referida lectura resulta desacertada, ya que no tiene en cuenta el contexto de sometimiento en el que las mujeres se encuentran en aquellas circunstancias. La violencia ejercida por el hombre sobre los hijos, que configura el hecho delictivo, no es otra cosa que la reproducción de la violencia de género de la cual en la mayoría de los casos las mujeres ya son víctimas. La asignación –exclusiva– a la mujer con el rol de garante es descontextualizada, ya que soslaya la situación de sometimiento en la que se encuentran las mujeres maltratadas, donde son violentadas bajo la idea de que los hombres consideran que pueden disponer de ellas por ser de su propiedad.<sup>7</sup>

En este contexto de desatención de las circunstancias, las expectativas que recaen sobre las mujeres madres son muy elevadas, y no tienen en cuenta que una mujer víctima de violencia no puede cumplir con dicha exigencia: no pueden las mujeres evitar el daño que recae sobre ellas, mucho menos el daño que recae sobre sus hijos. Sería necesario, en todo caso, ponderar las circunstancias en cada caso y evaluar si la persona tiene capacidad de evitar un peligro al interior del entorno familiar, lo que en general no ocurre, ya que en muchos casos la dependencia emocional y material –económica– de la mujer hace que le resulte muy difícil salir del entorno de sometimiento en tanto víctima de violencia, en conjunto con sus hijos, lo cual torna utópica la posibilidad de resguardarlos de la violencia ejercida en el marco familiar.

### III. JURISPRUDENCIA, MATERNIDAD Y DELITO

Dichas exigencias se explicitan en jurisprudencia y resultan discriminatorias “porque imponen a las mujeres la renuncia a sus derechos más básicos, subordinándolas a su rol maternal o a la preservación de la unión conyugal”.<sup>8</sup>

Los casos en los que resulta más notorio este trato discriminatorio, diferencial, son los de responsabilidad penal por delitos de omisión. Para soslayar abordajes de casos diferentes pero a partir de la misma premisa, según la cual la omisión es tan grave como la acción positiva cuando la

7. SCHNEIDER, “Mujeres maltratadas y la elaboración de leyes...”, p. 9.

8. HOPP, “‘Buena madre’, ‘buena esposa’, ‘buena mujer’...”, p. 20.



persona –en este caso las mujeres por su rol de garante– desatiende su “obligación” de evitar posibles daños, haré referencia, por una parte, al fallo “Pippo y Pastore”,<sup>9</sup> en el que se condenó a seis años de prisión tanto al padre como a la madre por la muerte de su hijo, argumentando que era irrelevante quién había sido el autor por acción o por omisión, o si habían sido ambos por acción, ya que ambos tenían posición de garante, y en caso que alguno de los dos no hubiese hecho nada, igualmente sería punible ya que tolerarlo “lo convertía en coautor”.

Esta resolución de Casación –que ratificó lo resuelto por el tribunal precedente– no soslayó, entre otras cosas, al momento de valorar la prueba, que existieron pruebas testimoniales que daban cuenta de los esfuerzos de Andrea Pastore por evitar los daños hacia el menor (gritaba: “no papi, no papi” y “el bebé no, el bebé no” en una discusión en día de la muerte del menor, según la declaración de un vecino). En ese sentido, se argumentó que lo “realmente importante” era que mediante una contribución –haya sido esta activa u omisiva– hayan conducido a la realización del hecho típico.

Este trato, en apariencia igualitario por el resultado, pero marcadamente desigual en cuanto a la ponderación de los elementos probatorios y del contexto y dinámicas de la mujer y del hombre, no abordados en sí mismos sino en conjunto como un todo equiparable, da cuenta de cómo la persecución penal es distinta para con las mujeres. En la que las mujeres que delinquen no solo violan la ley, sino que transgreden, en atención a la imposición social “su propia naturaleza como madres y su identidad social”.<sup>10</sup>

Otro caso jurisprudencial en el que se explicitan estas premisas, pero dando como resultado una resolución, si se quiere, beneficiosa para la mujer en conflicto con la ley penal, es el correspondiente al fallo “Yanina González s/abandono de persona”.<sup>11</sup> En dicho fallo, se aborda un caso de violencia intrafamiliar que dio lugar a la muerte de la hija de Yanina, a manos de su por entonces pareja, a causa de múltiples lesiones por golpes. En este caso, la fiscalía consideró que se trataba de abandono de persona, ya que se consideró que Yanina había desatendido su posición de garante

9. Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, “Pippo, Francisco y Pastore, Andrea s/ recurso de casación”.

10. ROBERTS, “Maternidad y delito”, p. 6.

11. Tribunal en lo Criminal Oral N° 2 de San Isidro, “González, Yanina s/ abandono de persona seguido de muerte agravado por el vínculo”.

en relación con el cuidado de su hija, teniendo la posibilidad objetiva de hacerlo, esto es, buscar atención médica para sus lesiones graves.

En los hechos del caso se da cuenta de distintas acciones de Yanina mediante las cuales comunicó –en el alcance que tenía su posibilidad de representarse la situación– lo que advertía como un posible problema (el estado de salud de su hija) e incluso interactuó con las personas de su entorno, el centro Gallo Rojo. El fallo acaba resolviendo la absolución de Yanina, considerando que ella “agotó frente a todos los condicionamientos propios y de su medio social las acciones que tenía a su alcance para salvaguardar a su hija”. Si bien el accionar de Yanina distó de constituir el núcleo de evitación, sí realizó las acciones dentro de sus posibilidades. Yanina se trataba de una persona con un atraso madurativo. No tenía, efectivamente, la capacidad de representarse el correlato entre los manifiestos síntomas de malestar en su hija y los golpes de su pareja, al menos directamente. El hecho de haber compartido inquietudes en el centro comunitario es muestra del interés de Yanina con respecto a la salud de su hija. La no representación del peligro de su condición, en todo caso, era extensible a los compañeros del centro comunitario, que no actuaron a partir de un claro error en la apreciación de la situación.

Conforme se desprende de la evaluación realizada por parte del Tribunal, “Yanina no contaba con el conocimiento cabal acerca del estado de salud de su hija, en tanto que el foco de alarma por ella exteriorizado en Gallo Rojo”, siendo este con respecto a marcas superficiales y no las lesiones que resultarían causantes de su muerte.

La resolución del Tribunal que absolvió a Yanina se basó en el reconocimiento de la incapacidad de la mujer por representarse la situación en su complejidad por su atraso madurativo, no configurándose entonces el hecho típico correspondiente al abandono de persona.

Si se contrastan ambos antecedentes jurisprudenciales –uno en el que la ley equipara acción con omisión al momento de traccionar la persecución penal, y otro en el que lo que evita la pena termina siendo una variable que exime de responsabilidad a la mujer perseguida– se puede advertir que, en ambos casos, con resoluciones que tienen fines opuestos, operan los mismos elementos simbólicos que configuran la representación de esas mujeres madres que “delinquen”. Lo que sucede es que la sanción de las conductas se debe a que las mujeres madres no responden al imperativo –establecido desde el patriarcado– de concentrar su experiencia vital en la maternidad y disolverse en su individualidad.

Resulta necesario, entonces, realizar un abordaje de la situación de las mujeres madres perseguidas en estos términos, teniendo en cuenta su contingencia, lo cual permite ver, en toda situación de violencia donde se las vincule con un delito, que la mujer resulta ser víctima de violencia física y emocional; se trata de mujeres sometidas y vulnerables, a las cuales se las idealiza en sus posibilidades y se les asigna una responsabilidad sobre una realidad sobre la que no pueden responder en tanto sean víctimas de la sujeción del patriarcado.

La imputación por la configuración de un tipo penal omisivo de las mujeres madres "por no impedir la exposición de sus hijos a la violencia de su pareja aparece, en tal contexto, como una medida para reafirmar el rol de género que indica las características que debe tener una 'buena madre'.<sup>12</sup> El estándar que se tiene como referencia para abordar la conducta de las mujeres madres en relación con los hombres padres resulta disímil y arbitrario, y explicita el rol que juega el Derecho (penal) en la red de normas que exhortan a las mujeres a ser de cierto modo.

#### IV. GÉNERO Y DERECHO

La crítica de las dinámicas del Derecho Penal desde una perspectiva de género se inscribe en una línea que tiene como uno de sus hitos el proyecto ético de Judith Butler. Butler, a partir de la crítica de la estructura binaria del género y las asignaciones de valores simbólicos que dicha dicotomía implica, insta a ser críticos con las normas que constriñen a los sujetos a ciertos modos de ser, que circunscriben lo humano y nos dejan "fuera de nosotros mismos"; que hacen que nuestros cuerpos no nos pertenezcan del todo, puesto que el cuerpo "es dado al mundo de los otros",<sup>13</sup> se forja en esa pluralidad de mandatos sociales y culturales; y desde ese marco comunitario, en el que nos debemos pensar invariablemente, reclamamos nuestra "autonomía corporal", figura que representa en Butler el horizonte emancipatorio para lo humano, en tanto deja de pensarse a sí mismo en términos definitivos.

La perspectiva de género en tanto matriz crítica permite llevar a cabo una relectura del Derecho en general y el Derecho Penal en particular,

12. HOPP, "'Buena madre', 'buena esposa', 'buena mujer'...", p. 29.

13. BUTLER, *Deshacer el Género*, p. 41.

explicitando basamentos discursivos que subyacen a la normativa penal y la jurisprudencia –en el caso que hace al presente trabajo– y se orientan a estructurar el rol de las mujeres en relación con la maternidad, entre otros significantes imperantes en la sociedad patriarcal.

## V. CONCLUSIÓN

La ruptura del dispositivo de dominación del patriarcado, y de sus tecnologías positivas en tanto poder, implican pensar al Derecho y sus espacios de controversia como espacios de disputa política, de resistencia. Centrándonos en el objeto del presente trabajo, resulta imperativo pensar en una agenda feminista en las/os activistas de Derechos Humanos, más específicamente en las/os abogadas/os penalistas que emprendan una defensa de las mujeres madres víctimas de la persecución penal, en el plano de la argumentación jurídica. Este itinerario es simultáneo a la disputa de los sentidos estructurantes en el plano político, realizando un abordaje que tome la experiencia de las mujeres en su complejidad, considerando la situación política de las madres,<sup>14</sup> configurando así una resistencia a la estereotipación de las mujeres como madres o potenciales madres. Para ello, el primer paso es explicitar, mediante la crítica, cómo operan tanto el derecho penal como las prácticas judiciales en la maternalización de las mujeres, en tanto los estándares imperantes no responden a la realidad de los casos concretos, sino que más bien “se abstraen completamente de las condiciones bajo las cuales suceden este tipo de hechos”.<sup>15</sup> Un diagnóstico crítico certero marca el derrotero de la subversión del *status quo*. En definitiva, la transformación de la realidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- BUTLER, Judith, *Dar cuenta de sí mismo*, traducción de Horacio Pons, Buenos Aires, Amorrortu, 2009.
- , *Deshacer el Género*, traducción de Patricia Soley- Beltrán, Barcelona, Paidós, 2006.

14. ROBERTS, “Maternidad y delito”, p. 22.

15. HOPP, “‘Buena madre’, ‘buena esposa’, ‘buena mujer’...”, p. 41.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, “Pippo, Francisco y Pastore, Andrea s/ recurso de casación”, 08/09/2014.

FOUCAULT, Michel, *Historia de la sexualidad: La voluntad de saber*, traducción de Ulises Guiñazú, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.

HOPP, Cecilia, “‘Buena madre’, ‘buena esposa’, ‘buena mujer’: abstracciones y estereotipos en la imputación penal”, en DI CORLETO, Julieta (comp.), *Género y Justicia Penal*, Buenos Aires, Didot, 2017.

PRECIADO, Beatriz, “Huelga de Úteros”, en *Revista Números Rojos*, 29/01/2014, URL <https://blogs.publico.es/numeros-rojos/2014/01/29/huelga-de-uteros/>.

ROBERTS, Dorothy, “Maternidad y delito”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, N°1, Vol. 17, 2017.

SCHNEIDER, Elizabeth, “Mujeres maltratadas y la elaboración de leyes feministas: definición, identificación y elaboración de estrategias”, en DI CORLETO, Julieta (comp.), *Justicia, género y violencia*, Buenos Aires, Librería-Red Alas, 2010.

Tribunal en lo Criminal Oral N° 2 de San Isidro, “González, Yanina s/ abandono de persona seguido de muerte agravado por el vínculo”, 11/03/2015.



## LA ESCLAVITUD SEXUAL: ALGUNAS CONSIDERACIONES A PARTIR DEL CASO LINDA LOAIZA LOPEZ SOTO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO\*

GIULIANA MORANO Y DANIELA ROMERO\*\*

*“Comía lo que al agresor le sobraba y cuando él tenía voluntad de darme. No tenía libre desenvolvimiento, siempre estuve sujeta por él con esposas y amarrada. El único día que estuve sin estar esposada y amarrada fue el día en que pude pedir auxilio”<sup>1</sup>*

**Resumen:** En este trabajo se examina la figura de la esclavitud sexual en el Caso López Soto y otro c. Venezuela de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Para ello, se expone una breve introducción, se presentan determinados estándares interamericanos en materia de violencia contra las mujeres y se analiza a la esclavitud sexual como forma análoga de esclavitud. Finalmente, se comentan y evalúan las particularidades del caso López Soto a fin de dimensionar la importancia de este precedente para el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

**Palabras clave:** esclavitud sexual – tortura – convención belém do Pará – violencia de género – ejercicio del derecho de propiedad – responsabilidad internacional del estado

\* Este trabajo obtuvo el tercer puesto en el V Concurso de Ensayos Breves sobre “Debates sociales actuales”.

\*\* Integrantes del equipo semifinalista que representó a la Universidad de Buenos Aires en el Concurso Interamericano de Derechos Humanos organizado por American University. Agradecemos a nuestros maestros y maestras, quienes, con tanto esfuerzo y amor, nos han enseñado a construir un pensamiento crítico y han alimentado nuestra lucha por los derechos humanos.

1. Corte IDH, “Caso López Soto y otros c. Venezuela”, declaración testimonial de Linda Loaiza López Soto.

**Abstract:** This paper examines the figure of sexual slavery in the López Soto *et al.* v. Venezuela case of the Interamerican Court of Human Rights. To this end, a brief introduction is given, certain interamerican standards on violence against women are presented, and sexual slavery is analyzed as an analogous form of slavery. Finally, the particularities of the López Soto case are discussed and evaluated in order to assess the importance of this precedent for international human rights law.

**Keywords:** sexual slavery – torture – interamerican convention on the prevention, punishment and eradication of violence against women (belem do Pará convention) – violence against women – right of ownership – state responsibility

## I. INTRODUCCIÓN

La esclavitud es “[...] el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos”.<sup>2</sup> Es decir, el sometimiento como propiedad de una persona a otra es lo que diferencia a esta práctica de otras formas de explotación.<sup>3</sup> Actualmente, esta definición abarca todas las formas contemporáneas de esclavitud que se basan en el ejercicio de cualquiera o de todos los poderes vinculados al derecho de propiedad y se traducen en la destrucción o anulación de la personalidad jurídica del ser humano.<sup>4</sup>

Su prohibición, como así también la de sus prácticas análogas, es una norma de *ius cogens*<sup>5</sup> y, por lo tanto, los Estados tienen la obligación *erga omnes* de proteger a las personas contra esta forma de explotación. Ello, dado que la esclavitud practicada por funcionarios públicos o particulares en contra de cualquier persona, constituye no solo una violación de los derechos humanos (DD.HH.), sino también un delito internacional penal, independientemente de que un Estado haya ratificado o no las convenciones internacionales que prohíben estas prácticas.<sup>6</sup>

2. Convención sobre la Esclavitud, 25/09/1926, art 1.

3. Corte IDH, “Comunidades Cautivas: Situación del Pueblo Indígena...”, párr. 52.

4. Corte IDH, “Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil...”, párr. 269.

5. CIJ, “Caso Concerniente a la Compañía Barcelona...”, párr. 34-35.

6. Corte IDH, “Comunidades Cautivas: Situación del Pueblo Indígena...”, párr. 54.



El 26 de septiembre de 2018, por primera vez en su jurisprudencia, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional de la República Bolivariana de Venezuela por haber tolerado y posibilitado la esclavitud sexual a la que fue sometida Linda López Soto.<sup>7</sup>

## II. ESTÁNDARES SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Una de las manifestaciones más extremas de violencia contra la mujer es la violación sexual que deja a la víctima "humillada física y emocionalmente".<sup>8</sup>

La libertad sexual y su desarrollo constituyen un bien jurídico protegido por el DIDH y, por lo tanto, son los Estados los que deben garantizar y proteger este derecho.<sup>9</sup> Según la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará), los Estados deben condenar todas las formas de violencia contra la mujer y llevar a cabo medidas al efecto, entre ellas, las de tipo legislativo para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o tolerancia de este tipo de violencia.<sup>10</sup>

Además, siendo las mujeres particularmente vulnerables a sufrir violencia sexual, los Estados tienen un deber específico de debida diligencia estricta en casos de desapariciones, respecto a su búsqueda, durante las primeras horas y los primeros días.<sup>11</sup> Esta obligación tiene entonces un aspecto general que implica la adopción de medidas en el plano normativo e institucional y un aspecto particular en relación con la respuesta estatal ante la noticia de una desaparición o secuestro de una mujer.<sup>12</sup>

Dado que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción, la Corte IDH entiende que los deberes de adoptar medidas de prevención y

7. Corte IDH, "Caso López Soto y otros c. Venezuela...", párr. 184.

8. Corte IDH, "Caso V.R.P., V.P.C y otros c. Nicaragua...", párr. 163.

9. MESECVI, "Declaración sobre la Violencia contra las...", p. 3.

10. Convención Belem do Pará, 06/09/1994, art 7 (e).

11. Corte IDH, "Caso González y otras c. México...", párr. 283.

12. Corte IDH, "Caso López Soto y otros c. Venezuela...", párr. 153.

protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados a una situación de riesgo.<sup>13</sup> Así, en casos de desapariciones en las que no esté vinculado un agente estatal, la Corte evalúa si: a) el Estado tuvo oportunamente, o debió tener, conocimiento de la situación de riesgo real e inmediato en que se encontraba la persona; b) tuvo posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo y c) aplicó medidas con la diligencia debida a fin de evitar la violación de sus derechos.<sup>14</sup>

En el curso de una investigación por desaparición, los Estados tienen el deber adicional de eliminar los estereotipos y patrones socioculturales discriminatorios que podrían influenciar negativamente el proceso. Ello, dado que el uso de estos estereotipos basados en el género se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan implícita o explícitamente en políticas y prácticas estatales.<sup>15</sup> Esta situación se vislumbra por ejemplo cuando las autoridades policiales consideran que las víctimas se han comportado de una determinada manera (“se fueron con el novio” o “son voladas”) y por eso permanecen inactivas ante una denuncia.<sup>16</sup> En casos de violencia de género, las preconcepciones sobre las mujeres tienden a descalificar la credibilidad de la víctima durante el proceso penal y a asumir tácitamente la responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce, nuevamente, en inacción.<sup>17</sup> La credibilidad de la víctima es particularmente relevante en casos de violencia sexual ya que, por la naturaleza de la agresión, esta se produce usualmente en ausencia de testigos. Consecuentemente, no pueden esperarse pruebas gráficas o documentales de los hechos.<sup>18</sup>

Puntualmente, en los supuestos de violencia contra las mujeres en ámbitos domésticos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sugirió una revisión de la dicotomía tradicional entre la esfera privada y el espacio público, en función de la cual los asuntos privados

13. Corte IDH, “Caso Gutiérrez Hernández y otros c. Guatemala...”, párr. 140.

14. Corte IDH, “Caso Veliz Franco y otros c. Guatemala”, párr. 142.

15. Corte IDH, “Caso Velásquez Paiz y otros c. Guatemala...”, párr. 180.

16. Corte IDH, “Caso González y otras c. México”, párr. 400-401.

17. Corte IDH, “Acceso a la justicia para las...”, párr. 155.

18. Corte IDH, “Caso Fernández Ortega y otros c. México...”, párr. 100.

domésticos están al margen de la intervención estatal.<sup>19</sup> Así, la falta de efectividad hacia las denuncias o falta de juzgamiento se traduce en tolerancia del Estado y puede acarrear su responsabilidad internacional.<sup>20</sup> Dicha ineffectividad crea un ambiente propicio para el aumento de casos de violencia doméstica en tanto envía el mensaje a la sociedad de que aquella puede ser tolerada.<sup>21</sup>

### III. LA ESCLAVITUD SEXUAL COMO FORMA ANÁLOGA DE ESCLAVITUD

En la década del 90, la atención mundial al fenómeno de los crímenes de guerra y lesa humanidad contra la integridad sexual, primero en la antigua Yugoslavia y luego en Ruanda, amplió los reclamos de las mujeres.<sup>22</sup>

El 22 de febrero de 2001, la Sala de Juicio del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) emitió su sentencia contra *Dragoljub Kunarac* y analizó por primera vez a la esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad.<sup>23</sup> Así, estableció que había ciertos elementos que indicaban el ejercicio de propiedad sobre una persona y aquellos eran: a) el control de sus movimientos; b) el control de su ambiente físico; c) el control psicológico; d) las medidas tomadas para prevenir o detener un escape; e) la fuerza, la amenaza de fuerza o la coacción; e) la afirmación de exclusividad; f) el sometimiento a tratos crueles e inhumanos y abusos; g) la duración y h) el control de la sexualidad.<sup>24</sup>

Posteriormente, la Sala de Apelaciones, a diferencia de la Sala de Juicio, entendió que la duración del ejercicio de propiedad sobre una persona, no era un elemento constitutivo de la esclavitud sexual.<sup>25</sup>

Si bien los Estatutos de ambos Tribunales no contemplaban a los diversos crímenes contra la integridad sexual como crímenes

19. Corte IDH, Informe No. 4/01, "Caso 11.625 María Eugenia Morales de Sierra", pp. 46-50, e Informe No. 54/01, "Caso 12.051 María Da Penha Maia Fernandes", pp. 48-50.

20. Corte IDH, "Informe No. 54/01", párrafo 55.

21. Corte IDH, "Informe No. 54/01", párrafo 56.

22. Miller, *Sexuality, Violence against Women, and Human Rights: Women make demands and Ladies Get Protection, Health and Human Rights*, Vol. 7, No. 2, 2004.

23. TPIY, "Sala de Juicio Fiscal c. Dragoljub Kunarac...", p. 539.

24. TPIY, "Sala de Juicio Fiscal c. Dragoljub Kunarac...", p. 543.

25. TPIY, "Sala de Apelaciones Fiscal c. Dragoljub Kunarac...", párr. 121.

autónomos,<sup>26</sup> su jurisprudencia influyó notablemente en los debates del Comité Preparatorio de la Conferencia de Roma para la creación del Estatuto de la Corte Penal Internacional.<sup>27</sup>

El Estatuto de Roma fue el primer instrumento internacional que tipificó la esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra.<sup>28</sup> Según los Elementos de los Crímenes, los componentes constitutivos de la esclavitud sexual son: a) que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o imponerles algún tipo similar de privación de la libertad; b) que el autor haya hecho que esa persona o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual.<sup>29</sup>

Podemos afirmar que en la actualidad existen diversas formas contemporáneas de esclavitud,<sup>30</sup> siendo la esclavitud sexual una de ellas<sup>31</sup> y que en particular, las víctimas son mujeres y niñas.<sup>32</sup> Cabría preguntarse entonces qué sucede cuando este tipo de explotación se comete por un particular fuera del ámbito de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o durante un conflicto armado y cómo es posible atribuir responsabilidad internacional a un Estado por estos hechos.

#### IV. EL CASO DE LINDA LÓPEZ SOTO

El 27 de marzo de 2001, cuando Linda Loaiza salía de su residencia en Caracas, fue interceptada por un hombre e introducida a la fuerza en su

26. A modo de ejemplo: Convenio de Ginebra Relativo a la Protección de las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, 21/10/1950, art. 27: "[...] Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor [...]".

27. GOLDSTONE HON, "Prosecuting Rape as a War Crime", p. 285.

28. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 71 g, 82 b xxii y 82 e vi.

29. Asamblea de los Estados Partes, Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional, 03/09/2002, art. 71 g, 82 b xxii y 82 e vi.

30. Consejo Económico y Social de la ONU, "Contemporary Forms of Slavery, Systematic..." 22/06/1998, pp. 27-33.

31. CPI, "Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui...", p. 430.

32. Consejo de Derechos Humanos de la ONU, "Informe de la Relatora Especial sobre las Formas Contemporáneas [...]", párr. 28.

vehículo.<sup>33</sup> Durante los siguientes cuatro meses, permaneció privada de su libertad e incomunicada en distintos hoteles y departamentos. Además, fue sometida a agresiones sexuales constantes, golpes y quemaduras, obligada a consumir estupefacientes, ver películas pornográficas, cocinar y permanecer desnuda, siempre bajo amenazas de matar a su familia.<sup>34</sup> Las secuelas de los maltratos físicos recibidos la obligaron a permanecer un año hospitalizada y someterse a 15 cirugías.<sup>35</sup>

Su hermana intentó denunciar su desaparición en seis ocasiones, sin embargo, nunca le recibieron la denuncia porque decían que "seguro ellos eran pareja", versión posteriormente negada por las autoridades.<sup>36</sup> El 19 de julio de 2001, Linda quedó sola en el departamento donde se encontraba recluida y, como se hallaba muy desvalida, su agresor no la había amarrado ni esposado. Gracias a esta omisión, pudo acercarse a la ventana a pedir auxilio y fue escuchada. Por el estado en que se encontraba, de no ser rescatada, no hubiera permanecido un día más con vida.<sup>37</sup>

Luego comenzó un proceso judicial plagado de irregularidades, retrasos, amenazas y hasta pérdida de evidencia.<sup>38</sup> La denuncia ingresó en el sistema interamericano en noviembre de 2007.<sup>39</sup>

Si bien en el presente trabajo se pretende analizar la figura de la esclavitud sexual, lo novedoso del caso de Linda es que también, por primera vez, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional de un Estado por tortura cuando esta es cometida por un particular.

Específicamente, la Corte advirtió que el Código Penal vigente en Venezuela era discriminatorio en tanto establecía penas atenuadas cuando los delitos sexuales se cometieran contra una mujer que ejercía la prostitución y preveía la extinción de la pena en caso de violación si el agresor contraía matrimonio con la víctima. Asimismo, el bien jurídico protegido no era la integridad personal sino "la moral y las buenas costumbres". Finalmente, entendió que la tipificación de la tortura era

33. Corte IDH, "Caso López Soto y otros c. Venezuela", párr. 61.

34. Corte IDH, "Caso López Soto y otros c. Venezuela", párr. 62-66.

35. Corte IDH, "Caso López Soto y otros c. Venezuela", párr. 74-76.

36. Corte IDH, "Caso López Soto y otros c. Venezuela", párr. 69.

37. Corte IDH, "Caso López Soto y otros c. Venezuela", párr. 71-72.

38. Corte IDH, "Caso López Soto y otros c. Venezuela", párr. 77-107.

39. Corte IDH, "Caso López Soto y otros c. Venezuela", párr. 3.

insuficiente dado que solo se circunscribía a casos de personas que se hallaban bajo la custodia estatal.<sup>40</sup>

Por otro lado, al expedirse sobre la esclavitud sexual, la Corte recurrió a los elementos utilizados por el TPIY en *Kunarac*.<sup>41</sup> Además, tuvo en cuenta la perspectiva de la víctima para interpretar la percepción de la coacción que sobre ella se ejercía.<sup>42</sup> El ejercicio de propiedad del agresor se tradujo en el control físico, dado que la mantenía amarrada o esposada, y psicológico porque la amenazaba y resaltaba constantemente su poder en términos políticos y sociales. Aún más, el dominio se proyectaba sobre cada aspecto de su vida: alimentación, necesidades fisiológicas, su sexualidad e incluso psicológico reduciéndola así a un estado de indefensión total.<sup>43</sup> Los actos de carácter sexual que abarcaron agresiones físicas, psicológicas y verbales, fueron reiterados.<sup>44</sup> De este modo, las limitaciones a su autonomía sexual, a la facultad de decidir sobre su propia actividad sexual e integridad corporal demuestran el ejercicio de dominio sobre ella. En este sentido, al verificarse una situación de esclavitud sexual se afecta no solo la personalidad jurídica de la víctima, sino también otros derechos conexos como la integridad personal, la libertad personal y la dignidad.<sup>45</sup>

En cuanto a la responsabilidad internacional de Venezuela, el Tribunal concluyó que, en este caso, las autoridades policiales no solo habían tomado conocimiento de una situación de riesgo para Linda Loaiza, sino que también contaban con la información sobre la identidad del autor, su descripción física y los datos de su teléfono que habían sido aportados por la hermana de la víctima en sus denuncias.<sup>46</sup> De esta manera, el Estado no solo había fallado en desactivar dicho riesgo, sino que también había tolerado la violación a sus derechos actuando de forma aquiescente.<sup>47</sup>

40. Corte IDH, "Caso López Soto y otros c. Venezuela", párr. 154.

41. Corte IDH, "Caso López Soto y otros c. Venezuela", párr. 176-177.

42. Corte IDH, "Caso López Soto y otros c. Venezuela", párr. 177.

43. Corte IDH, "Caso López Soto y otros c. Venezuela", párr. 182.

44. Corte IDH, "Caso López Soto y otros c. Venezuela", párr. 182.

45. Corte IDH, "Caso López Soto y otros c. Venezuela", párr. 180.

46. Corte IDH, "Caso López Soto y otros c. Venezuela", párr. 166.

47. Corte IDH, "Caso López Soto y otros c. Venezuela", párr. 172.

## VI. CONCLUSIÓN

La Convención Americana fue suscrita en 1969.<sup>48</sup> Probablemente en aquel momento la prohibición de la esclavitud englobaba un universo más limitado de significados. No obstante, tal como lo ha señalado la Corte IDH<sup>49</sup> y su par europeo,<sup>50</sup> los tratados de DD.HH son instrumentos "vivos" que deben interpretarse de acuerdo con la evolución de los tiempos y cambios sociales.<sup>51</sup>

Visibilizar la naturaleza "sexual" de la esclavitud, permite reconocer una modalidad más específica de esta práctica que afecta desproporcionadamente a las mujeres, pues es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales<sup>52</sup> y constituye un modo de discriminación incompatible con la noción de igualdad que subyace en la concepción ontológica de los DD.HH. Así, el "llamado de atención" de la Corte IDH a un Estado como Venezuela, nunca antes condenado por un caso de violencia de género en el ámbito interamericano, implica un avance en la protección de los derechos de las mujeres en el continente.

En tiempos en los que la violencia de género se proyecta como un problema social de dimensiones globales,<sup>53</sup> celebramos la decisión de la Corte IDH, dado que reafirma la necesidad urgente de prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres.

## BIBLIOGRAFÍA

Asamblea de los Estados Partes, Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional, Primer Período de Sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Artavia Murillo y otros ('Fecundación in vitro') c. Costa Rica", 28/11/2012, Serie C No. 257.

—, "Caso Fernández Ortega y otros c. México", 30/08/2010, Serie C No. 215.

48. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22/11/1969.

49. Corte IDH, "Caso Artavia Murillo y otros", párr. 245.

50. TEDH, "Caso Tyrer Vs. Reino Unido", párr. 31.

51. Corte IDH, "Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil...", párr. 245.

52. Corte IDH, "Caso López Soto y otros c. Venezuela", párr. 183.

53. SEGATO, *Las estructuras elementales de la violencia*....

- , "Caso González y otras c. México", 16/11/2009, Serie C No. 205.
- , "Caso Gutiérrez Hernández y otros c. Guatemala", 24/08/2017, Serie C No. 339.
- , "Caso López Soto y otros c. Venezuela", 26/09/2018, Serie C No. 362.
- , "Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil", 20/10/2016, Serie C No. 318.
- , "Caso V.R.P., V.P.C y otros c. Nicaragua", 08/03/2018, Serie C No. 350.
- , "Caso Velásquez Paiz y otros c. Guatemala", 19/11/2015, Serie C No. 307.
- , "Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala", 19/05/2014, Serie C No. 277.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, 20/01/2007, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68.
- , Comunidades Cautivas: Situación del Pueblo Indígena Guaraní y Formas Contemporáneas de Esclavitud en el Chaco de Bolivia, 24/12/2009, OEA/Ser.L/V.II, Doc.58.
- , Informe No. 4/01, María Eugenia Morales de Sierra. Guatemala, 19/01/2001, Caso 11.625.
- , Informe No. 54/01, Maria Da Penha Maia Fernandes, 16/04/2001, Caso 12.051.
- Convención sobre la Esclavitud, 25/09/1926, Ginebra, e.v. 09/03/1927, UNTS I-1414.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22/11/1969, San José, e.v. 18/07/1978, UNTS I-17955.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 06/09/1994, Belem do Pará, e.v. 03/05/1995.
- Convenio de Ginebra Relativo a la Protección de las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, 12/08/1949, Ginebra, e.v. 21/10/1950, UNTS I- 973.
- Corte Internacional de Justicia, "Caso Concerniente a la Compañía Barcelona Traction, Light and Power (Bélgica c. España)", 05/02/1970.
- Corte Penal Internacional, "Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, Decisión de confirmación de cargos", 30/09/2008.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17/07/1998, Roma, e.v. 01/07/2002, UNTS 3-2187.
- GOLDSTONE HON, Richard, J., "Prosecuting Rape as a War Crime", en *Caso Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 34, No. 3, 2002.



- MILLER, Alice M., “Sexuality, Violence against Women, and Human Rights: Women make demands and Ladies Get Protection”, en *Health and Human Rights*, Vol. 7, No. 2, 2004.
- MESECVI, Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos, 19/09/2014, OEA/Ser.L/II.7.10.
- Organización de las Naciones Unidas, A/HRC/15/20, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud, Incluidas sus Causas y Consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian, 15º Período de Sesiones, 28/06/2010.
- , Consejo Económico y Social, E/CN.4/Sub.2/1998/13, Contemporary Forms of Slavery, Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict. Final Report Submitted by Ms. Gay J. McDougall, 22/06/1998.
- SEGATO, Rita, *Las estructuras elementales de la violencia: Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, 1ª Edición, Editorial Prometeo 3010, 2003, Buenos Aires.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Caso Tyrer Vs. Reino Unido”, 25/04/1978, No. 5856/72.
- Tribunal Internacional Penal para la Ex Yugoslavia, “Fiscal c. Dragoljub Kunarac y otros”, 12/06/2002, Sentencia, IT-96-23& IT-96-23/1-A, Sala de Apelaciones.
- , “Fiscal c. Dragoljub Kunarac y otros”, 22/02/2001, Sentencia, IT-96-23& IT-96-23/1-T, Sala de Juicio.



## DE MARGINALES Y ELECCIONES: UNA APROXIMACIÓN A LAS RESTRICCIONES AL DERECHO AL VOTO DE LOS CONDENADOS\*

JUAN MARTÍN SCARRAMBERG\*\*

**Resumen:** En el presente trabajo se analizarán las restricciones existentes al derecho al voto de las personas que poseen una condena firme. Si bien la Cámara Nacional Electoral se ha pronunciado y ha declarado la inconstitucionalidad de dichas limitaciones, los hechos demuestran que aún no se ha avanzado en pos de garantizar el efectivo ejercicio del derecho. Una combinación de desidia legislativa y retraimiento judicial son el combo perfecto para ello. El artículo procura insertar estas restricciones dentro de un conjunto mayor, signado por las sistemáticas vulneraciones a los derechos de los reos, y dar la pauta de que avanzar en estas reparaciones, constituye una deuda de nuestra democracia.

**Palabras clave:** derecho al voto – elecciones – condenados – cárceles – cámara nacional electoral

**Abstract:** This paper will analyze the existing restrictions on the right to vote of people who have been convicted. Although the electoral justice has declared unconstitutional these limitations, reality shows that progress has not yet been made in order to guarantee the effective exercise of the right. Legislative neglect and judicial abandon are the perfect combo for it. The article tries to insert these restrictions within a larger set, marked by the systematic violations of the rights of the inmates, and to give the guideline that advancing in these reparations constitutes a debt of our democracy.

**Keywords:** right to vote – elections – convicted – jails – electoral justice

\* Este trabajo obtuvo el segundo puesto en el V Concurso de Ensayos Breves sobre "Debates sociales actuales".

\*\* Estudiante de Derecho (UBA) y Licenciado en Ciencia Política (UBA).

## I. INTRODUCCIÓN

1994. Reunida en la ciudad de Santa Fe, la Asamblea Constituyente llevó adelante la más significativa modificación del texto constitucional desde la sucedida en el año 1949.<sup>1</sup> Amén de lo que pueda decirse respecto de su génesis y de los intereses que motivaron el proceso,<sup>2</sup> su resultado demostró un indudable empeño en dejar atrás nuestro pasado y su recurrente espiral de violencia y de autoritarismo, así como un afloramiento de posiciones y miradas respetuosas de los derechos humanos.<sup>3</sup>

Sin embargo, durante los meses de septiembre y octubre de ese año, serios incidentes se produjeron en numerosos establecimientos carcelarios del país. Con elevados niveles de adhesión, los presos reclamaban por mejoras en las condiciones de detención y por la sanción de una ley que permitiera la excarcelación de los detenidos sin condena firme.<sup>4</sup> El propio ministro de justicia Barra admitía que las condiciones de las cárceles de Devoto y Caseros "eran dos vergüenzas para el país".<sup>5</sup>

Casi veinticinco años de esa reforma constitucional,<sup>6</sup> la situación carcelaria en la Argentina no dista demasiado de aquel panorama. Para muestras sobra un botón; en el mes de abril, el Relator Especial de las Naciones Unidas emitió un informe preliminar respecto de las condiciones de detención en comisarías y penitenciarias, calificándolas de "incompatibles con la dignidad humana".<sup>7</sup>

En tiempos en que la imagen de los "presos" se construye principalmente a partir de burdas caracterizaciones efectuadas por ficciones televisivas,<sup>8</sup> entendemos necesario desterrar ciertas visiones deshumanizantes que se hacen de estos. Indagar en el estudio de las restricciones impuestas a los condenados para ejercer el derecho al voto, aspecto sensible-

1. Reforma que fuera declarada nula por la Revolución Libertadora.

2. Puede consultarse, ACUÑA, "Algunas notas sobre los juegos, gallinas y (...)".

3. En este sentido, véanse, entre muchos otros, los artículos 36 a 38 y el 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

4. Finalmente, se sancionó la Ley N° 24.390, del "2x1".

5. Citado en CELS, "Situación carcelaria", p. 122.

6. Incluyendo significativos pronunciamientos como CSJN, "Verbitsky" y Corte IDH "Caso de las penitenciarias de Mendoza".

7. Relator Especial ONU, *Observaciones preliminares y recomendaciones*.

8. Ver, por ejemplo, *Página 12*, "Prejuicios, denuncias y verdades" y *Clarín*, "El Marginal bajo la mirada de los verdaderos presos".

mente vinculado con la idea de ciudadanía,<sup>9</sup> es solo una –pequeña– parte dentro de esa tarea.

En el año 2016, la Cámara Nacional Electoral, en una decisión que pareció haber zanjado el debate, declaró la inconstitucionalidad de la legislación que impide a los condenados votar. Empero, la realidad demarca que en los hechos –que, a fin de cuentas, resultan ser lo más importante en el Derecho–<sup>10</sup> la situación no se ha modificado.

## II. LOS NÚMEROS<sup>11</sup>

Liminarmente, resulta ilustrativo exponer algunos números en materia de población carcelaria. Ellos nos brindan una primera aproximación y nos colocan en situación respecto de aquello que se halla en debate en el presente trabajo.

Los datos publicados por la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN) señalan que, para el año 2016, el número de personas privadas de su libertad oscilaba entre las 78.284 y las 83.998.<sup>12</sup> En tal sentido, se percibe un dramático incremento en los últimos 20 años, si solo se observa que hacia 1997 la totalidad de presos se ubicaba en los 29.690.

Respecto de la situación procesal de los presos, la Procuración Penitenciaria en su informe anual del 2017 destacó que en 2016 –y por primera vez desde que se publicaron estadísticas oficiales– el porcentaje de condenados (51%; 39.373) era mayor al de procesados (48%; 36.374), aunque, como se ve, con poca distancia.

Esta situación se revierte en el caso de los establecimientos del Servicio Penitenciario Federal. Para el año 2016, de 10.599 presos, 4.465 (42,12%) se hallaban condenados y 6.498 (57,88%) procesados. Por su parte, en 2017, del total de 11.857 de personas privadas de su libertad, 5.087 (42,90%) poseían condena firme, mientras que 6.770 (57,10%) se encontraban procesadas.

9. MARSHALL, *Ciudadanía y clase social*, p. 308.

10. GORDILLO, "¿Cómo leer una sentencia?", p. 42.

11. Los datos se extrajeron de Procuración Penitenciaria de la Nación, "Informe Anual del 2017" y "Boletín Estadístico N° 11".

12. El organismo manifiesta que la diferencia radica en las dificultades para recabar y clasificar estos datos, así como en la ausencia de datos de determinadas jurisdicciones.

Lo reseñado no refleja más que una muy simplificada parcialidad dentro de un complejo universo, cuyo acabado análisis excede con creces nuestras intenciones. Solo se procura dejar asentado que, en las elecciones del año 2017, miles de personas<sup>13</sup> se vieron privadas de ejercer su derecho al voto y que otras tantas se encontraran en la misma posición en las venideras del año 2019.

### III. LA NORMA

Las normas constitucionales, convencionales y legales que regulan la materia electoral disponen, en un primer momento, un reconocimiento "universal" del derecho al voto. Sin embargo, esta universalidad, luego, será restringida mediante categorías que delinearán el conjunto poblacional que podrá efectivamente ejercerlo, categorías tales como la nacionalidad, la edad o –en lo que aquí interesa– la situación penal. Ellas resultarán válidas si superan el correspondiente control de razonabilidad.<sup>14</sup>

Así, la Constitución Nacional "garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio" (art. 37, CN, en igual sentido art. 25, PIDCP, art. 20, DADH y art. 21, DUDDH).

Similar disposición encontramos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Empero, esta faculta a la ley a reglamentar el ejercicio de los derechos políticos exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

En este contexto, y recogiendo el guante, en el artículo 3°, incisos e, f y g, el Código Electoral Nacional excluye del padrón electoral a i) los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y, por sentencia

13. El número total de potenciales electores es difícil de precisar pues no todos los condenados se encontrarían en condiciones de votar. Solo son electores los argentinos nativos y por opción, desde los 16 años, y los naturalizados, desde los 18 (art. 1°, Código Electoral), de modo que al total correspondería restarle los sujetos que no reúnan estos recaudos.

14. CSJN, Hoof, Pedro C. F., y CSJN, Gottschau, Evelyn Patrizia en igual sentido GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, p. 517.

ejecutoriada, por el término de la condena; ii) los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, por el término de tres años o seis en caso de reincidencia; y iii) los sancionados por la infracción de deserción calificada, por el doble término de la sanción, entre los que aquí importan.

Por su parte, el Código Penal dispone que la reclusión y la prisión por más de tres años importará la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y que aquella conlleva la privación del derecho electoral (arts. 12 y 19, CP).

#### IV. LA SENTENCIA

El día 24/05/2016, la Cámara Nacional Electoral (en adelante, CNE) dictó sentencia en la causa colectiva "Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/ Estado Nacional s/ amparo" (Expte. CNE N° 3451/2014) y declaró la inconstitucionalidad de las normas electorales y penales reseñadas *supra*.<sup>15</sup>

Para adoptar esa decisión, los magistrados sostuvieron que, tratándose de derechos fundamentales de raigambre constitucional y convencional, la regla de interpretación debía ser la de no restricción, teniendo que ser razonable su reglamentación. Para ello, debía guardar suficiente relación con la finalidad que justificase su aplicación.

En tal sentido, destacaron que el Estado Nacional no explicitó cuál habría sido la finalidad perseguida mediante la restricción del voto de los condenados, hallándose ausente el primer requisito para la privación de un derecho esencial como lo es votar.

Añadieron que, sin perjuicio de que en ciertos supuestos se podría considerar justificada la aplicación de la pena accesoria de inhabilitación, las disposiciones cuestionadas imponían restricciones genéricas y de carácter automático, que no guardaban relación con la situación penal del condenado. Por el contrario, se adoptaban por la mera condición de "condenado" o "sancionado", adquiriendo un carácter represivo adicional a la pena impuesta. No se trataba, por el caso, de la pérdida de derechos políti-

15. Ello, sin perjuicio de resoluciones dictadas con anterioridad por otros tribunales, citadas en esa sentencia.

cos como sanción autónoma, sino como "pena accesoria automática".

Para más, agregaron que una limitación de esta estirpe implicaba una restricción indebida al derecho al sufragio que no podía ser avalada, máxime cuando este se ejercía en interés de la comunidad política y no en el del ciudadano individualmente considerado.

Finalmente, siguiendo la línea de lo resuelto en el expediente "Mignone",<sup>16</sup> entendieron que el ejercicio del derecho se hallaba sujeto a la reglamentación que efectuaran los poderes políticos. La incorporación en el padrón electoral de las personas con condena penal, sostuvieron, requería que "el Poder Legislativo, en ejercicio de atribuciones que le son propias y exclusivas (*Cfr.* artículo 77 de la Constitución Nacional), sancion[ase] un nuevo marco reglamentario" (considerando 17), por lo que ordenaron poner en su conocimiento lo decidido.

## V. LA REALIDAD

Gordillo sostiene que no son los largos considerandos, la abundancia de citas o las arduas discusiones lo que hace que un fallo sea importante, sino lo que efectivamente decide.<sup>17</sup> Habiendo transcurrido más de dos años desde el dictado de la sentencia en "Procuración Penitenciaria de la Nación" –con una elección en el medio–, en la práctica, el reconocimiento de los derechos de los condenados ha resultado ilusorio.

El señor C. A., condenado a la pena de tres años, dedujo recurso de apelación contra la decisión de primera instancia que lo inhabilitó en el ejercicio de sus derechos políticos. La CNE desestimó su petición. Ello, sosteniendo que, si se incluyera al requirente en el padrón electoral, se estaría invadiendo la esfera de atribuciones que la Constitución Nacional reservada al Poder Legislativo, además de que la incorporación casuística generaría situaciones de manifiesta desigualdad en cuanto a la posibilidad real de emisión del voto, según las circunstancias procesales o fácticas de cada reo.<sup>18</sup>

16. En dicho precedente se declaró la inconstitucionalidad del artículo 3º, inciso d, del Código Nacional Electoral que vedaba el voto a los detenidos sin condena. CSJN, Mignone, Emilio Fermin.

17. GORDILLO, "¿Cómo leer una sentencia?", p. 40.

18. CNE, "Expediente N° 7203/2016". Esta es una de las tantas causas que resolvió en idéntico sentido.



Entendemos que la respuesta brindada por el tribunal no se sustenta sino en una fundamentación aparente y sustancialmente dogmática.

Es correcta la deferencia que hace el tribunal hacia el Poder Legislativo en una materia como la de estudio; creemos que no le corresponde al Poder Judicial jugar al rol del juez-legislador. Empero, cuando se retacean las respuestas, la deferencia debe dejarse de lado; se esperan otras reacciones frente a la omisión legislativa.

En estos últimos dos años, el Congreso de la Nación no ha sabido brindar una respuesta a la situación en análisis. La Cámara de Diputados de la Nación vio ingresar dos expedientes, girados a las comisiones de Asuntos Constituciones y Legislación Penal,<sup>19</sup> sin que a la fecha fueran tratados. Asimismo, no se encontraron datos de proyectos del estilo ingresados en el Senado de la Nación en el período.

La Corte Suprema, al dictar sentencia en "Badaro",<sup>20</sup> sostuvo que la misión más delicada de la Justicia resulta ser la de saber mantenerse dentro del ámbito de su jurisdicción y no invadir las esferas de los demás poderes. En consecuencia, requirió a las autoridades pertinentes que adoptaran las medidas necesarias frente a la omisión de disponer un ajuste por movilidad, situación que vulneraba el derecho del actor.

Sin embargo, ante el silencio legislativo, y luego de considerar vencido el plazo prudencial conferido, en "Badaro"<sup>21</sup> declaró la inconstitucionalidad del artículo 7, inciso 2°, de la Ley N° 24.463 y otorgó una real respuesta a la petición del jubilado. Esto, incluso aunque se trataba de una sentencia en materia previsional con una fuerte incidencia presupuestaria.

Los tribunales no pueden hacerse los desentendidos frente a situaciones de vulneración de derechos que se extienden en el tiempo sin solución de continuidad y que han sido reconocidos por ellos mismos. La prolongación *sine die* de este escenario no constituye, en el caso, sino la supresión del derecho que se dice querer garantizar.

Pero, por otra parte, la Cámara Nacional Electoral cuenta con las herramientas necesarias para poner fin a esta situación.

Mediante la Ley N° 25.858 el Congreso de la Nación creó el subregistro de Electores Privados de la Libertad, con los datos de todos los proce-

19. Los expedientes N° 5735-D-2016 y N° 955-D-2018. Este último, reproducción del anterior al haber perdido estado parlamentario.

20. CSJN, "Badaro".

21. CSJN, "Badaro".

sados alojados en los establecimientos carcelarios, y ordenó la habilitación de mesas de votación en estos. Este subregistro se inserta dentro del Registro Nacional de Electores dependiente de la CNE, autoridad competente para disponer su organización, confección y actualización.

Se ha dicho que las declaraciones, derechos y garantías no son simples fórmulas teóricas, sino que cada artículo que los contiene posee fuerza obligatoria, debiendo los jueces aplicarlos en la plenitud de su sentido, sin alterarlos o debilitarlos.<sup>22</sup> La Cámara Electoral no puede excusarse — como sostuvo— en que la reglamentación hace alusión exclusivamente a la situación de “procesados con prisión preventiva” para considerar que se encuentra imposibilitada de incorporar a los condenados en el registro.

Habiendo reconocido la inconstitucionalidad de la restricción, escudarse en una formalidad e impedir el ejercicio de un derecho de fuente constitucional y convencional, aparece contrario a aquella prohibición de invocar disposiciones de carácter interno para incumplir obligaciones internacionales.

Tampoco resulta apropiado sostener que la incorporación casuística de los condenados al registro generaría desigualdad entre ellos, en virtud de las distintas circunstancias procesales y fácticas en que se hallan. El tribunal parece abonar la tesis de que es preferible violar los derechos de todos los condenados, a enmendar —aunque sea— la situación de los que accionen judicialmente, lo que no se traduce como una posición propia de quien debe garantizar derechos.

Pero, por otra parte, la invocación de meras razones instrumentales no resulta un justificativo para perpetuar una situación de conculcación de derechos. La Cámara no ha fundamentado debidamente cuáles son las restricciones materiales que imposibilitarían organizar las elecciones para este colectivo y cómo se diferencia su situación respecto de la de los detenidos sin condena. Ello, máxime si se considera que, para las elecciones del 2015, se dispusieron 240 mesas en 217 unidades carcelarias alrededor del país.<sup>23</sup>

Finalmente, agregamos que, no obsta a lo expuesto, lo señalado respecto de que la declaración de inconstitucionalidad de las restricciones realizadas en forma “genérica” no impide que el Legislativo regule la inhabilitación en determinados supuestos como la corrupción, crimen orga-

22. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, p. 102 y CSJN, “Halabi”.

23. Basado en datos otorgados por la Cámara Nacional Electoral.

nizado, etcétera.

Ello pues, amén de que a la fecha el Congreso no se ha expedido, lo que pueda llegar a disponer es privativo de ese Poder. No compete a la Cámara Nacional Electoral definir o supeditar sus decisiones a potenciales marcos normativos alternativos, pues –paradójicamente– se encontraría excediendo el ámbito de sus atribuciones. Ese tribunal debe únicamente expedirse respecto de la constitucionalidad de la norma tal como se encuentra, hoy en día, redactada.

## VI. CONCLUSIONES

Como se dijo, la conculcación de los derechos de quienes se encuentran alojados en los penales argentinos resulta moneda corriente en el desarrollo de la vida carcelaria diaria. La existencia de condiciones indignas de detención no abreva ni se agota exclusivamente en penosas condiciones de habitabilidad o en situaciones de vulneración de la integridad física de los reclusos. Existen otras esferas donde se proyecta –también– esa indignidad, y es en ellas donde se buscó insertar el presente artículo.

La defensa de la dignidad de toda persona humana y el respeto de todos los derechos inherentes a ella –y aunque a alguno no le guste, incluso de quienes transgredieron la ley– resulta un valor ineludible dentro un Estado de Derecho que se precie de tal.

La Constitución Nacional es el mandato que, independientemente de nuestras convicciones políticas o ideológicas y de nuestras preferencias acerca de la manera en que se deberían tratar los asuntos comunes, todos debemos respetar.<sup>24</sup> Dictar una resolución reconociendo que una norma resulta contraria a ella y no hacerla cumplir por las razones antedichas, es restringir el ejercicio de un derecho, injustamente.

Privar a los condenados del derecho a votar, anularles ese derecho sin miramientos, implica continuar recortando los lazos que los ligan con la *polis*. Es considerar que hay ciertas personas que no son moralmente dignas de votar y es perder un medio importante para enseñar valores democráticos y el sentido de la responsabilidad social.<sup>25</sup>

24. CSJN, "Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino...", disidencia de Rosenkrantz.

25. CNE, "Expediente N° 3451/2014".

El efectivo reconocimiento de los derechos de los presos (y de su derecho al voto), constituye una de las tantas deudas de nuestra, no tan incipiente, democracia y exige, en consecuencia, dejar de lado soluciones mezquinas.

Firmar una sentencia es fácil. Garantizar el ejercicio del derecho es lo difícil.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA, Carlos H., "Algunas notas sobre los juegos, gallinas y la lógica política de los pactos constitucionales", en ACUÑA Carlos H. (comp.), *La nueva matriz política argentina*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1995.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2009.
- CELS, "Situación carcelaria", en *Informe sobre la situación de los DDHH en la Argentina*, 1994, URL <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/10/IA1994-Situacion-carcelaria.pdf> consultado 07/12/2018.
- Clarín, "El Marginal bajo la mirada de los verdaderos presos", 20/07/2018, URL [https://www.clarin.com/policiales/marginal-mirada-verdaderos-presos-realidad-pura-ficcion\\_0\\_SyAI38y4Q.html](https://www.clarin.com/policiales/marginal-mirada-verdaderos-presos-realidad-pura-ficcion_0_SyAI38y4Q.html) consultado 08/12/2018.
- Cámara Nacional Electoral, "Expediente N° 7203/2016", 14/06/2018.
- , "Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/Estado Nacional s/ amparo", "Expediente N°3451/2014".
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Badaro", "Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses s/ reajustes varios", 08/08/2006, *Fallos* 329:3089.
- , "Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo", 08/08/2006, *Fallos* 329:2986
- , "Halabi", "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 -dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", 24/02/2009, *Fallos* 332:111.
- , "Hoofft, Pedro C. F. c. Provincia de Buenos Aires", 16/11/2014, *Fallos* 327:5118.
- , "Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo", *Fallos* 325:524.
- , "Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ inf. art. 144 bis inc. 1 -último

párrafo— según ley 14.616, privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 1), privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 5), inf. art. 144 ter 10 párrafo —según ley 14.616—, inf. art. 144 ter 2° párrafo —según ley 14.616—, homicidio agravado con ensañamiento —alevosía, sustracción de menores de diez años (art. 146)— texto original del C.P. ley 11.179 y supresión del est. civ. de un menor”, 04/12/2018.

GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2015.

GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, Buenos Aires, Estrada Editores, 1951.

GORDILLO, Agustín, “¿Cómo leer una sentencia?”, en *Actualidad en el Derecho Público*, N° 14, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2001.

MARSHALL, Thomas H., *Ciudadanía y clase social*, Buenos Aires, Losada, 2015.

Página 12, “Prejuicios, denuncias y verdades”, 28/07/2018, URL <https://www.pagina12.com.ar/131564-prejuicios-denuncias-verdades> consultado 08/12/2018.

Procuración Penitenciaria de la Nación, “Boletín Estadístico N° 11”, año 2018, URL <https://ppn.gov.ar/documentos>.

—, “Informe anual”, año 2017 URL <https://ppn.gov.ar/documentos>.

Relator Especial ONU sobre Sobre Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, *Observaciones preliminares y recomendaciones*, informe abril 2018.



## LA IMPORTANCIA DE LA CLÁUSULA MARTENS EN LA REGULACIÓN DEL USO DE DRONES DURANTE CONFLICTOS ARMADOS\*

IVANA MARÍA TOCINO\*\*

**Resumen:** Este trabajo hace una reflexión sobre el rol de los Estados en la utilización de los llamados vehículos aéreos no tripulados (VANT) o mejor conocidos como "drones" y del papel preponderante en el que se ubica la Cláusula Martens ante la falta de una reglamentación específica en su uso. La investigación, asimismo, realiza un breve repaso sobre la evolución de dicha cláusula, así como su jurisprudencia y el papel que juegan los Convenios de Ginebra en el uso de los *drones*. Se busca analizar los problemas que la falta de normativas trae aparejado, así como también la necesidad de una codificación estricta y un acatamiento formal de los Estados Partes para una utilización que se ajuste a las normas y a la finalidad de los Convenios de Ginebra y del Derecho Internacional Humanitario.

**Palabras clave:** cláusula martens – derecho internacional humanitario – drones – convenio de ginebra

**Abstract:** This essay reflects upon the role of the State on the usage of unmanned aerial vehicles (UAVs), better known as drones, and the preponderant aspect of the Martens Clause in the face of the lack of specific regulations on their use. Likewise, the investigation glosses over the evolution of the aforementioned clause, and its jurisprudence on the crossover with the Geneva Agreements on drones. This way I aim to analyze said clauses, the necessity of a strict codifi-

\* Recepción del original: 21/08/2018. Aceptación: 25/09/2018.

\*\* Estudiante de Abogacía, especializada en Derecho Internacional Público orientado en el Derecho Internacional Humanitario, Migrantes y Refugiados. Agradezco con mucho cariño a mi profesora, Claudia Gasol Varela, por su incentivo y su gratitud a la hora de ayudarme a dar mi primer paso en mi formación profesional. Y a mi familia, por el apoyo y amor incondicional. El presente trabajo ha sido elaborado en el marco de un curso de CPO orientado a la investigación.

cation, and State compliance, so these vehicles can be handled according to the Geneva Convention agreements and International Human Rights laws.

**Keywords:** martens clause – international humanitarian law – drones – geneva convention

## I. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este trabajo es elaborar una somera reflexión respecto de la trascendencia que tiene la Cláusula Martens en la utilización de los drones y de esta manera poder abrir el campo de debate para un empleo racional, regulado y limitado de dicho artefacto. En este sentido, partimos de un análisis breve y estructurado de los orígenes de esta fuente en el contexto del Derecho Internacional Humanitario, sistematizamos la problemática y las posibles soluciones respecto de la utilización de los drones en conflictos armados con el objetivo de que la comunidad internacional ahonde en la reglamentación del uso de drones en una sociedad que cada día da pasos agigantados en lo que respecta a materia tecnológica y científica dentro del campo de los enfrentamientos armados.

## II. CONCEPTOS BÁSICOS Y PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS

Desde los últimos diez años se ha acelerado de manera exponencial el uso de los vehículos aéreos no tripulados (VANT) o mejor conocidos como drones. Una de las causas que puede observarse en el desarrollo de la nanotecnología, así como también la informática, para influir en la creación de este tipo de armamentos con fines militares y de combate. Sin embargo, los usos de los VANT son de larga data, autores afirman que podemos encontrar antecedentes en la Primera Guerra Mundial, la Segunda Guerra Mundial e incluso durante la Guerra de Vietnam. Si bien en aquellas épocas tenía una función de vigilancia, no fue sino hasta el conflicto en Vietnam que se utilizó para el combate propiamente dicho.

Este tipo de armas son comúnmente llamadas “armas autónomas” puesto que “son capaces de llevar a cabo una misión con intervención



limitada del hombre o sin esta".<sup>1</sup> En virtud de estos avances los Estados interesados y experimentados en los conflictos armados buscan un nuevo modo de batalla –llamado “guerra limpia”– sin la necesidad de tantas bajas en ambos bandos y donde las fallas sean mínimas en contraste a si se utilizasen otros armamentos. Se calcula que aproximadamente 70 Estados cuentan con drones, si bien la mayoría de ellos tienen una capacidad limitada, países como EE. UU.; Reino Unido e Israel, cuentan con drones que ya han sido utilizados en combates reales.<sup>2</sup>

El conflicto que se presenta a raíz de este nuevo panorama es la falta de regulación expresa sobre este asunto, así como las implicancias morales y éticas que conlleva el uso deliberado de estas armas. Aquí es donde juega un papel central el Derecho Internacional Humanitario (DIH) o *Jus in Bello*. Este no prohíbe ni permite el *Jus ad Bellum*, esto es el derecho a hacer la guerra, pero cumple la función de proteger a las víctimas, limitar los medios empleados para el combate y “humanizar” las consecuencias de dichos conflictos. En consecuencia, las normas que son parte del Derecho Internacional Humanitario, incluidos los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, así como las Convenciones de la Haya, entre otros, tienen la función de establecer los medios más “aceptables” a la hora de combatir y los procedimientos necesarios para proteger a las víctimas, ciudadanos y partícipes de los conflictos.

Los Convenios de Ginebra son de carácter universal puesto que han sido ratificados por todos los Estados, sin embargo, sus Protocolos no poseen este carácter ya que no fueron ratificados por la totalidad de los Estados, siendo imposible que estos los reconozcan como fuente internacional de obligaciones; una cuestión importante que debe ser mencionada es la función que cumplen estos instrumentos: en tanto los Convenios de Ginebra protegen a heridos y enfermos de las fuerzas armadas, a las víctimas de guerras marítimas, a prisioneros civiles y prisioneros de guerra durante conflictos armados de carácter internacional, los Protocolos Adicionales tienen como meta la regulación de las normas que dicten cómo debe librarse las guerras y con qué métodos (Protocolo Adicional I), así como la protección de civiles en conflictos armados no internacionales (Protocolo II) y la protección de un nuevo emblema (Protocolo III).<sup>3</sup>

1. GORRÍN MERIDA, “Las armas autónomas y el Derecho Internacional Humanitario”, p. 1.

2. PIGRAU, “Presentación”, pp. 6-7.

3. Protocolos adicionales I y II de los Convenios de Ginebra, 08/06/1977.

Respecto al empleo de *drones* y la falta de regulación de esta cabe la posibilidad de encontrar una respuesta en el artículo 36 del Protocolo Adicional I de Ginebra que dicta lo siguiente en materia de armas nuevas:

“Cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante”.<sup>4</sup>

Sin embargo, y como habíamos mencionado *ut supra* dicha norma no pertenece a un instrumento de carácter universal por lo que su obligatoriedad, en principio, no es total. Más adelante volveremos sobre el tema.

Frente a este panorama, entra en juego la Cláusula Martens que deviene como solución ante las lagunas normativas presentes en el Derecho Internacional Humanitario. Mediante este trabajo investigaremos si a través de la cláusula se puede regular el uso de los drones en los conflictos armados, teniendo en cuenta su trascendencia y envergadura en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario.

### III. ORIGEN DE LA CLÁUSULA MARTENS

#### III.A. Opinión doctrinaria

Esta aparece por primera vez en el año 1899 al ser parte del Preámbulo del II Convenio de la Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre del mismo año y que más tarde –en 1907– sería nuevamente reproducida en el mismo Convenio; la adopción de la cláusula se debe al delegado Ruso, Frédéric de Martens, quien ante la posibilidad de que los Estados no llegasen a un acuerdo propuso esta herramienta. La transcripción dice:

4. Protocolo Adicional I de Ginebra, 08/06/1977, art. 36.

"En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública".<sup>5</sup>

Para doctrinarios de la talla de Jean Pictet, la cláusula contiene ciertas normas que "funcionan, en cierto sentido, como la espina dorsal de un cuerpo viviente, pues proporcionan líneas directrices para casos imprevistos y constituyen un resumen completo del conjunto, que es fácil de entender e indispensable a los fines de la difusión".<sup>6</sup> En el mismo sentido, y desde el punto de vista de las fuentes del Derecho Internacional, este instrumento reenvía a principios que son fundamentales en esta área y que no dependen de la voluntad de las partes.<sup>7</sup>

Sin embargo, y previo a realizar un análisis más profundo de la cláusula, debemos mencionar que lamentablemente a la fecha no hay una definición única, y en consecuencia, hay diversas interpretaciones; por un lado podemos encontrar que la cláusula alcanza a todas las partes del Derecho Internacional Humanitario, adquiriendo un carácter general que evita las lagunas normativas;<sup>8</sup> en la *Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, se estimó que la cláusula es una norma consuetudinaria y en su carácter normativo regula las conductas de los Estados a pesar de la ausencia de una norma particular;<sup>9</sup> otra opinión establecería que en virtud de la poca cantidad de Tratados redactados de manera completa en materia de conflictos armados, es la razón por la que se establece mediante la cláusula que lo que no está prohibido, no está permitido *ipso facto*;<sup>10</sup> una tercera corriente dice que la conducta en estos conflictos se juzga –también– por los Principios del Derecho Internacional (PDI), no solo teniendo en cuenta los Tratados

5. Convención II de La Haya de 1899, 31/07/1899, Anexo.

6. PICTET, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, p. 59.

7. PÉREZ GONZÁLEZ, "La cláusula en su concepción prístina", p. 116.

8. PÉREZ GONZÁLEZ, "La cláusula en su concepción prístina", p. 116.

9. CIJ, "Opinión Consultiva de la CIJ sobre...", párr. 82.

10. TICEHURST, "La Clausula Martens y el derecho de los conflictos armados", pp. 1-4.

Internacionales (TT.II.) y la Costumbre; por último, una cuarta corriente sostiene que los Principios previamente mencionados a los que se refiere la cláusula son el resultado de tres fuentes autónomas y distintas entre sí, esto es, usos establecidos, los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública, y que los dos últimos pueden ser considerados como criterios separados y jurídicamente vinculantes.<sup>11</sup> Este último punto es una cuestión de alto debate en las esferas doctrinarias, sin embargo, se tienen como referencia la opinión que ha emitido la Corte Internacional de Justicia al demostrar la importancia de la cláusula “cuya continua existencia y aplicabilidad no cabe dudar [ya que] ha demostrado ser un medio eficaz para encarar la rápida evolución de la tecnología militar”.<sup>12</sup>

La importancia de la Cláusula Martens se ve reflejada tanto en su incorporación en los textos más importantes en lo relativo al Derecho Internacional Humanitario, esto es los Convenios de Ginebra de 1949,<sup>13</sup> como sus Protocolos Adicionales<sup>14</sup> y en las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907;<sup>15</sup> como así también en la finalidad y el objeto inmediato que persigue.

De acuerdo con la doctrinaria Elizabeth Salmón, “la finalidad de la cláusula Martens era cubrir jurídicamente aquellas situaciones que pudieran surgir en el curso de las hostilidades y no estuvieran contempladas por las normas convencionales”.<sup>16</sup> En igual sentido, Julio Barberis explica que el objetivo es evitar –en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario– el principio del Derecho Privado por el cual todo lo que no está prohibido, está permitido;<sup>17</sup> de esta manera cualquier conducta que no esté regida de manera específica debe, en función a la Cláusula Martens, someterse a las reglas del derecho consuetudinario, las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública. Así lo cree también el Comité de Derecho Internacional (CDI) al decir “(la Cláusula de Martens) [...] estipula que,

11. CHETAIL, “La contribución de la Corte Internacional...”, p. 244.

12. CIJ, “Opinión Consultiva de la CIJ sobre...”, párr. 78.

13. Convenios de Ginebra de 1949 para la Protección de las Víctimas de la Guerra, arts. 63, 62, 142 y 158, respectivamente.

14. Protocolo Adicional I de Ginebra, 08/06/1977, art. 1 (2); Protocolo Adicional II de Ginebra, 08/06/1977, Preámbulo.

15. Convención II de La Haya de 1899, 31/07/1899, Preámbulo; Convención de La Haya de 1907, 18/10/1907, Preámbulo.

16. SALMÓN, “Caracteres esenciales del DIH”, p. 34.

17. BARBERIS, “La formación de las normas jurídicas internacionales”, p. 271.

incluso en los casos no contemplados por acuerdos internacionales específicos, las personas civiles y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del derecho internacional preconizados por los usos establecidos, los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública".<sup>18</sup>

La importancia de la Cláusula Martens en lo que respecta a las fuentes del Derecho Internacional está íntimamente relacionado con la remisión a los "dictados de la conciencia pública" ya que se refieren a una variedad de proyectos de ley, declaraciones, prescripciones, resoluciones,<sup>19</sup> entre otras, que son realizadas por instituciones de bien público, comunidades religiosas u organismos altamente capacitados en la materia que realizan estudios exhaustivos creando una idea de "cuáles son las prácticas compatibles con el sentir de la humanidad y cuáles no".

Siguiendo con esta línea, definen que "el principio de humanidad y los dictados de la conciencia pública son factores moderadores lícitos (puesto que) no cabe duda de que son estos los factores que, en la práctica, han impedido que los Estados hayan empleado armas nucleares".<sup>20</sup>

### III.B. Jurisprudencia

La Cláusula Martens ha sido incluida en diversos casos jurisprudenciales a lo largo de los últimos años, muchos de los cuales sirvieron para darle una validez y un peso significativo tal como para determinar el futuro de ciertos conflictos.

Así, en el Caso Naulilaa del año 1928, el Tribunal Arbitral invocó a las "experiencias de la humanidad" para limitar el alcance de las represalias<sup>21</sup> como consecuencia de los hechos acaecidos en la región portuguesa africana de Naulilaa, el 19 de octubre de 1914, entre contingentes portugueses y alemanes que resultaron en la muerte de un funcionario y dos oficiales alemanes.<sup>22</sup>

En la bien conocida Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) del año 1996 sobre la licitud de la amenaza o del empleo

18. TICEHURST, "La Clausula Martens y el derecho de los conflictos armados", pp. 1-4.

19. TICEHURST, "La Clausula Martens y el derecho de los conflictos armados", pp. 1-4.

20. DOSWALD-BECK, "El derecho internacional humanitario y la...", p. 49.

21. RODRÍGUEZ VILLASANTE & PRIETO Y LÓPEZ SÁNCHEZ, "La aplicación de la Cláusula Martens...", p. 123.

22. CDI, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, pp. 189-190.

de armas nucleares, se hace mención al caso del Canal de Corfú indicando que “es indudable que el hecho de que un gran número de normas del derecho humanitario aplicable en caso de conflicto armado sean tan fundamentales para el respeto de la persona y constituyan ‘principios elementales de humanidad’”.<sup>23</sup> Por su parte, el Juez Shahabuddeen en su opinión disidente dedico todo un capítulo a la Cláusula Martens, quien en primer lugar realiza un análisis de la característica atemporal que posee esta, estableciendo que al momento de ser dictada autorizaba a que los términos “principios de la humanidad” y “dictados de la conciencia pública” fuesen tomados como Principios del Derecho Internacional de modo tal que su contenido variase en la aceptación de los métodos y medios de guerra así como también la tolerancia de la comunidad internacional respecto de los modos de hacer la guerra, de esta forma, en determinadas épocas podría ser utilizada como un justificativo y en otras épocas para prohibir el conflicto armado. En este sentido, se le da la razón a Jean Pictet cuando dijo “que las Declaraciones de las Convenciones de la Haya [...] en virtud de la Cláusula Martens, equivalían a Principios de Derecho Humanitario que rebasaban con mucho la convención escrita; ellos les daban, por tanto, una dimensión dinámica que no estaba sujeta a las limitaciones del tiempo”.<sup>24</sup>

En la opinión del Juez también se hace mención al Caso del Canal de Corfú del año 1949, aduciendo que “las obligaciones de Albania se basaban [...] en [...] consideraciones elementales de la humanidad”<sup>25</sup> intuyendo de esa manera la fuerza obligatoria que poseen y el carácter como fuente del derecho; sin embargo menciona que aún queda por delante entender en qué circunstancias las consideraciones de por sí solas obligan jurídicamente.

En este sentido se menciona una idea, la cual sigue esta corriente de pensamiento y que hallamos en el Caso Krupp del año 1948, donde el Tribunal Militar estima que “[el] Preámbulo [de la Convención de la Haya N° IV de 1907] es más que una declaración piadosa. Es una cláusula general que convierte los usos establecidos por las naciones civilizadas, las leyes de humanidad y los dictados de la conciencia pública

23. CIJ, “Opinión Consultiva de la CIJ sobre...”, párr. 79.

24. Mc BRIDE, “The legality of weapons for societal destruction”, p. 402.

25. CIJ, “Opinión Consultiva de la CIJ sobre...”, opinión disidente del Magistrado Shahabuddeen, p. 177.

en el criterio jurídico que habrá de aplicarse en los supuestos en que las disposiciones concretas de la Convención y las Reglas anexas a ellas no prevean determinados casos".<sup>26</sup>

Cabe mencionar que, en el ámbito penal, el Tribunal *ad hoc* para la Ex Yugoslavia estimó en el caso Martić del año 1996, "que la prohibición de atacar a la población civil en cuanto tal y a las personas civiles, y el principio general que limita los medios y métodos de hacer la guerra, emanan de las consideraciones elementales de humanidad –*which also derive from the Martens Clause*– las cuales constituyen el fundamento entero conjunto del Derecho Internacional Humanitario".<sup>27</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó a la Cláusula Martens en el Caso Barrios Altos del año 2001 en su sentencia al considerar que el hecho de encontrarse en numerosos Convenios del Derecho Internacional Humanitario es suficiente razón para que sea considerada como fuente material del Derecho Internacional Humanitario,<sup>28</sup> y va más allá al decir que la doctrina contemporánea la considera como fuente general del Derecho Internacional General de manera que "nadie osaría hoy negar que las 'leyes de humanidad' y las 'exigencias de la conciencia pública' invocadas por la Cláusula Martens pertenecen al dominio del *jus cogens*". La referida cláusula, como un todo, ha sido concebida y reiteradamente afirmada, en última instancia, en beneficio de todo el género humano, manteniendo así su gran actualidad. Se la puede considerar como expresión de la razón de la humanidad imponiendo límites a la razón de Estado (*raison d'État*).<sup>29</sup>

A modo de conclusión de este capítulo podemos señalar que existen diversas opiniones en cuanto a considerar a la Cláusula Martens como una fuente de obligaciones para los Estados. Como hemos visto, hay quienes toman a la cláusula como una fuente material del Derecho Internacional (tal como lo hemos visto en el Caso Barrios Altos) y otros como un

26. CIJ, "Opinión Consultiva de la CIJ sobre...", opinión disidente del Magistrado Shahabuddeen, p. 177.

27. RODRÍGUEZ VILLASANTE & PRIETO Y LÓPEZ SÁNCHEZ, "La Cláusula Martens en el contexto...", p. 129.

28. Corte IDH, "Barrios Altos vs. Perú", voto concurrente del Juez Cançado Trindade, considerando 25.

29. Corte IDH, "Barrios Altos vs. Perú", voto concurrente del Juez Cançado Trindade, considerando 25.

mecanismo de seguridad o "un modo particular de formación de normas [...] internacionales",<sup>30</sup> de acuerdo con el autor los "usos establecidos entre naciones civilizadas" son una referencia a la costumbre, algo que no incorpora nada nuevo desde el punto de vista del Derecho Internacional, sin embargo, tanto "las leyes de la humanidad" como "las exigencias de la conciencia pública" si bien no tienen relevancia jurídica de por sí solas, es gracias a la misma cláusula que pasan a tenerlo.<sup>31</sup> Es decir que son justamente estos dos principios los que le dan el carácter de fuente creadora de obligaciones.

Si bien no estamos de acuerdo con la siguiente postura, hay quienes aseguran que la Cláusula Martens no es fuente de obligaciones para los Estados. Es necesario mencionar nuevamente la Opinión Consultiva a la que nos referíamos previamente ya que Estados como Reino Unido, Estados Unidos y la Federación Rusa entre otros defendieron la legalidad de las armas nucleares en esta opinión, y en ella se pudo observar el debate constante entre las filosofías positivistas y naturalistas del Derecho Internacional. Según la primera, adherida por los Estados prolegalidad, la defienden como respuesta a la falta de regulación tanto consuetudinaria como convencional. De acuerdo con la corriente positivista, el Derecho Internacional se regula conforme la voluntad de los Estados, ya sea por aprobación de disposiciones convencionales o mediante la práctica del Estado, que promueve o impide el desarrollo de una norma consuetudinaria.<sup>32</sup> En caso de no ser regidos por las normas convencionales o las consuetudinarias estarán al margen y no estarán obligados ni tampoco podrán ser responsables por la inobservancia de lo dictado por aquellas.<sup>33</sup>

El derecho natural, sin embargo, es la postura que se engloba en el primer párrafo de esta conclusión, donde rige una universalidad que se basa en la justicia y el bien común y/o la moral, base filosófica de la Cláusula Martens.

30. BARBERIS, "La formación de las normas jurídicas internacionales", p. 272.

31. BARBERIS, "La formación de las normas jurídicas internacionales", p. 272.

32. AGO, "Positive Law and International Law", p. 693.

33. TICEHURST, "La Cláusula Martens y el derecho de los conflictos armados", pp. 1-4.



## IV. LA UTILIZACIÓN DE LOS DRONES EN EL CONFLICTO ARMADO

### IV.A. Evolución de los drones

La tecnología y la robótica van de la mano y como tales se encuentran en un proceso de evolución que data de hace décadas, no por nada los instrumentos cotidianos (como electrodomésticos) son cada vez más avanzados y a medida que pasa el tiempo, la necesidad de ser inteligentes, auto suficientes, es mayor. En el contexto militar, no debería sorprendernos que ocurra lo mismo, la implementación de nuevas técnicas y herramientas para mejorar las armas es de larga data, y el único fin es vencer al enemigo, de una forma más eficaz y rápida, sin la necesidad de bajas innecesarias en cada bando.

En este sentido, surge un nuevo personaje, el vehículo aéreo no tripulado, más específicamente los drones. El significado de este vehículo viene dado por el zumbido que realizan –o realizaban– sus motores y que se asemejaba al de un abejorro. La idea de estos drones es la de ser un vehículo automático, aunque en la actualidad se caracterizan por ser semi automáticos ya que siguen siendo controlados –aunque a la distancia– por un ser humano. Los orígenes de estos vehículos datan de la Primera Guerra Mundial (IGM), durante la Segunda Guerra Mundial (IIGM) y también en la Guerra de Vietnam donde fueron utilizados para reconocimiento del territorio, así como también durante el conflicto en Bosnia Herzegovina y en Kosovo, pero tuvieron un giro durante la última etapa del siglo XX. Algunos de los cambios que se pueden mencionar en la cadena evolutiva de los conflictos armados es la siguiente:

Se estima que desde hace décadas hay una "crisis estatal" por la concesión de soberanía ya sea a organismos supra nacionales como a organizaciones transnacionales de carácter privado que ejercen una influencia avasallante.

- Hay un retroceso en el apoyo al "nacionalismo" debido a una crítica que se le hace por ser el responsable de los conflictos mundiales.
- La Revolución Industrial generó un cambio en la economía mundial.
- Hay una regresión demográfica acentuada en el lado occidental.

- En el campo militar, los ejércitos son más reducidos y cuentan con más soldados capacitados en tecnología militar.
- Hay una sensibilización mayor por parte de la sociedad con respecto a los métodos para hacer la guerra, así como también las bajas que estas ocasionan. Cuestión que obviamente resulta reprochada para con el representante de cada Estado que asuma la tarea.
- Van surgiendo nuevas herramientas para hacer la guerra (misiles; control de comunicaciones; computadoras; inteligencia; vigilancia entre otras) generando un “mejor” método para la guerra. De esta manera, el líder político se ve más resguardado ante las críticas de la sociedad y el peso de las bajas es menor.

Respecto de las ventajas y desventajas en el uso de drones para conflictos armados podemos encontrar:

### *Ventajas*

- Los drones semi automáticos no llevan tripulantes, ya que se operan a largas distancias y genera una especie de protección para el soldado que lo maneja ya que se encuentra lejos de la zona de peligro.
- Pueden desarrollar operaciones en un radio de acción sumamente extenso, es decir que se amplía el campo de batalla.
- Pueden ejecutar muchas más maniobras que las que permite un avión o helicóptero.
- Tienen una segunda función que es la de recolectar información y datos del enemigo sin levantar sospecha alguna y sin que corra riesgo ningún soldado o espía.
- Mitigan las bajas propias por las causas antes expuestas.
- Multiplican las fuerzas empleadas.
- Nunca actuarán por pánico, venganza ni odio racial.<sup>34</sup>

34. BAQUES, “Análisis de las causas y de...”, pp. 11-26.

### Desventajas

- En virtud de que no hay un tripulante a bordo del dron, se dificulta la tarea a la hora de asignar responsabilidad por actos contrarios al *ius in bello*.
- Al ampliarse el campo de batalla, la posibilidad de que haya bajas civiles también aumenta.
- Al respecto de las maniobras que pueden ejecutarse, el Reporte Especial que realizó el Sr. Philip Alston en donde estimó que, como consecuencia de la distancia en la que se encuentran y al realizar todas las operaciones a través de pantallas y audios, el relator especial estimó que se corre el riesgo de que los operadores terminen desarrollando una mentalidad de *PlayStation*. De esta manera, los Estados deben asegurarse de que se entrenen a estos operadores de manera tal que cumplan con las normas del Derecho Internacional Humanitario a la hora de llevar a cabo las misiones.<sup>35</sup>
- Una desventaja que no ha sido debidamente corregida en materia de recolección de información y su posterior procesamiento son los errores que puede cometer. Uno de ellos tuvo fecha el 3 de julio de 1988 cuando un buque de guerra estadounidense –dotado de un sistema de defensa contra ataques aéreos– derribó un avión, que según el sistema era un F-14 iraní, si bien se sospechaba que podía ser un avión civil, la tripulación terminó por confiar en la información que se brindó, terminando con la vida de 290 personas.
- “En relación con el principio de distinción se ha dicho que, a causa de la falta de idoneidad tecnológica de los sensores existentes en la actualidad, la incapacidad para comprender el contexto y la dificultad de aplicar en la práctica el estatuto del no combatiente, o la incapacidad para interpretar intenciones y emociones, sería muy difícil para un robot autónomo cumplir las exigencias del DIH sobre este; y no digamos para identificar, en supuestos de conflictos asimétricos, quién es –y quién no– un combatiente”.<sup>36</sup>
- El uso de drones puede generar una desensibilización por parte de los pilotos de estos aparatos a la hora de matar.

35. Consejo de Derechos Humanos de la ONU, A/HRC/14/24/Add.6, párr. 84.

36. GUTIÉRREZ ESPADA Y CERVELL HORTAL, “Sistemas de armas autónomas, drones y...”, p. 8.

- Asimismo, cabe la posibilidad de que la señal proveniente del satélite mediante el cual funciona el dron sea interferida, hackeada o inutilizable generando lo que se llama comúnmente como “latencia” causando una *diferencia entre el movimiento del terreno y la llegada de la imagen de video al piloto que maneja el dron*.<sup>37</sup>

Si bien los pros y los contras en la aplicación de los drones son sumamente variados y la discusión muy enriquecedora, lo cierto es que hay una falta de regulación al momento de su utilización, y aquí es donde entra en juego otra discusión sobre qué se debe aplicar y qué es lo que dicen las normas actuales del Derecho Internacional Humanitario. De acuerdo con el Protocolo Adicional I en su artículo número 35 inciso 1, establece que los métodos y medios para utilizar en un conflicto armado no pueden ser escogidos de manera arbitraria ni ilimitada. En el mismo sentido, el siguiente artículo número 36 dicta que cualquier Estado que adopte, desarrolle o cree una nueva arma, deberá especificar si el empleo de esta, en las circunstancias que sean establecidas para tal fin, estarían prohibidas por el Protocolo.<sup>38</sup>

Por su parte, el Comité Internacional de la Cruz Roja al redactar las normas del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario dictaminó que “[q]ueda prohibido el empleo de medios y métodos de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios”.<sup>39</sup> Sin embargo, muchas de las armas que entran en estas categorías fueron expresamente prohibidas mediante Tratados Internacionales, algo que al momento no ha ocurrido aún con los drones. Aun así, siguiendo la idea de que estas armas puedan causar males superfluos o sufrimientos innecesarios se debe mencionar el informe realizado por las Universidades de Nueva York y Stanford sobre las muertes, heridas y los traumas que sufrieron los civiles por los ataques de drones en Pakistán que dicen lo siguiente:

“La presencia de drones y la capacidad de EE. UU. para atacar en cualquier lugar en cualquier momento provoca un miedo, una ansiedad y un estrés constantes y

37. NEW YORK UNIVERSITY – STANFORD UNIVERSITY, “Chapter 3: Living under drones”, p. 23.

38. Protocolo Adicional I de Ginebra, 08/06/1977, arts. 35.1 y 36.

39. HENCKAERTS & DOSWALD-BECK, *El Derecho Internacional Humanitario consuetudinario*, p. 265.

agudos, sobre todo cuando se une a la incapacidad de las personas sobre el terreno para garantizar su propia seguridad. Asimismo, los entrevistados afirmaban que el temor a los ataques socava la sensación de seguridad de la gente en tal medida que en ocasiones ha afectado a su voluntad de participar en una amplia variedad de actividades, entre ellas reuniones sociales, oportunidades educativas y económicas y funerales, y que ese temor también ha minado la confianza general de la comunidad. Además, la práctica estadounidense de atacar una zona múltiples veces, y su historial de muerte de quienes ofrecen una primera respuesta, hace que los miembros de la comunidad y los trabajadores humanitarios teman ayudar a las víctimas heridas".<sup>40</sup>

Para comprender el contexto en que este informe fue realizado es conveniente explayarse aunque ya sea brevemente en el caso que se ha dado en llamar "La Campaña de ataques contra Al-Qaeda en Pakistán".<sup>41</sup> Este tuvo como antecedente los atentados registrados contra las Torres Gemelas el fatídico 11 de Septiembre de 2001 en manos de los terroristas de Al-Qaeda, días más tarde el entonces Presidente George W. Bush había declarado la guerra al terrorismo, al mismo tiempo, en el extremo opuesto del mapa, muchos miembros de esta facción terrorista (incluido Osama Bin Laden) se movieron hacia el territorio Pakistán. Para el año 2002, los Estados Unidos ya comenzaban a utilizar sus drones para sobrevolar los territorios y dos años más tarde comenzaron los ataques, para ser más precisos, en junio del 2004 el primer ataque culminó con la vida del líder talibán Nek Mohammed. Un año después dos ataques terminarían con la vida de un experto en explosivos de Al-Qaeda y un jefe de operaciones de la misma organización. Para 2006 se utilizaron cuatro drones modelo *Predator* para bombardear una zona donde se creía que se encontraba la mano derecha de Osama Bin Laden, Ayman Al Zawahiri. Sin embargo, el objetivo no pudo ser neutralizado y para colmo

40. NEW YORK UNIVERSITY – STANFORD UNIVERSITY, "Chapter 3: Living under drones", p. 55.

41. Se debe aclarar que previo a los ataques ocurridos en Pakistán, más precisamente en el año 2002 se atacó en territorio yemení con el objetivo de asesinar a uno de los líderes de Al-Qaeda acusado de planificar el atentado contra el USS Cole dos años antes. En el año 2008 se reactivaron las operaciones en Yemen debido al carácter transnacional que estaba adquiriendo Al-Qaeda, entre el año 2009 y el 2011 tanto la US Navy como la CIA desarrollaron diversas operaciones para acabar con esta célula, sin embargo, fue la agencia estadounidense la que utilizó drones para atacar. Cabe destacar que para el año 2012 se pudieron contabilizar ciento cuarenta y dos ataques.

de males se dispararon contra hogares terminando con la vida de 18 civiles. Como consecuencia de las repercusiones tanto sociales como políticas, los ataques y las vigilancias fueron suspendidas y reanudaron en el año 2008 cuando la C.I.A. pidió permiso al presidente Bush para incrementar los ataques contra los líderes de la facción terrorista la cual efectivamente fue multiplicándose, al punto de que se realizaran 30 ataques desde ese momento y hasta el fin de su presidencia. Sin embargo, con el arribo de los demócratas a la Casa Blanca, las embestidas no disminuyeron, por el contrario, superó el número que se había realizado en el período del 2004 al 2008.

Como consecuencia de esto, y lo que es más grave para el estudio que estamos realizando, hubo bajas de civiles inocentes como consecuencia el mal manejo de los drones en Pakistán. De acuerdo con lo difundido por el programa *New American Foundation* entre 2004 y 2007 las bajas civiles fueron de entre el 54% y el 61%.<sup>42</sup>

A raíz de los alarmantes acontecimientos, el Relator Especial de las Naciones Unidas, Philip Alston se explayó en su informe sobre los denominados asesinatos selectivos producidos en manos de los drones y los definió como "el uso intencional, premeditado y deliberado de la fuerza letal, por parte de los Estados o agentes que actúan al amparo de la ley, o por un grupo organizado en los conflictos armados, contra un individuo específicos que no se encuentra bajo la custodia física del autor".<sup>43</sup> Se debe poner de manifiesto la diferencia entre los ataques selectivos y los *signature strikes*, esto es ataques efectuados también mediante drones pero que no tienen identificado a la persona que se pretende asesinar (como ocurre en el primer caso), sino que son seleccionadas sobre la base de patrones de comportamiento que hacen suponer que se trata de terroristas.

En el mismo informe, el Relator Especial se explayó sobre los propulsores y detractores del uso de los drones, de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario, y estimó que "una de las mayores preocupaciones respecto del uso de drones es que es más sencillo asesinar sin que el Estado corra riesgos [...] los Estados deben asegurar que el criterio que aplican con respecto a quién puede ser un blanco o quien es asesinado, se corresponda con el uso de cualquier otra arma".<sup>44</sup>

42. LASTRA ECHARANDIO, *El marco jurídico internacional del uso...*, p. 9.

43. Consejo de Derechos Humanos de la ONU, A/HRC/14/24/Add.6, párr. 1.

44. Consejo de Derechos Humanos de la ONU, A/HRC/14/24/Add.6, párr. 80.

En contraposición a las opiniones que se han vertido a nivel mundial respecto de los actos infligidos por los Estados Unidos ellos han buscado la manera de justificarse diciendo que ejercen la legítima defensa amparándose en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas que opera como una excepción al artículo 2 inciso 4 del mismo instrumento que prohíbe "recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado".<sup>45</sup>

La falta de transparencias en estas acciones que se realizan por medio de drones es lo que lleva a desconfiar de su legalidad –entre otras razones– y el motivo por el cual hoy en día nos preguntamos si hay una herramienta en el Derecho Internacional Humanitario que permita regular el uso de los drones, más específicamente si la Cláusula Martens tiene una fuerza tal que obligue a los Estados a responder y manejarse conforme a ella. En virtud de esto es que analizaremos seguidamente el uso de los drones en el ámbito del Derecho Internacional.

#### **IV.B. Los drones en el contexto del DIH y el DIDH**

Como hemos visto, los drones son vehículos aéreos no tripulados que son manejados a distancia y tienen una doble función: de vigilancia o bien en tareas militares denominadas "ataques selectivos".

En la actualidad, el Derecho Internacional Humanitario no reglamenta de manera específica el uso de los drones, no han sido adheridos al Tratado de Comercio de Armas ni tampoco se ha sido prohibido expresamente por la Organización de las Naciones Unidas por lo cual se pone a prueba su capacidad para adecuarse a los nuevos retos que supone el avanzado desarrollo de la tecnología.<sup>46</sup> De esta manera, en ausencia de una normativa específica en la materia, debemos acudir a los textos que se encuentran vigentes al día de la fecha. Como mencionamos anteriormente, el Derecho Internacional Humanitario se haya regulado por diversas normas que fijan las reglas de protección a las víctimas de conflictos armados, así como los métodos de combate. Para ello encontramos los Convenios de Ginebra de 1949 así como sus Protocolos Adicionales, los Convenios de la Haya y

45. Carta de las Naciones Unidas, 26/06/1945, art. 2, inc. 4.

46. ZAFRA, "La cuestión de los drones en el Derecho Internacional Humanitario: una espada de doble filo".

las normas consuetudinarias establecidas por el Comité Internacional de la Cruz Roja.

Uno de los principios que establece el Protocolo Adicional I de Ginebra es que las partes no pueden escoger los métodos y los medios de guerra de forma ilimitada,<sup>47</sup> asimismo, el artículo 36 establece que deberá pasar por un proceso de verificación todas aquellas armas que sean nuevas y así poder establecer su licitud conforme al Derecho Internacional Humanitario. Un inconveniente que se plantea cada vez que se mencionan los artículos del Protocolo Adicional I de Ginebra es ¿qué ocurre con los Estados que no lo han ratificado? ¿Se encuentran relegados de las obligaciones y lo deberes que este instrumento formula? Países como Estados Unidos e Israel son un claro ejemplo de Estados que no lo han ratificado y son algunos de los que se encuentran en el estadio más avanzado respecto a la carrera armamentista. Se genera una laguna jurídica en este sentido y es donde nosotros introducimos la Cláusula Martens como respuesta a estas situaciones, que posee la fuerza necesaria en tanto fuente del Derecho Internacional para doblegar las pretensiones de aquellos Estados “poderosos” que pretenden crear, desarrollar y utilizar métodos de guerra nuevos a su antojo.

Respecto de las normas consuetudinarias, el Comité Internacional de la Cruz Roja estableció que no se permitirá el uso de armas que causen males innecesarios.<sup>48</sup> Estas y otras normas surgen con el propósito de que exista una precaución en el ataque, es decir, que se deben manejar con cierta prudencia a la hora de atacar de manera que se preserve la población.<sup>49</sup> De acuerdo con aquellos que se encuentran a favor de la implementación de los drones, hay cuatro razones por las cuales los mismos cumplen con la precaución en el ataque, a saber:

- Una transmisión de video mientras el dron se encuentra en funcionamiento permite asegurarse la ausencia de civiles en el perímetro.
- Mediante el dron se permite la localización de los objetos que están bajo seguimiento.
- En determinados casos, las fuerzas militares son responsables de vigilar el objetivo.

47. Protocolo Adicional I de Ginebra, 08/06/1977, arts. 35.1.

48. HENCKAERTS & DOSWALD-BECK, *El Derecho Internacional Humanitario consuetudinario*, p. 265.

49. CASEY MALSEN, “¿La caja de Pandora? Ataques con...”, pp. 11-12.



Por último, salvo contadas excepciones, se dice que los misiles propulsados de los drones tienen un rango de explosión menor que los misiles normales generando, según estas posturas, un daño menor ya que puede ser controlado.<sup>50</sup>

Es importante mencionar dos principios que son la base del Derecho Internacional Humanitario, uno de ellos es el principio de distinción y el otro es el principio de proporcionalidad. El primero es aquel que establece que los Estados tienen la obligación de poder distinguir los objetivos militares de aquellos que no lo son, es decir los civiles, y que en consecuencia gozan de protección, conforme a los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. De esta manera:

"1.- Los ataques deben siempre realizarse contra objetivos militares; 2.- Que antes de su lanzamiento es necesario adoptar medidas de precaución para, por un lado, identificar correctamente los objetivos y los riesgos derivados de ese ataque para las personas y los bienes civiles, y, por otro lado, minimizar los daños civiles colaterales que puedan ocasionarse; 3.- Que los ataques que se prevea puedan causar daños civiles colaterales excesivos en relación con la ventaja militar esperada deben ser cancelados, o, si ya se han iniciado, deben ser suspendidos; y 4.- Que no se puede utilizar armamento prohibido en operaciones militares, y si existen limitaciones con respecto al armamento utilizado se deben respetar".<sup>51</sup>

El segundo principio, de proporcionalidad, está plasmado en el artículo 35 del Convenio de Ginebra I, así como en la norma 70 del Comité Internacional de la Cruz Roja, tal como había sido mencionado *ut supra*. La finalidad que persigue este principio es la de limitar el sometimiento del enemigo y la imposición de las condiciones.

En materia de los Derechos Internacionales de los Derechos Humanos (DIDH), el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) los define como "un conjunto de normas internacionales, convencionales o consuetudinarias, en que se estipula el comportamiento y los beneficios que las personas o grupos de personas pueden esperar o exigir de los Gobiernos. Los derechos humanos son derechos inherentes a todas las personas por

50. CASEY MALSEN, "¿La caja de Pandora? Ataques con...", p. 12.

51. LASTRA ECHARANDIO, *El marco jurídico internacional del uso...*, p. 27.

su condición de seres humanos. Muchos principios y directrices de índole no convencional integran también el conjunto de normas internacionales de derechos humanos".<sup>52</sup> Para muchos doctrinarios, tanto el Derecho Internacional Humanitario como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene como denominador común el principio de humanidad, esto es, "respetar y tratar a todas las personas con humanidad, tanto a los combatientes, a quienes no se les hará padecer sufrimientos innecesarios, como a los no combatientes, quienes en todo momento deberán ser tratados con humanidad",<sup>53</sup> la razón de ser de este principio es la protección de la dignidad humana la cual se ve fundamentada en los Tratados creados conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y respecto del Derecho Internacional Humanitario encontramos a la Cláusula Martens, la cual, según autores, es un puente entre ambos. Al respecto, señalan un extracto del Tribunal *ad hoc* para la Ex Yugoslavia en el Caso Furundzija del año 1998 que dice:

"La esencia de todo el corpus del Derecho Internacional Humanitario, así como de los Derechos Humanos descansa en la protección de la dignidad humana de toda persona, cualquiera sea su género. El principio general de respeto a la dignidad humana [...] es la principal *raison d'être* del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos".<sup>54</sup>

Sin embargo, debemos mencionar que la convergencia entre ambas materias del Derecho Internacional no vio la luz sino hasta finales de la década del 60 cuando se redactó la Declaración de Teherán. Pese a eso, aún existen pequeñas diferencias en lo que atañe al modo de protección del ser humano, el Derecho Internacional Humanitario por su parte se centra en el contexto de los conflictos armados y los medios para proteger a las víctimas resultantes, por otro lado, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tienden a promover y proteger los derechos del ser humano en general garantizando su goce. Esto es que, mientras el último busca garantizar el desarrollo del ser humano como tal, para realizar sus objetivos sociales, políticos, económicos y sociales, en otras palabras, propor-

52. CICR, "Derecho internacional humanitario y derecho internacional...", p. 1.

53. SALMÓN, "Fuentes del DIH", p. 54.

54. TPIY, "Prosecutor vs. Furundzija", considerando 183.

cionarle una mejor calidad de vida, aquel tiene como fin, preservar al ser humano de las graves consecuencias que conlleva un conflicto armado.<sup>55</sup> Otra diferencia que encontramos es la expansión que han tenido, así, mientras el Derecho Internacional Humanitario fue desarrollándose de manera universal, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos lo ha sido además en un ámbito regional como consecuencia de los órganos de aplicación que rigen en esta área. Por su parte, las similitudes que encontramos son, en primer lugar, la doctrina establece una conexión en cuanto a las protecciones que se reconocen en el artículo 75 del Protocolo Adicional I de Ginebra en donde hay una similitud de las garantías que se le reconocen al ser humano con los Tratados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En segundo lugar, Jean Pictet enumera distintos principios que son aplicables a ambos derechos, uno es el principio de inviolabilidad refiriéndose a aquellas condiciones que son inherentes a la persona como la vida y la integridad tanto física como psíquica; el segundo principio es no discriminación; y el último es el principio de seguridad.<sup>56</sup> Una última similitud que se encuentra entre ambos derechos y que es particularmente interesante desde el punto de vista de los drones y los conflictos armados.

Particularmente en el contexto del tema que nos convoca sirve de referencia para analizar la relación de los drones en el conflicto armado con el DIH así como también con el DIDH, la afirmación que realiza Philip Alston sobre el uso de la fuerza letal por parte de los Estados diciendo "un asesinato cometido por el Estado solo es legal si es necesario para proteger la vida (con lo que la fuerza letal es proporcional) y no existen otros medios, como la captura o la incapacitación no letal, para prevenir esa amenaza a la vida (con lo que la fuerza letal es necesaria)".<sup>57</sup> Aquí Alston menciona dos principios que son comunes en ambos Derechos pero que en cada uno poseen un significado un tanto distinto, esto es el principio de necesidad y el de proporcionalidad. Respecto de la reglamentación del uso de la fuerza letal por parte de los Estados, el DIDH utiliza los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley de 1990* (Principios Básicos) que en su artículo 9 establece "en cualquier caso, solo se podrá

55. SALMÓN, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos...", p. 74.

56. SALMÓN, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos...", p. 72.

57. Consejo de Derechos Humanos de la ONU, A/HRC/14/24/Add.6, párr. 32.

hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida".<sup>58</sup> Continúa diciendo Alston en su Informe Especial que bajo el DIDH no pueden ser legales los ataques selectivos puesto que son intencionales, deliberados y premeditados y que, a comparación de los conflictos armados, nunca podría estar permitido o ser conforme a Derecho que el asesinato sea el único objetivo de una operación. Es decir, en los conflictos armados, lamentablemente es claro que la muerte o el asesinato en el campo de batalla es un hecho que no puede evitarse –al menos no la mayoría de las veces– y si bien, no es algo que esté aprobado (moral ni éticamente), la guerra no puede evitarse y por eso el DIH regula los métodos y medios para que esta se desarrolle, sin embargo, no ocurre así con los ataques selectivos. La fuerza letal por parte de un Estado solo es legal –bajo las reglas del DIDH– si es estrictamente necesario para salvar una vida, y pone de relieve que la obligación de los Estados para respetar y proteger la vida humana conlleva la obligación de ejercer una debida diligencia al momento de proteger la vida de ataques terroristas.

En relación con el uso de drones, menciona que fuera del contexto de los conflictos armados el uso de drones para los ataques selectivos es cuasi imposible que sea legal, sobre todo si se dan fuera del territorio del Estado que está detrás de esta operación y señala que estas acciones amenazan con destruir la prohibición de la privación arbitraria de la vida e inclusive podrían generar responsabilidad para el Estado.<sup>59</sup>

Ante esto, es necesario preguntarse: ¿qué papel juega la Cláusula Martens en el uso de los drones en conflictos armados y cuál es su importancia?

## V. LA IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN DEL USO DE DRONES MEDIANTE LA CLÁUSULA MARTENS

A lo largo de este trabajo hemos desarrollado cuál es la actividad o actividades que se realizan mediante los drones y cuáles son sus ventajas y desventajas, sobre todo en este último aspecto es el que basamos nuestro trabajo puesto que creemos que constituyen una amenaza para el bienestar tanto de la sociedad como de los seres humanos individualmente, y si bien,

58. ONU, *Principios Básicos Sobre el Empleo de...*, art. 9.

59. Consejo de Derechos Humanos de la ONU, A/HRC/14/24/Add.6, párr. 86.

como dijo Philip Alston, un misil lanzado por un dron no difiere en sus efectos de uno que es lanzado de un helicóptero o cualquier otro armamento que se use para tal fin, los drones actúan de una manera tan discreta que se vuelve un arma de doble filo, sobre todo si tenemos presente que es una cuestión que no ha sido regulada, generando el riesgo de que los Estados utilicen esta carencia de una manera que les sea favorable en perjuicio de los demás Estados y de la sociedad víctima de sus actos.

Es aquí donde vuelve a entrar en escena la Cláusula Martens ya que creemos que puede ser la solución a este vacío normativo. Esta fue desarrollada para ser un mecanismo de seguridad ante las lagunas normativas que pueden aparecer en determinados casos del DIH. Para parte de la doctrina y la jurisprudencia puede ser considerada una fuente material gracias a la adopción de los distintos instrumentos del DIH que la han incorporado y que genera en consecuencia la influencia suficiente para crear nuevas reglas que interpreten el mejor modo de utilizar un armamento, limitar su uso de acuerdo con las condiciones que estime necesarias o incluso prohibirlas si correspondiese. Otra parte de la doctrina, entre ellos Julio Barberis, estima que la cláusula es un hecho creador de normas particular, ya que el proceso de creación de estas normas comienza con la formación de prescripciones dictadas por la conciencia pública que luego, a falta de normas específicas, se constituyen como norma jurídica generando obligaciones para los Estados.

La importancia de considerar a la Cláusula Martens como fuente obligacional del Derecho radica en la finalidad que persigue, que no es otra que establecer los límites a los nuevos métodos que aún no han sido regulados de manera explícita y que generarían la obligación de los Estados de actuar conforme a ella. En este sentido, se ha dicho que la cláusula remite a principios tan fundamentales que descartan la voluntad de las partes. De tal manera, mucha jurisprudencia le ha reconocido el valor que merece a la cláusula en tanto ha logrado confrontar los distintos sucesos que han surgido a lo largo de estos años en materia de tecnología militar.

La mención que la cláusula hace a los "dictados de la conciencia pública" sin duda son relevantes puesto que no es una mera opinión lo que busca establecer esta enunciación sino una obligación moral o un deber,<sup>60</sup> recae en las instituciones más relevantes en la materia así como en los Estados de sal-

60. ASARO, "Jus nascendi, Robotic Weapons and the Martens Clause", p. 11.

vaguardar aquello por lo que el DIH ha sido creado en un principio, en este sentido, ya hemos mencionado que la jurisprudencia los consideró como un factor sumamente importante, al punto tal de incluirlas en el ámbito del *jus cogens*. Afirma la doctrina en este sentido que "el lenguaje retórico y ético de la Cláusula Martens se ha compensado con su contenido jurídico, algo vago e indeterminado pero conducente hacia un terreno de mayor normatividad. Además, la alusión a 'exigencias de la conciencia pública' pone de relieve que los estados establecieron reglas que obedecían a un sentimiento general de necesidad, lo que significa, en opinión de Mangas, un trato humanitario conforme a la dignidad humana de la víctima (en un sentido particular) y una protección de la humanidad misma y su conservación frente a actos aniquiladores del género humano (en un sentido general)".<sup>61</sup>

## VI. CONCLUSIÓN

La reticencia actual por parte de algunos Estados de identificar o incluir a la Cláusula Martens como una fuente del Derecho Internacional es bien sabida, y lamentablemente, es una realidad. Sin embargo, eso no le quita valor ni peso a aquellos que propugnan en favor de considerarla una herramienta que limite el accionar y establezca los medios en que los drones deben ser utilizados.

Actualmente, quienes están en contra de esta "cruzada" a favor de la cláusula son los mismos que hace años estaban a favor de la legalidad de las armas nucleares, estados poderosos en materia militar y armamentística que lucran tanto con el desarrollo de nuevas tecnologías militares como así también con determinados conflictos armados. Bien sabido es que la falta de reglamentación de un arma tan innovadora como es el dron, que permite en cierto modo el libre albedrío para cumplir con los objetivos propios de cada Estado es por demás tentador como para desaprovecharlo.

Un claro ejemplo lo vemos en la utilidad, por demás cuestionable, que le ha dado los Estados Unidos a esta arma, y que ha sobrepasado los límites morales y éticos por no decir inclusive legales que pretende proteger y hacer cumplir el Derecho Internacional Humanitario y en igual medida el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

61. SALMÓN, "Caracteres esenciales del DIH", p. 43.

La reglamentación del uso de drones en nada impedirá que sea utilizado en los conflictos, sino que la pretensión de quienes están a favor de la cláusula es regular su uso de modo que no sea abusivo ni vaya en contra de las reglas básicas de protección a la humanidad, reglas que son, como ya hemos visto, universales;<sup>62</sup> nobleza obliga, es importante remarcar incansablemente, que el inconveniente no se da con el dron en sí mismo, puesto que como ya hemos visto, no solo tiene la función de atacar blancos, sino que puede ser utilizado para recabar información. La problemática rige en cuanto al uso que se les den a estos dispositivos, y lamentablemente en la actualidad, al no haber una regulación específica, se debe acudir a los instrumentos del DIH con que contamos, esto es los Convenios de Ginebra y sus Protocolos, entre otros, pero estos han sido creados en una época que, al ritmo al que vamos, ya son prácticamente obsoletos para determinadas materias.

En consecuencia, la regulación del uso de drones, mediante una convención o un protocolo u otro instrumento que tenga la misma finalidad, puede ayudar a determinar la responsabilidad por actos que sean contrarios a los principios fundamentales del DIH, es decir, ¿a quién hace penalmente responsable cuando se asesina a personas civiles en violación de las normas de distinción o proporcionalidad del DIH, o en violación de los derechos humanos fundamentales? ¿Al operador del dron? ¿Quién tiene el poder de decidir si el blanco es el objetivo?

Para finalizar, me permito incluir el pensamiento de la Profesora Torroja a este razonamiento cuando ella se refiere que se trata de un debate ético el cual debe ser resuelto por los Estados de manera objetiva –y no basándose en el interés propio de cada Estado– los cuáles pueden identificarse perfectamente con los principios de la Cláusula Martens (esto es, los usos de las naciones civilizadas y las exigencias de la conciencia pública). Y cuestiono, teniendo en cuenta que, justamente los Estados que se encuentran más contrarios a la reglamentación del uso de drones a través de la cláusula son aquellos que lideran el Comité Internacional de la Cruz Roja y las Naciones Unidas ¿*tienen criterio para identificar el contenido*

62. Para el Profesor Jaume Saura, sería conveniente restringir el uso de drones con propósitos militares a marcos fácticos de auténticos conflictos armados y hostilidades, contra combatientes enemigos legítimos, y con pleno respeto de los principios básicos del derecho internacional conforme a algunas implicancias del empleo de drones en perspectiva jurídica internacional. SAURA, "Algunas implicaciones del empleo de drones..." p. 133.

de la “conciencia pública”, de los “principios de las naciones civilizadas” en interés del bien común y no en el suyo propio?

## BIBLIOGRAFÍA

- AGO, Robert, “Positive Law and International Law”, en *The American Journal of International Law*, N°4, Vol. 51, 1957, pp. 691-733, DOI: 10.2307/2195350.
- ASARO, Peter, “Jus nascendi, Robotic Weapons and the Martens Clause”, URL <http://www.peterasaro.org/writing/Asaro%20Jus%20Nascendi%20PROOF.pdf>, consultado 10/11/2016.
- BAQUES, Joseph, “Análisis de las causas y de las consecuencias sociales y políticas del empleo de drones”, en Aguiar, Pablo, Alcalde, Javier, Baqués, Josep y otros/as, *El Arma de moda: impacto del uso de drones en las relaciones internacionales y el derecho internacional contemporáneo*, Barcelona, Institut Català Internacional per la Pau, 2014, pp. 11-33.
- BARBERIS, Julio, “La formación de las normas jurídicas internacionales”, en Barberis, Julio, *Formación del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 1994.
- CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, 26/06/1945, San Francisco, Estados Unidos de América, e.v. 24/10/1945.
- CASEY MALSEN, Stuart, “¿La caja de Pandora? Ataques con drones: perspectiva desde el *jus ad Bellum*, el *jus in bello* y el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N°886, 2012, pp. 597-625.
- CHETAİL, Vincent, “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2003, URL <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5uamwj.htm>, consultado 02/11/2016.
- Comisión de Derecho Internacional, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1978, Vol. II, primera parte.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, “Protocolos adicionales I y II de los Convenios de Ginebra”, URL <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/additional-protocols-1977.htm>, consultado 02/11/2016.
- , “Derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos. Analogías y diferencias”, URL <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5v5132.htm>, consultado 10/11/2016.



- Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, A/HRC/14/24/Add.6, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston: Addendum: Study on targeted Killings, 28/06/2010.
- Convención de la Haya de 1907, 18/10/1907, La Haya, e.v. 25/01/1910.
- Convención II de la Haya de 1899 relativa a las Leyes y Usos de Guerra Terrestre y Reglamento, 31/07/1899, La Haya, e.v. 4/09/1900.
- Convenios de Ginebra de 1949 para la Protección de las Víctimas de la Guerra, 12/08/1949, Ginebra, e.v. 21/10/1950.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Barrios Altos vs. Perú”, Sentencia del 14/03/2001 (fondo), voto concurrente del Juez Cançado Trindade.
- Corte Internacional de Justicia, “Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares”, 19/07/1996.
- DOSWALD-BECK, Louise, “El derecho internacional humanitario y la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1997, URL <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdldn.htm>, consultado el 04/11/2016.
- GORRÍN MERIDA, Leonel, “Las armas autónomas y el Derecho Internacional Humanitario”, URL <http://www.cedih.sld.cu/Las%20armas%20autonomas%20y%20el%20DIH.pdf>, consultado el 02/11/2016.
- GUTIERREZ ESPADA, Cesáreo y Cervell Hortal, María J., “Sistemas de armas autónomas, drones y Derecho Internacional”, en *Revista del Instituto Español de Asuntos Estratégicos*, N°2, Murcia, Universidad de Murcia, 2013.
- HENCKAERTS, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *El Derecho Internacional Humanitario consuetudinario*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, Vol. I.
- LASTRA ECHARANDIO, Virginia, *El marco jurídico internacional del uso de drones de combate en la lucha contra el terrorismo yihadista*, Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2016.
- MC BRIDE, Sean, “The legality of weapons for societal destruction”, en Swinarski, Christoph, *Studies and essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Ginebra, 1984.
- NEW YORK UNIVERSITY – STANFORD UNIVERSITY, “Chapter 3: Living under drones”, en *Living under drones: death, injury and trauma to civilians*

*from US drone practices in Pakistan*, Nueva York, 2012, URL <http://chrgj.org/wp-content/uploads/2012/10/Living-Under-Drones.pdf>, consultado el 10/11/2016.

PICTET, Jean, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Ginebra, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

PIGRAU, Antoni, "Presentación", en Aguiar, Pablo, Alcalde, Javier, Baqués, Josep y otros/as, *El arma de moda: impacto del uso de drones en las relaciones internacionales y el derecho internacional contemporáneo*, Barcelona, Institut Català Internacional per la Pau, 2014.

Principios Básicos Sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 07/09/1990, La Habana.

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales — Protocolo I, 08/06/1977, Ginebra, e.v. 7/12/1978.

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional — Protocolo II, 08/06/1977, Ginebra, e.v. 7/12/1978.

PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, "La cláusula en su concepción prístina", en Rodríguez Villasante y Prieto, José L. & López Sánchez, Joaquín (coords.), *La protección de la persona y el principio de la humanidad en el siglo XXI*, Valencia, Cruz Roja Española, 2012.

SALMÓN, Elizabeth, "Caracteres esenciales del DIH", en Salmón, Elizabeth, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2004.

—, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario", en Salmón, Elizabeth, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2004.

—, "Fuentes del DIH", en Salmón, Elizabeth, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2004.

SAURA, "Algunas implicaciones del empleo de drones en perspectiva jurídica internacional", en Aguiar, Pablo, Alcalde, Javier, Baqués, Josep y otros/as, *El Arma de moda: impacto del uso de drones en las relaciones internacionales y el derecho internacional contemporáneo*, Barcelona, Institut Català Internacional per la Pau, 2014, pp. 121-136.

TICEHURST, Rupert, “La Cláusula Martens y el derecho de los conflictos armados”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N°316, 1997.

Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia, “Prosecutor vs. Furundzija”, Caso N° IT-95-17/I-T, sentencia del 10/12 /1998.

ZAFRA, Rita del Pilar, “La cuestión de los drones en el Derecho Internacional Humanitario: una espada de doble filo”, URL <http://www.ais.org.pe/la-cuestion-de-los-drones-en-el-derecho-internacional-humanitario-una-espada-de-doble-filo/>, consultado 10/11/2016.



## CRIPTOMONEDAS Y TECNOLOGÍAS DE REGISTRO DISTRIBUIDO: NECESIDAD DE UNA ADECUADA REGULACIÓN\*

SOPHIE NICOLE VIDEAU DENES\*\*

**Resumen:** El motivo del presente ensayo es reflexionar acerca de las nuevas tecnologías que han aparecido en el mundo a raíz del surgimiento del *Bitcoin* en el 2009 dado que están revolucionando no solo aspectos de la economía y las finanzas, sino que han demostrado ser muy útiles en diversos campos, y han dado lugar a la aparición de aplicaciones verdaderamente disruptivas. Son innegables las ventajas que traen aparejadas, así como también la vulnerabilidad que implica una mala regulación, tanto para los particulares como para los Estados. El objetivo de estas líneas es promover el debate en pos de lograr una adecuada regulación que proteja a los consumidores e inversores, pero principalmente para prevenir el financiamiento del terrorismo y el lavado de activos, entre otras actividades delictivas que puedan sacar provecho de estas tecnologías.

**Palabras clave:** criptomonedas – monedas virtuales – *blockchain* – tecnologías emergentes – aplicaciones disruptivas – terrorismo – lavado de activos – riesgos

**Abstract:** The purpose of this essay is to discuss about the new technologies that have appeared in the world since the emergence of Bitcoin in 2009 given that they mean a revolution not only in certain aspects of the economy and finances, but also because they have proven to be very useful in a wide variety of scenarios and have resulted in the appearance of totally disruptive applications. The advantages that come along with these technologies are undeniable, as well as the vulnerability caused by inadequate regulations, both for individuals and for the countries. So the purpose of these lines is to promote the debate in order to achieve an efficient regulation that protects both consumers and investors, but

\* Este trabajo obtuvo el tercer puesto en el V Concurso de Ensayos Breves sobre "Debates sociales actuales".

\*\* Estudiante de Abogacía (UBA). Agradezco a Pablo Ava, quien me animó a que presentara el ensayo, y a mi familia, eternamente agradecida por su apoyo incondicional.

mainly that will help prevent the financing of terrorism and money laundering, among other criminal activities that can take advantage of these technologies.

**Keywords:** cryptocurrency– virtual coins – blockchain – emerging technologies – disruptive applications – terrorism – money laundering – risks

## I. INTRODUCCIÓN

Es sabido que las monedas virtuales representan un negocio en expansión a nivel mundial y que la tecnología que subyace detrás de ellas ha cobrado gran relevancia no solo en el campo de los criptoactivos, sino también para el desarrollo de diversos emprendimientos tecnológicos que resultan verdaderamente disruptivos. En este sentido, la directora del Fondo Monetario Internacional, Christine Lagarde, se refirió: “La tecnología en la que se basan estos activos –incluidas las cadenas de bloques– supone un avance fascinante con potencial para revolucionar otros sectores, más allá de las finanzas. Por ejemplo, podría impulsar la inclusión financiera al proporcionar nuevos métodos de pago económicos a personas que no disponen de una cuenta bancaria oficial y, de paso, empoderar a millones de personas en países de bajo ingreso”.<sup>1</sup> Así, en los últimos años se han desarrollado innumerables aplicaciones que replicaron el protocolo que utiliza la red de *bitcoin*, por ser de código abierto, dando lugar a la aparición de productos y servicios que utilizan estrategias disruptivas, frente a estrategias sostenibles, y que en definitiva modifican completamente la forma en que tradicionalmente hacemos las cosas, por tornarse obsoletas y precarias las “viejas aplicaciones”. En este orden de ideas y a modo de ejemplo cabe mencionar que las Tecnologías de Registro Distribuido (en adelante “DLT”, *Distributed Ledger Technology*, en inglés)<sup>2</sup> sirven como medio de pago, permitiendo enviar dinero a cualquier parte del mundo, de forma segura, en muy poco tiempo y a muy bajos costos, ya que elimina a cualquier tercero intermediario (por ej., un banco), así como también

1. LAGARDE, *Abordar el lado oscuro del mundo criptográfico*, URL <https://blog-dialogoafondo.imf.org/?p=8926#more-8926>, consultado 5/12/2018.

2. En el presente ensayo se utilizarán los conceptos “DLT”, “tecnología *blockchain*” y “*blockchain*” en forma indistinta, puesto que todos refieren a tecnologías de registro distribuido.

permite realizar pagos *online* sin tarjeta de crédito, utilizando la criptomoneda elegida; permite ejecutar contratos inteligentes (*smart contracts*, en inglés); permite el funcionamiento de dispositivos IoT (*Internet of Things*, en inglés); permite registrar y almacenar datos; sustentar redes sociales para compartir contenido; hacer transacciones privadas; agilizar procesos de cadenas de distribución (Walmart, por ejemplo, ha incursionado en este campo); permite el desarrollo autónomo de otras aplicaciones descentralizadas a la medida del cliente; puede aplicarse como herramienta en los procesos de recaudación de impuestos; etc.

## II. CRIPTOMONEDAS, LAVADO DE ACTIVOS Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

Sin embargo, es preciso señalar que aquello que hace a las criptomonedas y la tecnología *blockchain* en general tan atractivas, al mismo tiempo puede traer aparejados ciertos peligros. No son pocas las voces que consideran que los aportes positivos que implican dichas tecnologías no son más que la doble cara de una misma moneda. Al permitir realizar transacciones a nivel mundial a bajos costes, en forma rápida y con la garantía de seguridad y anonimato parcial que significan las DLT (especialmente para las partes intervinientes), han demostrado ser una herramienta útil para fines delictivos, utilizada principalmente por redes cibercriminales y grupos terroristas en menor escala, para financiar el terrorismo y favorecer el lavado de activos, generando especial preocupación en la comunidad internacional. Así lo manifestó Christine Lagarde quien declaró: "La razón por la que [...] resultan tan atractivos es la misma que los hace peligrosos. Se trata de ofertas digitales construidas de forma descentralizada, sin necesidad de un banco central. De este modo, las transacciones de criptoactivos tienen un componente de anonimidad muy parecido al de las transacciones de efectivo. El resultado final es que constituyen un importante vehículo nuevo para el blanqueo de dinero y el financiamiento del terrorismo".<sup>3</sup> En el mismo sentido, el comunicado oficial que contiene las principales conclusiones de los ministros de finanzas y presidentes de Bancos Centrales

3. LAGARDE, *Abordar el lado oscuro del mundo criptográfico*, URL <https://blog-dialogoafondo.imf.org/?p=8926#more-8926> consultado 5/12/2018.

participantes del G20, luego de las reuniones llevadas a cabo el 19-20 de marzo 2018 en la Argentina, en referencia a las criptomonedas, establece en el punto 9: "Reconocemos que las innovaciones tecnológicas, incluyendo aquellas subyacentes a los criptoactivos, tienen el potencial de mejorar la eficiencia y hacer más inclusivo el sistema financiero y a la economía en su conjunto. Los criptoactivos, sin embargo, plantean cuestiones relacionadas con la protección de los consumidores e inversores, la integridad de los mercados, la evasión impositiva, el lavado de dinero, y el financiamiento al terrorismo. Los criptoactivos carecen de los principales atributos que tienen las monedas soberanas. En algún momento pueden tener implicancias para la estabilidad financiera. Nos comprometemos a implementar los estándares del GAFI en materia de criptoactivos, esperamos la revisión de estos estándares por parte del GAFI, y reclamamos su implementación global. Pedimos a los organismos que establecen estándares internacionales que continúen el monitoreo de los criptoactivos y sus riesgos, de acuerdo con sus mandatos, y evalúen las acciones multilaterales necesarias".

### III. ¿CUÁLES SON LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS QUE HACEN A LAS CRIPTOMONEDAS Y LA TECNOLOGÍA *BLOCKCHAIN* TAN ATRACTIVAS Y PELIGROSAS AL MISMO TIEMPO?

En primer lugar, al ser descentralizadas no necesitan de la intervención de un Banco ni del propio Estado como emisor o intermediario, sino que se valen del protocolo y la red P2P (*peer to peer*, en inglés) para asegurar las transacciones financieras, controlar la creación de unidades adicionales y verificar la transferencia de activos. De este modo, los criptoactivos son monedas que no están vinculadas con ningún país en concreto, ni emitidas por ningún gobierno, y en tal sentido, la oferta está controlada por los mismos mineros que las "crean" o "descubren" sin recibir influencia de políticas monetarias ni de tasas de inflación o de interés. Por otro lado, las criptomonedas utilizan las DLT,<sup>4</sup> que son bases de datos distribuidas entre todos los nodos que participan de la red de minado, públicas y descentralizadas.

4. Cabe recordar que la *blockchain* es un tipo de DLT, creada y utilizada por la criptomoneda *bitcoin*. Dicha tecnología fue luego replicada con ciertos matices y particularidades por diversos programadores para crear nuevas monedas virtuales o aplicaciones disruptivas.



En este sentido, podríamos decir que se asemejan a un libro contable distribuido donde se registran todos los movimientos y balances, pero de manera inalterable, auditable y confiable, dado que cuando un bloque se une a la cadena ya no se puede modificar ni eliminar, y al ser pública y distribuida todos pueden acceder a esta, proveyendo de seguridad a la red al permitir a todos verificar que esta no ha sido adulterada. En este sentido, si la base de datos fuera centralizada/privada significaría un punto único de ataque, *hackeable* con mayor facilidad, ya que, si los datos fueran almacenados por un solo nodo, si este fuera atacado, podrían ser adulterados y nadie podría dar cuenta de ello. En cambio, al ser almacenados y conocidos por todos los nodos simultáneamente, si uno es atacado, solo se modificarían los datos en ese nodo particular, mientras que el resto de los nodos notarían que aquellos fueron adulterados dado que no se corresponderán con los de la mayoría de la red, y por ello no van a reconocer como válidos los movimientos y, por lo tanto, tampoco los saldos que ese nodo pueda procesar. Resta considerar cuán anónimas son las operaciones y/o transacciones que involucran criptomonedas. Dado que todos los movimientos quedan registrados en la DLT, las transacciones son cien por ciento visibles, pero estas solo están vinculadas a las "direcciones públicas" del emisor y receptor, sin indicar ninguna información personal de estos, de modo que no permiten necesariamente la individualización de las partes. De todos modos, estas direcciones públicas pueden ser asociadas a una persona (por ej., si fueran registradas ante una empresa, el Estado, otra persona, etc.), quedando entonces bajo un anonimato parcial. Cabe destacar que una de las características esenciales de las DLT es que garantizan la transparencia y trazabilidad de las operaciones, por ende, siempre que estas direcciones estén correctamente registradas (o bien recurriendo a otros datos externos) pueden ser asociadas a una persona, descartando así el anonimato y por ende, evitando las prácticas ilegales que pudieran valerse de este.

#### IV. ENTONCES, ¿SIRVEN REALMENTE PARA FINANCIAR EL TERRORISMO Y FAVORECER EL LAVADO DE ACTIVOS?

Un estudio realizado en mayo del 2018 por el Parlamento Europeo, dirigido por el Departamento de Política para los Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, concluyó que las criptomonedas son poco utilizadas para financiar el terrorismo, mismo resultado que arrojó

un estudio realizado en 2017 por la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, el cual determinó que se debe principalmente a que los grupos terroristas en cuestión operan en regiones de infraestructura tecnológica pobre y escaso acceso a las telecomunicaciones, donde tampoco se registra notable aceptación de las criptomonedas. Sumado a ello, cabe considerar que las criptomonedas solo permiten un anonimato parcial y es difícil transferir grandes cantidades de estos activos.<sup>5</sup> En tal sentido, resulta más probable que tales grupos se financien con divisas oficiales como el dólar o el euro, antes que con criptodivisas, o incluso con otras actividades delictivas típicas del crimen organizado, como lo son el tráfico de armas, de estupefacientes, etc. De todos modos, en ambos estudios no se descarta que esta situación cambie en un futuro no lejano en virtud de la masificación de las innovaciones. Por otro lado, el mismo estudio del Parlamento Europeo recomienda a los Estados miembros aplicar la Quinta Directiva de la Unión Europea contra el blanqueo de dinero (5AMLD), aprobada en abril del 2018, a través de la cual "se insta a una regulación más efectiva del sector de las criptodivisas a través de políticas coordinadas a nivel internacional contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo (AML/CTF)".<sup>6</sup>

Por su parte, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) ha emitido un documento titulado "Directrices para un enfoque basado en riesgo para monedas virtuales" el cual establece cómo deben los países abordar la regulación de las criptomonedas teniendo en cuenta los riesgos que presentan, para proteger la integridad del sistema financiero global y favorecer la prevención del lavado de activos y financiamiento al terrorismo, en relación con las criptomonedas. Además, en el último evento llevado a cabo el 5 de septiembre del 2018 en Hangzhou, China, los participantes intercambiaron opiniones y consideraciones en favor de las innovaciones en los servicios financieros, así como también volvieron a remarcar los desafíos que presenta la regulación y supervisión de las tecnologías emergentes, y su relación con el lavado de dinero y la financiación

5. LÓPEZ, *El G20, las criptomonedas y Goldman Sachs*, URL <https://www.elsaltodiario.com/criptomonedas/g20-criptomonedas-bitcoin-terrorismo-goldman-sachs> consultado 7/12/2018.

6. GONZÁLEZ, *Estudio del Parlamento Europeo demuestra que...*, URL <https://www.criptonoticias.com/regulacion/parlamento-europeo-demuestra-criptomonedas-usadas-financiar-terrorismo/> consultado 7/12/2018.

al terrorismo.

En este orden de ideas, cabe remarcar la importancia de la colaboración entre Estados para combatir a las organizaciones criminales, dado que la principal característica de estos grupos delictivos es la transnacionalidad. Por ello resulta indispensable que los Estados adopten medidas en conjunto, además de adecuar sus regulaciones internas a los estándares establecidos en la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional, y especialmente a los estándares establecidos por el GAFI, entre otras medidas que deban adoptarse a los fines de regular específicamente todo lo relativo a las criptomonedas y la tecnología *blockchain*.

En definitiva, no podemos desconocer los innumerables aspectos positivos que vinieron de la mano de las criptomonedas pero que se desprenden principalmente de los diferentes usos que se han dado a las DLT, para aplicarlos a diversos campos tales como economía, finanzas, ámbitos corporativos, por mencionar solo algunos. Así, se han desarrollado diversas aplicaciones disruptivas como lo son los contratos inteligentes, e íntimamente ligado a ellos los dispositivos IoT, pero en general las tecnologías derivadas de la *blockchain* están siendo cada vez más utilizadas por diferentes sectores, tanto privados como públicos. Por ejemplo, se han creado plataformas *online* como lo son las argentinas Crowdjury y DemocracyOs, o bien consorcios internacionales que han desarrollado plataformas que utilizan DLT para mejorar y agilizar procesos internos y transacciones;<sup>7</sup> la ONU también adoptó dicha tecnología; o bien el Boletín Oficial de la República Argentina, por la transparencia y seguridad que aporta a los registros. En este orden de ideas, son muchas las ventajas que traen las DLT: en general, permiten asegurar la inviolabilidad de los registros, el acceso público a ellos (aunque también podría establecerse un acceso restringido si se quisiera), la automatización de los procesos, confiabilidad, transparencia y principalmente reducción de costos y tiempos. Uno de los países que ha decidido regular el uso de las criptomonedas es el Reino Unido, con miras a lograr un equilibrio beneficioso para todas las partes involucradas. Manteniendo el criterio de incentivar la innovación, se han dedicado

7. Por ejemplo, R3, Hyperledger y Ethereum Enterprise Alliance. BBVA, *¿Cuál es la diferencia entre una DLT y "blockchain"?* URL <https://www.bbva.com/es/diferencia-dlt-blockchain/> consultado 11/12/2018.

a realizar investigaciones acerca del impacto que estas pueden tener en la economía de su país en general, y en las instituciones financieras en particular. También han establecido la necesidad de informar mejor a los usuarios acerca de las posibilidades de protección legal ante el vacío de regulación para los inversores individuales, logrando una protección adecuada para los consumidores, las empresas y usuarios en general, sin que ello afecte la innovación y el buen desarrollo económico.<sup>8</sup> Por otro lado, también es importante destacar que la Cámara de los Lores del Parlamento del Reino Unido ha emitido un documento titulado "Distributed Ledger Technologies for Public Good: leadership, collaboration and innovation", en el cual destacan los beneficios y retos que puede traer la implementación de la contabilidad distribuida a las diferentes áreas del sector público inglés, destacando que los usos de la *blockchain* permitirán introducir mejores en los servicios de migración, control de aduanas, seguridad nacional, impuestos, así como evitar fraudes y aumentar la ciberseguridad. Por el momento en la Argentina, a partir de la Ley 27.430 de reforma tributaria,<sup>9</sup> las monedas digitales solo están alcanzadas por el impuesto a las ganancias a la alícuota del 15%.

## V. CONCLUSIÓN

Resulta evidente entonces la importancia de una regulación adecuada y completa, tanto en nuestro país como a nivel mundial. No solo por los beneficios que implica tener normas claras e integrales para los emprendedores que quisieran, por ejemplo, financiarse con estas innovaciones tecnológicas, sino que también permitirá evitar cuestionamientos legales, conflictos interpretativos, informalidad, pérdida de inversiones, de empleos, de inclusión financiera, etc. De modo que resulta imprescindible abordar estas cuestiones desde un ámbito legal, determinar cuál es la naturaleza jurídica de las criptomonedas y cuál es el tratamiento que corresponde aplicar a las innovaciones tecnológicas surgidas a raíz de las DLT (por ejemplo, en cuanto a contratos inteligentes), que actualmente se encuentran en pleno

8. CryptoEconomy, *Reino Unido regularía el uso de las criptomonedas*, URL <https://www.crypto-economy.net/es-AR/reino-unido-regularia-uso-de-las-criptomonedas/> consultado 29/11/2018.

9. Publicada en el Boletín Oficial el 29/12/2017.

auge. Ello permitirá a su vez una adecuada protección a los consumidores, y que, por ejemplo, ante vacíos legales, surja claramente cuál es el marco legal aplicable supletoriamente. Por otro lado, una adecuada regulación, conforme a los estándares internacionales, favorecerá la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, cuestiones trascendentales para la seguridad y tranquilidad de la sociedad.

## BIBLIOGRAFÍA

AB ONG Bitcoin Argentina, *FAQ Aquí encontraras las preguntamas frecuentes en nuestra comunidad*, URL <https://www.bitcoinargentina.org/faqs/> consultado 5/12/2018.

BBVA, *¿Cuál es la diferencia entre una DLT y "blockchain"?*, URL <https://www.bbva.com/es/que-es-una-startup/> consultado 11/12/2018.

—, *¿Cuál es la diferencia entre una DLT y "blockchain"?*, URL <https://www.bbva.com/es/diferencia-dlt-blockchain/> consultado 11/12/2018.

—, *BBVA e Indra realizan el primer préstamo corporativo sobre tecnología "blockchain" del mundo*, URL <https://www.bbva.com/es/bbva-indra-realizan-primer-prestamo-corporativo-tecnologia-blockchain-mundo/>, consultado 7/12/2018.

Comuniqué Finance Ministers & Central Bank Governors 19-20 March 2018, Buenos Aires, Argentina. G20 Argentina 2018, 20/03/2018.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, 15/11/2000, Palermo, Italia.

CryptoEconomy, *Reino Unido regularía el uso de las criptomonedas*, URL <https://www.crypto-economy.net/es-AR/reino-unido-regularia-uso-de-las-criptomonedas/>, consultado 29/11/2018.

FATF, *FATF/EAG FinTech and RegTech Forum - September 2018*, URL [http://www.fatf-gafi.org/fintech-regtech/fatfonfintechregtech/?hf=10&b=0&s=desc\(fatf\\_releasedate\)](http://www.fatf-gafi.org/fintech-regtech/fatfonfintechregtech/?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate)), consultado 29/11/2018.

FATF, *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Currencies*, URL [http://www.fatf-gafi.org/documents/riskbasedapproach/documents/guidance-rba-virtual-currencies.html?hf=10&b=0&s=desc\(fatf\\_releasedate\)](http://www.fatf-gafi.org/documents/riskbasedapproach/documents/guidance-rba-virtual-currencies.html?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate)), consultado 29/11/2018.

GONZÁLEZ, Glenda, *Estudio del Parlamento Europeo demuestra que criptomonedas son poco usadas para financiar el terrorismo*, URL <https://www.criptonoticias.com/regulacion/parlamento-europeo-demuestra->

criptomonedas-usadas-financiar-terrorismo/ consultado 7/12/2018.

LAGARDE, Christine, *Abordar el lado oscuro del mundo criptográfico*, URL <https://blog-dialogoafondo.imf.org/?p=8926#more-8926> consultado 5/12/2018.

LOPEZ, Genoveva, *El G20, las criptomonedas y Goldman Sachs*, URL <https://www.elsaltodiario.com/criptomonedas/g20-criptomonedas-bitcoin-terrorismo-goldman-sachs>, consultado 7/12/2018.

RIVERO, Jackeline, *Parlamento de Reino Unido recomienda blockchain para servicios públicos*, URL <https://www.criptonoticias.com/adopcion/parlamento-reino-unido-recomienda-blockchain-servicios-publicos/> consultado 7/12/2018.

# TRADUCCIONES





## **SOBRE LA SOCIEDAD PUNITIVA. COMENTARIOS A LA OBRA DE MICHEL FOUCAULT\***

Didier Fassin\*\*

*La sociedad punitiva* prepara y anuncia *Vigilar y castigar*, obra en la cual Foucault comenzó a trabajar en paralelo. Sin embargo, lejos de ser un borrador de esta última, la primera merece ser tratada como un objeto en sí mismo e independiente. Tiene la libertad y la audacia, pero también la inconsistencia que una presentación oral provisoria habilita y luego es suprimida en la versión escrita definitiva. En este sentido, se podría argumentar que las dos principales innovaciones conceptuales de *La sociedad punitiva* son la idea de la guerra civil y la noción de ilegalismo. La primera ha desaparecido completamente en *Vigilar y castigar*, mientras que la segunda se convirtió en la idea central del libro.

La idea de guerra civil es probablemente la más visionaria, pero no así la más coherente. Si bien es claro que se diferencia tanto de la guerra de

\* Publicado en su versión original: *Didier Fassin on the punitive society*, en [<http://blogs.law.columbia.edu/foucault1313/2015/10/07/didier-fassin-on-the-punitive-society/>]el 7/10/2015. Traducción del Consejo de Redacción de *Lecciones y Ensayos*. Supervisión de María Inés Fernández Álvarez.

\*\* Didier Fassin es un antropólogo, médico y sociólogo francés. Estudió en la Universidad Pierre y Marie Curie, la Universidad de París-Sur y la Escuela de Estudios Superiores en Ciencias Sociales de París. Fue vicepresidente de Médicos sin Fronteras y es presidente del Comité Médico Francés para los Exiliados. Trabajó e investigó sobre epidemias y antropología política y moral en Senegal, Congo, Sudáfrica, Ecuador y Francia. Actualmente es profesor de ciencias sociales en el Institute for Advanced Study de la Universidad de Princeton y director de estudios en la Escuela de Estudios Superiores en Ciencias Sociales de París (EHESS). Entre sus principales obras se encuentran *La razón humanitaria: una historia moral del tiempo presente* (2011), *En el corazón del Estado: el mundo moral de las instituciones* (2015) y *Los mundos de la prisión: una etnografía de la condición carcelaria* (2016).

todos contra todos de Hobbes, con su supuesto estado de naturaleza, como de la lucha de clases de Marx, con su necesaria conciencia de clase, lo que supone esta noción parece mucho menos evidente. La guerra civil es una "guerra social" en el sentido dual al ser una guerra entre los "elementos colectivos" constituidos y una guerra "de los ricos contra los pobres". Esta guerra "atormenta" al poder no en el sentido del miedo que lo pudiera llegar a habitar, sino en la medida en que su ejercicio resulta omnipresente. Al mismo tiempo, la guerra civil se manifiesta a través de las "revueltas" de los campesinos del siglo XVIII en períodos de escasez de alimentos y aumento en el precio del pan. Sin embargo, lo que permanece menos claro es la manera en que a ambas nociones se relacionan –la del dominante contra el dominado y la del dominado contra el dominante, para usar un vocabulario que es extraño a Foucault– y la sugerencia de que esta última sería una "reactivación" de la primera, usando sus formas y rituales, no resiste la prueba empírica de los archivos. Más fecundo es, en cambio, el vínculo establecido por Foucault con el crimen, en el que el criminal se convierte en el "enemigo social", es decir, "el que le hace la guerra a la sociedad", lo que en consecuencia le permite a la sociedad direccionar la guerra hacia él, quien de hecho puede ser simplemente el mendigo, el vagabundo o, por extensión, el pobre.

La noción de ilegalismo es, por lo tanto, crucial para comprender la criminalización de los pobres. Los ilegalismos corresponden a juegos tácticos que los agentes despliegan en los márgenes de la ley, sin atenerse a ella pero dentro de los límites generalmente tolerados por la sociedad. En tal sentido, resultan ubicuos a todos los grupos sociales y clases. Hasta el siglo XVIII, estos ilegalismos tolerados contribuían al buen funcionamiento de la sociedad pues todos se beneficiaban en mayor o menor medida de ellos. En el siglo XIX con el desarrollo del capitalismo y la consolidación de la burguesía, los ilegalismos de la clase baja empezaron a ser vistos cada vez como más peligrosos no sólo para la preservación de la propiedad sino también para la reproducción de la fuerza de trabajo, y por lo tanto fueron convertidos en ilegales y penalizados, mientras que los ilegalismos de la clase alta proliferaron con completa impunidad. En consecuencia, el sistema penal pasó a ser un instrumento esencial de control de la clase trabajadora. La prisión sirvió para garantizar la exclusión, la vigilancia y la disciplina de los miembros indeseables de la sociedad. De acuerdo con su método habitual, Foucault se basa aquí en el análisis de discursos normativos de textos legales, reglas institucionales y tratados de criminología más

que en las prácticas propiamente dichas descritas en informes, testimonios o cartas. Como lo han demostrado los historiadores de la prisión del siglo XIX, lejos de los proyectos fantasiosos de vigilancia y disciplina, estas investigaciones habrían evidenciado la mera rutina de la neutralización, el poder arbitrario o el abuso tanto físico como psicológico.

La combinación de la idea de guerra civil y la noción de ilegalismo otorga a *La sociedad punitiva* una relevancia singular –probablemente incluso mayor que la que tiene *Vigilar y castigar*– cuando uno quiere examinar situaciones contemporáneas como las que se encuentran en países como Gran Bretaña y Estados Unidos, estudiadas por David Garland, así como otras naciones en Europa y otros lugares del mundo. En efecto, durante las últimas cuatro décadas, políticos y gobiernos han hecho abuso del lenguaje belicoso de la guerra contra las drogas y la guerra contra el crimen, que a menudo se ha traducido en los hechos en una guerra contra los pobres, principalmente de minorías raciales y étnicas. Este proceso fue posible mediante una diferenciación en los procedimientos de criminalización: mientras que los perpetradores del crimen corporativo y sus múltiples variaciones económicas y financieras son cada vez más protegidos, los crímenes y delitos menores como holgazanear, conducir sin licencia y poseer marihuana se convirtieron en objeto de atención y severidad del sistema penal. Quizás hoy más que nunca deberíamos tomar en serio a Émile Durkheim –a quien Foucault no hace plenamente justicia en su último curso– cuando este afirma que no condenamos un acto porque es un crimen sino que es un crimen porque lo condenamos, y que el rango de crímenes que condenamos se encuentra altamente diferenciado según las clases sociales. La idea de guerra civil y la noción de ilegalismo abren así el camino a una exploración del castigo a través de los lentes simultáneos de una economía política y una economía moral, ya que por un lado es utilizado como instrumento en las relaciones de poder entre grupos y clases sociales y, por otra parte, encuentra su justificación en la evaluación de lo que merece ser sancionado y lo que puede ser perdonado.

Aunque recurre ampliamente al vocabulario e incluso al pensamiento marxista, la economía política del castigo –tal como es analizada por Foucault– explica el sistema penitenciario no en términos de la utilización de una fuerza de trabajo barata y dócil, sino en términos de la domesticación y el sometimiento de los cuerpos y mentes de los trabajadores para volverlos funcionales y productivos al sistema capitalista, en sus relaciones con el tiempo por ejemplo. Durante el siglo XIX la adaptación y la normalización

se convirtieron en los procesos mediante los cuales el poder se insinuaba en la vida de los sujetos y, finalmente, lograba controlar sus conductas. En paralelo, la economía moral del castigo, para reformular el concepto mediante el cual E. P. Thompson describió los modos tradicionales de intercambio otorgándole el significado más amplio de producción, circulación y apropiación de valores y afectos, es interpretada por Foucault a través del ideal de las penitenciarías jacksonianas, creadas por los cuáqueros y alabadas por Beaumont y Tocqueville, en las que el silencio y el trabajo se suponía que debían redimir a los presos mantenidos en confinamiento solitario. Hay, sin embargo, dos problemas en la tesis de Foucault.

En primer lugar, las economías políticas y morales del castigo están en cierto modo inconexas, y el modo en que la genealogía cristiana –sobre la que Foucault llamativamente ignora el esclarecedor segundo ensayo de la *Genealogía de la moral*– se conecta a los modos de producción resulta poco claro: el argumento de que “[la] condición de aceptabilidad de la prisión” es el principio de coerción utilizado como una fuerza moral por el sistema capitalista parece una intuición poco documentada. Adoptando perspectivas muy distintas para explicar esta conjunción de las economías políticas y morales, Loïc Wacquant, en una tradición neomarxista, y especialmente Bernard Harcourt, en la línea foucaultiana, ofrecen interpretaciones más convincentes. De hecho, uno de los problemas de los análisis de Foucault es su dualismo –los ricos y los pobres, los que tienen y los que no tienen–, cuando quizá sea necesaria una mayor complejidad. En particular, el desarrollo de la esfera pública en ese período, tal como fue estudiado por Jürgen Habermas, implica nuevas mediaciones al respecto: en el caso del castigo, la dominación por parte de los poderosos y la tolerancia de sus ilegalismos supone construir a los más débiles y sus ilegalismos como un problema respecto de la creciente clase media e incluso la clase baja socialmente integrada. El “público” tiene que ser persuadido de que la desigualdad en la riqueza, así como también ante la ley, no solo es legítima sino también beneficiosa desde la perspectiva del orden social.

En segundo lugar, parece plausible afirmar que tanto la economía política del castigo, orientada hacia el aumento de la productividad capitalista, y la economía moral del castigo, pensada como una forma de reformar a los reclusos, nunca funcionaron verdaderamente, o bien lo hicieron durante periodos cortos de tiempo y dentro de segmentos específicos del sistema. La doble funcionalidad de la prisión –productividad económica y reforma moral– pertenece más a la imaginación de quienes concibieron el sistema

que a la realidad de cómo funcionaban las cárceles. Historiadores como Michelle Perrot o Rebecca McLennan proponen una visión mucho más pesimista de la falta de sentido e inutilidad, de la brutalidad y el abandono que caracterizaba las prisiones francesas y estadounidenses en el siglo XIX. Incluso hoy, la economía política del castigo tiene más que ver con el complejo penitenciario industrial (comparable al militar) que con el uso o subyugación de los reclusos para una producción más barata (con algunas limitadas excepciones), y la economía moral del castigo rara vez se encuentra asociada con la rehabilitación de los delincuentes, mientras que la preocupación con respecto al reingreso se centra fundamentalmente en las tecnologías del control desplegadas para reducir la reincidencia bajo la amenaza de sanciones más duras.

Finalmente, debe ser considerado un último punto, dado que conecta a *La sociedad punitiva* con *Vigilar y castigar*, y resultó ser una de las contribuciones más influyentes de Foucault a la crítica de la sociedad contemporánea. Los últimos cursos desarrollan un argumento que luego dará nacimiento al concepto de "archipiélago carcelario", a saber: la percolación del control, la vigilancia, la sanción y la disciplina a través de toda la sociedad y la mayoría de sus instituciones, desde la educación a la sexualidad (y uno percibe así las premisas de conferencias y libros posteriores). Esta teoría contradice el paradigma de Erving Goffman de la "institución total" desarrollado en *Asylum*, según el cual las organizaciones cerradas, sean estas monasterios, orfanatos, hospitales psiquiátricos o campos de concentración, comparten modalidades similares de relaciones sociales que son radicalmente distintas del funcionamiento ordinario de la sociedad. Por más estimulante y heurística que pueda llegar a ser la idea de "forma carcelaria como forma social", el riesgo de pensar en ella en términos de diseminación a través de múltiples mundos sociales implica perder la singularidad del encarcelamiento, la violencia específica del confinamiento y las consecuencias particulares –sociales, políticas, éticas– de la generalización de su uso. Pasar cuatro años como etnógrafo en una prisión francesa me convenció de que los científicos sociales tenían que explicar tanto la excepcionalidad de la condición carcelaria como la porosidad del sistema correccional.



# ENTREVISTAS





## ENTREVISTA AL PROFESOR JEREMY WALDRON\*

**Lecciones y Ensayos:** —*Siempre empezamos con una pregunta general ¿Qué es el Derecho?*

**Jeremy Waldron:** —¿Qué es el Derecho? Esa es una pregunta que algunas personas dicen que no podemos contestar, porque hay muchas cosas para recalcar y demasiados desacuerdos sobre cómo ordenarlas en una definición. Me gusta pensar en el Derecho primero en el sentido de un sistema legal, es una serie de instituciones que ayudan a definir un tipo de gobierno muy general, de la dominación y organización de una sociedad. No gritándonos órdenes como en un ejército, sino como un cuerpo coherente y perdurable de normas, expresadas en términos genéricos, entrelazándose entre sí, creciendo a través del tiempo, y usando eso como un punto de referencia para la forma en que toda la sociedad está pensando. Así es como yo entiendo el derecho, conectando desde un principio a la ley con el Estado de Derecho; en el sentido que entendemos al concepto de Derecho en relación con el sistema legal, a las instituciones legales y a la ley como cierta presencia en una sociedad.

**Lecciones y Ensayos:** —*¿Cómo fue que comenzó a interesarle la filosofía, y en particular la filosofía del Derecho?*

**Jeremy Waldron:** —Estudié filosofía primero, cuando era un joven estudiante universitario en la edad media (risas), en Nueva Zelanda en los

\*Entrevista realizada el 24 de agosto de 2018 por miembros del Consejo de Redacción de la revista *Lecciones y Ensayos*. Traducción de *Lecciones y Ensayos*. Jeremy Waldron es profesor de la Universidad de Nueva York (NYU), en la que enseña Filosofía Legal y Política. Estudió en la Universidad de Otago, Nueva Zelanda, donde se graduó con un *Bachelor of Arts* en 1974 y un *Bachelor of Laws* en 1978. También ha dictado clases en la Universidad de Princeton, la Universidad de Oxford y la Universidad de Columbia. Agradecemos al Prof. Juan Pablo Alonso, Presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, por su colaboración para coordinar esta entrevista.

70 y estudié Derecho en segundo lugar. Luego me acerqué a la filosofía en parte porque había estudiado Derecho y también porque había estudiado filosofía política, lo cual si se hace de forma correcta debería llevarte fácilmente a la filosofía del Derecho.

**Lecciones y Ensayos:** —*¿Por qué considera que es importante estudiar filosofía del Derecho?*

**Jeremy Waldron:** —Creo que es importante para comprender la importancia del Derecho y para tener una noción de la diferencia que puede hacer el Derecho en términos generales, no solo la diferencia que puede hacer una campaña o una política en particular, pero el impacto que tiene en la vida de las personas el tener una serie de reglas establecidas, intelectualmente, en el sentido de que pueden organizar sus vidas. Pienso que es importante que las personas comprendan ese aspecto del Derecho y es lo que he estado haciendo con mi trabajo en filosofía durante los últimos veinte años.

**Lecciones y Ensayos:** —*Retomando la pregunta anterior, ¿cuál es la diferencia entre la manera en que se enseña filosofía en la Universidad de Nueva York (NYU), respecto de la importancia que se le da y la profundidad en el estudio?*

**Jeremy Waldron:** —Depende de los diferentes cursos, de los diferentes niveles y profesores/as. Algunos cursos, como los que yo enseñé sobre el Estado de Derecho, jurisprudencia y —a veces— sobre dignidad humana, son lo suficientemente profundos, pero no necesariamente en el aspecto filosófico. No implican necesariamente filosofía técnica, sino que requieren cierto nivel de reflexión y los/as estudiantes tienen que trabajar con materiales históricos. Los/as alumnos/as tienen que leer a Immanuel Kant, Cicerón, entre otros, pero a veces intentamos ir variando entre un involucramiento superficial con casos particulares y uno profundo con ideas particulares. Voy a estar hablando de esto en estos días en relación con la dignidad humana.<sup>1</sup> Ahora bien, otras personas que trabajan en filosofía del Derecho hacen algo que es más técnico y más desafiante, ya que es abstracto, más separado de los problemas que las personas de hecho enfrentan. Otros cursos trabajan con asuntos particulares de justicia, problemas de justicia social, protección de los

1. Entrega del doctorado *honoris causa* a Jeremy Waldron en la Facultad de Derechos de la Universidad de Buenos Aires, URL <https://www.youtube.com/watch?v=3n8AKVie0p0>.

derechos de las minorías, por lo que realmente hay muchos niveles de abordaje dentro de la filosofía del Derecho y abarca una gran diversidad de temas. Aun cuando ya has analizado la filosofía legal hay otra área llamada Teoría Legal, que tiende a ser la parte abstracta de ciertas disciplinas. Puede haber teoría legal de Derecho de las obligaciones, hacemos mucha teoría legal de proceso constitucional en la Universidad de Nueva York. En parte, esto se debe a que los/as profesores/as de Derecho procesal civil –incluyendo a un profesor argentino, Samuel Issacharoff, y nuestros profesores de Derecho constitucional– se encuentran trabajando con la relevancia de las instituciones y la forma en la que definen los procesos de decisión que ocurren en la sociedad. Esa área de teoría constitucional, teoría procesal, agrega una capa extra de conocimiento.

**Lecciones y Ensayos:** —*Mencionó la protección a los derechos de las minorías en Estados Unidos donde se logró establecer una agenda progresista mediante decisiones judiciales como, por ejemplo, el matrimonio igualitario y la legalización del aborto. Estos temas fueron discutidos en el Congreso Argentino, el primero fue legalizado en el año 2010 y el segundo no fue aprobado por el Senado hace apenas dos semanas. ¿Cree que estas distintas experiencias pueden ayudar a la discusión sobre la relación entre el poder judicial, la democracia y los derechos constitucionales?*

**Jeremy Waldron:** —En Estados Unidos algunas legislaturas estatales habían ya legalizado el matrimonio entre parejas del mismo sexo, quizás 12 o 14, tenemos 50 Estados. Cada uno de esos Estados es semisoberano, eso significa que controla todas las áreas del Derecho excepto aquellas reservadas al gobierno federal. Los Estados tienen poderes plenos, y el matrimonio está bajo su autoridad, lo que implica que la reforma de la institución del matrimonio tiene que suceder Estado por Estado. Esto no es una mala idea porque permite cierto nivel de experimentación; ayuda a que los Estados más progresistas puedan asegurarles a Estados más conservadores que esto no es un desastre. En todo el mundo el matrimonio entre parejas del mismo sexo ha sido legalizado en su mayoría por decisión legislativa, y está bien que así sea. La institución del matrimonio cambia como resultado; esta institución les pertenece a las personas cuyas vidas se estructuran bajo esta y, por lo tanto, son las personas las que tienen el derecho de determinar la naturaleza del cambio. Quizás necesitamos revisión judicial de la legislación matrimonial si

hay algún tipo de dificultad, pero lo que observamos en Estados Unidos es que el asunto había llegado a un punto crítico y la opinión pública se estaba moviendo hacia la aceptación del matrimonio entre parejas del mismo sexo. Entonces probablemente fue una mala idea que haya sido resuelto por el poder judicial, en vez de permitirle hacerlo a cada legislación particular. Soy un hombre que cree en la dignidad de la legislación. Soy neozelandés, llegué a Estados Unidos desde Nueva Zelanda, y Nueva Zelanda aprobó por ley el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Hay un hermoso video en YouTube que pueden buscar, se llama “*New Zealand same sex marriage legislation*”<sup>2</sup> que muestra la alegría, los cantos, la felicidad y la civilidad de la decisión final sobre esta cuestión. Las personas estaban tomando el control de su propia institución del matrimonio: transformándola de forma más tolerante y abierta y hay algo encantador sobre eso.

**Lecciones y Ensayos:** —*Existen algunas opiniones en Latinoamérica a favor de controles estrictos de constitucionalidad por parte del Poder Judicial o de las Cortes Constitucionales. ¿Cuál es su opinión sobre estas posturas?*

**Jeremy Waldron:** —Tiendo a dudar si es siempre una buena idea. Existe ahora una tradición —no solo en Latinoamérica sino en todo el mundo— de Cortes posicionándose al frente del trabajo que tiene que hacer el gobierno sobre derechos, justicia y el debido respeto de minorías, por lo que no quiero menospreciarlo. Sí creo que cuando una Corte toma una decisión sobre alguno de estos asuntos, hay un problema de legitimidad. De esto estuve hablando en la Corte Suprema<sup>3</sup> esta mañana. El problema no es la legitimidad en el sentido de “deberían o no deberían hacerlo”, sino que en el momento en el que una Corte toma una decisión, va a haber personas de acuerdo y otras en desacuerdo; y el desacuerdo no siempre es fascista u opresivo, también es desacuerdo de buena fe y razonable. La pregunta de legitimidad política es qué se le dice a la persona que perdió, a la persona que no está de acuerdo con el resultado y cómo se reconcilia a esa persona con la decisión. En el caso de las decisiones legislativas hay cosas que se pueden decir: se

2. New Zealand Parliament passes gay marriage bill —and a love song, URL [https://www.youtube.com/watch?v=q9pOJ8Bc\\_g](https://www.youtube.com/watch?v=q9pOJ8Bc_g)

3. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

puede hablar del proceso político justo, se puede hablar de democracia, y de las decisiones mayoritarias. Hay algo que se puede contestar que no requiere que la persona simplemente abandone su postura. Entonces, existe un desafío para el poder judicial para encontrar una forma de reconciliarse con base en el valor de la civilidad, reconciliar a aquellos/as que se oponen a las decisiones con las decisiones en sí. No solo para que las apoyen, se comporten acorde a ellas y no se resistan, salgan a las calles o se levanten en armas, sino también para que se reconcilien con el valor de la dignidad de la ciudadanía. Tenemos que desarrollar cosas que podamos decir sobre la decisión de la Corte para reconciliar a aquellos/as que perdieron. Y no sirve de nada decir "bueno, fue la decisión correcta" porque no van a estar de acuerdo con ello, su postura es que si querían la decisión correcta, deberían haber resuelto de forma distinta. Entonces debemos hablar del proceso, o, como yo creo, de la institución.

**Lecciones y Ensayos:** —*¿Entonces estos podrían ser los pilares para una reforma judicial?*

**Jeremy Waldron:** —Sí, creo que es correcto.

**Lecciones y Ensayos:** —*Usted se ha referido al asunto de las Cortes Constitucionales en América Latina, especialmente el caso de Colombia. ¿Ha recibido críticas por su postura?*

**Jeremy Waldron:** —Bueno siempre hay críticos porque hay mucho entusiasmo y especialmente porque somos todos abogados/as, ¿no? La revisión judicial nos da un rol especial, un rol privilegiado para jugar en el proceso decisorio. No es sorprendente que estudiantes de Derecho, abogados/as y jueces/zas tiendan a ser muy entusiastas sobre este asunto. Me dicen mis estudiantes latinoamericanos y mis amigos cuando visito que también hay mucho compromiso, resistencia y críticas. Una de las respuestas más fuertes vino de... ¿conocen al juez brasileño Luis Roberto Barroso? Es un gran intelectual, y hablé con él mucho tiempo en una reunión con la Suprema Corte, la Corte Constitucional, en Brasilia. Y él habló mucho, como por una hora. Fue una muy buena conversación y una respuesta muy seria. Así que sí, puede llegar a ser controvertido a veces.

**Lecciones y Ensayos:** —*Hablando de jueces/zas, ¿cuál es su opinión sobre el nombramiento de los/as jueces/zas?*

**Jeremy Waldron:** —Bueno, nos estamos enfrentando a esto en Estados Unidos ahora; pensar en la designación judicial cuando la nominación

viene de un presidente desprestigiado y un senado hiperpartidista que lo tiene que ratificar. La política de la designación judicial siempre es vulnerable, puede fácilmente volverse venenosa, tóxica y devenir excesivamente politizada. Eso sucede si se prefiere el costo de darle a los/as jueces/zas un rol más amplio en la vida política. Cuando le dimos a los/as legisladores/as un rol en la vida política fue porque creíamos en el imperio del Derecho, por eso se volvió importante la forma de elegir a los/as legisladores/as. Ya no nos contentamos con que fueran designados como en una Cámara de los Lores o algo similar. Quisimos que fueran elegidos/as. Y cuando los/as jueces/zas son designados/as, si los/as jueces/zas van a estar haciendo trabajo político, va a haber mucha preocupación sobre la base en que son elegidos/as. ¿Por qué tenemos estos/as jueces/zas conservadores/as en vez de estos/as jueces/zas liberales? Alguien podría decir: “yo no voté eso”. Puede volverse tóxico y efectivamente involucrar la infiltración de la política partidaria en la política judicial. Puede afectar también a los/as jueces/zas, a los/as magistrados/as en los tribunales y a la relación entre ellos/as, lo que puede volverse poco civilizado e hiperpartidista. Entonces, hay una lección general sobre esto: no solo existe el desafío de legitimidad que mencioné antes, sino que también existe el hecho de que cuanto más trabajo político se le da a los/as jueces/zas para hacer, más va a ser vista su designación como un suceso político. Luego también surge la pregunta sobre cómo puede ser esto hecho de forma justa y sin incivilidad.

**Lecciones y Ensayos:** —*¿Cuál es el impacto que tienen las clases de filosofía legal y qué autor/a recomendaría leer en particular?*

**Jeremy Waldron:** —En la Universidad de Nueva York doy un curso llamado “Filosofía legal moderna: los libros” y leemos cinco libros durante catorce semanas. Leemos *El concepto de Derecho*, de H.L.A. Hart; leemos *El Imperio de la Justicia* de Ronald Dworkin; leemos *La Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen (Hans Kelsen fue un jurista austríaco alrededor de los años 30). Leemos a John Finnis y a veces Lon Fuller. Incluso a veces a un hombre de quien quizás nunca escucharon hablar, llamado Evgeny Pashukanis. Era un jurista soviético que pensaba que el Derecho estaba inherentemente asociado al individualismo capitalista, porque trata sobre quién tiene qué derecho y sobre posiciones individuales siendo resguardadas por reglas legales. Él sugiere que en una comunidad socialista no habría necesidad de un Derecho y que el Derecho en Rusia sería aminorado mientras se establecía una comunidad

socialista. Lo cual estuvo bien por un periodo de tiempo hasta que Stalin decidió invocar la idea de legalidad socialista. Pashukanis pensaba que era una contradicción terminológica y el pobre Pashukanis trató de pedalear hacia atrás con su bicicleta, diciendo "sí, por supuesto que puede haber legalidad socialista"; pero no pasó mucho tiempo hasta que fuera liquidado y desaparecido hacia finales de los años 20. Hay muchos autores modernos para leer, autores/as del siglo XX y sobre autores más tempranos leo bastante a Immanuel Kant, y mucho a John Locke y Montesquieu, del siglo XVII al XIX. También Sieyès y algunos/as grandes constitucionalistas. El siglo XVIII fue un gran siglo para el constitucionalismo y los/as constitucionalistas son muy importantes.

**Lecciones y Ensayos:** —*Usted mencionó a Ronald Dworkin y algunos/as académicos/as se refieren a usted como un contradictor u opositor a Dworkin, ¿se siente cómodo con esta etiqueta?*

**Jeremy Waldron:** —Bueno, Dworkin y yo tenemos desacuerdos sobre algunos temas: la revisión judicial es uno de ellos, los discursos de odio es otro. Él tiende a creer plenamente en la libertad de expresión y yo tiendo a creer en algunas restricciones en cuanto a discursos de odio. Entonces tenemos desacuerdos como cualquier par de personas que trabajan de forma cercana y están de acuerdo en algunas cosas y en desacuerdo en otras. Yo concuerdo profundamente con su jurisprudencia y con su trabajo en general. Él y yo fuimos amigos cercanos, colegas cercanos y él también fue mi profesor hace algún tiempo cuando yo estaba en Oxford. Entonces no me percibo para nada a mí mismo como un anti-Dworkin.

**Lecciones y Ensayos:** —*Y en relación con algún/a otro/a pensador/a, ¿considera que su visión es especialmente opuesta a algún/a otro/a académico/a?*

**Jeremy Waldron:** —Especialmente opuesta, no lo sé. Mi postura es muy cercana al trabajo de Lon Fuller sobre el Estado de Derecho y la moralidad interna del Derecho. Entonces supongo que me opongo a todo aquel que denigre a Fuller (risas). En los últimos años tiendo a ser un poco crítico del trabajo de H.L.A. Hart pero no me considero una persona que tenga estos antagonismos o *vendettas*.

**Lecciones y Ensayos:** —*Durante los últimos cincuenta años la filosofía ha discutido iusnaturalismo e iuspositivismo. ¿Piensa que vale la pena dedicarle otros cincuenta años a este debate?, ¿qué lecciones importantes piensa que ha dejado esta discusión?, ¿qué otros debates dentro de la filosofía del Derecho considera que es relevante discutir?*



**Jeremy Waldron:** —Esos dos términos, iuspositivismo e iusnaturalismo no sé van a ir a ningún lado y van a seguir enmarcando cualquier trabajo que estemos haciendo en filosofía. Hay mucho trabajo para hacer todavía. Particularmente con la idea que algunos/as internacionalistas han contemplado, de que por un periodo de tiempo —y hasta determinado punto— el Derecho natural hace un trabajo serio en el campo internacional. Y debemos preguntarnos, ¿qué significa eso? ¿el Derecho natural tendrá cierta entidad o existencia en el cielo? ¿eso significa que las personas usan el Derecho natural como una forma de crear Derecho positivo? ¿queremos decir que hay un entendimiento general compartido en el presente? Pienso que aún hay trabajo para hacer y algunos de los mejores trabajos sobre Derecho natural no han sido particularmente buenos con este tema. El libro de John Finnis *Ley Natural y Derechos Naturales*, publicado en 1980 es principalmente sobre ética, pero no es realmente sobre Derecho. Tenemos que entender al Derecho positivo, tenemos que entender cómo el Derecho puede tener una presencia en la sociedad y se separa un poco de la visión de las personas sobre la justicia. Siempre pensé que esto es importante, ya que hay gente que no está de acuerdo en una sociedad y el Derecho tiene que hacer su trabajo en el medio de ese entendimiento; y, por lo tanto, las demandas de la ley tienen que poder ser identificadas de una forma que sea relativamente independiente de la visión moral de las personas, por lo que siempre me pareció que tenemos trabajo para hacer con el positivismo. La otra cosa que es importante en el debate de Derecho Positivo *versus* Derecho Natural es qué rol juega el pensamiento moral, la reflexión moral, el sentimiento moral al trabajar como abogado/a o como juez/a. Un positivista diría “casi nada”, un/a abogado/a iusnaturalista diría “mucho”. Eso no se trata realmente de algo llamado Derecho Natural. Es realmente acerca de la naturaleza del razonamiento legal y creo que aún no hemos llegado al fondo de eso. Algunos de los argumentos —diría Locke— son puramente semánticos, se puede decir que los/as jueces/zas tienen que hacer pensamiento moral, pero que eso no es Derecho y otras personas dicen que tienen que hacer pensamiento moral, pero que eso sí es Derecho. Están de acuerdo con que tienen que pensar moralmente, pero aún tenemos que descifrar cómo luce el pensamiento moral, cómo funciona. El trabajo que hizo Dworkin sobre esto me parece el más importante en la discusión actual, en particular su teoría e interpretación.



**Lecciones y Ensayos:** —*¿Cuál sería su respuesta a aquellos que afirman que los/as jueces/zas son el único límite al populismo?*

**Jeremy Waldron:** —El límite al populismo es la democracia, una democracia estructurada, cuidadosa y reflexiva. Si pensamos a los/as jueces/zas como nuestra salvación del populismo, les estamos asignando una tarea y una misión que es bastante distinta de la función judicial. Eso me inquieta mucho. Si nos enfrentamos a un ascenso abrupto del populismo —en un mal sentido— lo que hay que hacer es pensar formas de movilizar una democracia no-populista frente a éste.

**Lecciones y Ensayos:** —*¿Cómo ve la influencia del poder judicial en los presidencialismos en América Latina?*

**Jeremy Waldron:** —Ustedes deben saber más que yo. Pero los/as jueces/zas con los que hablo son conscientes de que tienen que responder a dos cosas; la primera es la existencia de instituciones disfuncionales en las otras ramas de gobierno que conllevan corrupción y estancamiento. Y, además, tienen que responder a algo sobre hiperpresidencialismo, entonces se ven a sí mismos teniendo que hacer este trabajo como último recurso porque nadie más lo va a hacer. Pero la razón por la cual no pueden abordar estos temas es que no son temas de los que se supone que deberían ocuparse. Si fuesen temas que les correspondieran entonces los/as jueces/zas estarían estancados, los/as jueces/zas serían corruptos/as y el proceso de selección de jueces/zas estaría envenenado. Entonces considero que es una solución a corto plazo.

**Lecciones y Ensayos:** —*¿Piensa que la democracia deliberativa y la democracia directa son compatibles con su teoría constitucional?, ¿cuáles son los cambios que ha experimentado su teoría con relación a este aspecto?*

**Jeremy Waldron:** —La democracia deliberativa es desde luego compatible. Pero es muy importante cuando pensamos en la democracia deliberativa no fantasear con ella. La democracia deliberativa implica que tomemos decisiones políticas en medio de nuestro debate y deliberación. En las manos de personas como Carlos Nino y otros existía esta idea de que la deliberación lleva al consenso y que la política de la democracia deliberativa es consenso político, y me parece que eso está errado. Mucho del progreso en mi trabajo ha sido ir entendiendo por qué eso está errado, entender que la deliberación puede ampliar los desacuerdos y puede en ocasiones agravar el disenso. La deliberación apunta al consenso: sin duda ustedes y yo apuntamos al consenso cuando habla-

mos de cualquier cosa. Tenemos que obtener consenso sobre la verdad, pero la deliberación a veces puede realzar el desacuerdo a la vez que lo enriquece y les da a ambas partes una posición mejor pensada. Entonces creo que la democracia deliberativa es muy importante, pero no substituye a la toma de decisiones por mayoría. Eventualmente tendría que haber procedimientos. Y vemos eso en los tribunales: tenés a los/as jueces/zas deliberando de la mañana a la noche y al final igualmente tienen que votar porque no están de acuerdo; porque hay asuntos muy polémicos aún entre deliberantes de buena fe. Entonces, a través de los años, he tratado de desarrollar una teoría de la democracia deliberativa que funcione de forma natural con una regla de la mayoría, en vez de una teoría de la democracia deliberativa que niegue la necesidad del voto de la mayoría.

**Lecciones y Ensayos:** —*Para finalizar, ¿cuál cree que es la relevancia de la filosofía en la carrera de un/a abogado/a?, ¿cuál sería su consejo para los/as jóvenes estudiantes e investigadores/as?*

**Jeremy Waldron:** —¿En la UBA tienen un curso obligatorio?

**Lecciones y Ensayos:** —*Tenemos que cursar un cuatrimestre de filosofía.*<sup>4</sup>

**Jeremy Waldron:** —Bueno, no me parece que sea importante hacer mucho más que eso. Creo que es muy importante que aquellos/as que enseñan filosofía se aseguren que son conscientes de que se lo están enseñando a abogados/as. Y que están enseñando cosas que se supone que son razonables y útiles para los/as abogados/as, pensando en el trabajo de los/as abogados/as y sobre las estructuras constitucionales, de litigación y asesoramiento legal. Es diferente de hacer filosofía legal en un Departamento de Filosofía. Muchos de mis colegas son personas que realmente pertenecen a los Departamentos de Filosofía, pero vienen a la Facultad de Derecho por los salarios altos (risas) y realmente creo que tenemos una responsabilidad de enseñar filosofía legal de una forma en que se involucre con valores más amplios, como el constitucionalismo, el Estado de Derecho y el carácter distintivo de la gobernanza legal. Pero no aconsejaría a la gente que se rompa la cabeza en un curso de filosofía, no creo que sea particularmente provechoso. Si les interesa, por supuesto que sí, pero cada curso que toman tiene un costo: otro curso

4. Nos referimos a los cuatro puntos obligatorios del CPO en el Departamento de Filosofía que tienen que cursar todos/as los/as estudiantes acorde al Plan 2004/2008.

que no están tomando. Y uno necesita tomar cursos sobre Sociedades, Derecho Ambiental, y después puede leer mucha filosofía con relación a otros cursos que toma: Derecho Internacional, Derechos Humanos, Derecho antidiscriminación, incluso Derecho de Propiedad.

**Lecciones y Ensayos:** —*Bueno, muchas gracias por su tiempo. Realmente lo apreciamos.*

**Jeremy Waldron:** —Por nada. Disfruté mucho esta discusión.



## INTERVIEW WITH PROFESSOR JEREMY WALDRON\*

**Lecciones y Ensayos:** —*We usually start with a general question. What is Law?*

**Jeremy Waldron:** —What is Law? That’s a question that some people say we can’t answer, because there are too many things to stress and too much disagreement about the way to arrange them in the definition. I like to think of law in the sense of a legal system first, it’s a set of institutions that help define a very general kind of ruling, of the domination of a society, the organization of a society, not by us shouting commands like giving orders to an army, but by an enduring and coherent body of norms, expressed in general terms, interlocking with each other, building up over the ages, and using that as a point of reference for the way the whole society was thinking very much into. So that’s how I understand law, so it connects law early on to the Rule of Law in the sense that we understand the concept of law with regards to legal system, legal institutions and law as a certain kind of presence in a society.

**Lecciones y Ensayos:** —*How did you become so interested in Philosophy, and specially Philosophy of law?*

**Jeremy Waldron:** —I studied Philosophy first, when I was a young college student, in the late middle ages (laughs) in New Zealand, in the 1970’s and I did law secondly as a degree and then I came to Philoso-

\*Entrevista realizada el 24 de agosto de 2018 por miembros del Consejo de Redacción de la revista *Lecciones y Ensayos*. Traducción de *Lecciones y Ensayos*. Jeremy Waldron es profesor de la Universidad de Nueva York (NYU), en la que enseña Filosofía Legal y Política. Estudió en la Universidad de Otago, Nueva Zelanda, donde se graduó con un *Bachelor of Arts* en 1974 y un *Bachelor of Laws* en 1978. También ha dictado clases en la Universidad de Princeton, la Universidad de Oxford y la Universidad de Columbia. Agradecemos al Prof. Juan Pablo Alonso, Presidente de la Asociación Argentina de Filosofía de Derecho, por su colaboración para coordinar esta entrevista.

phy partly because of my study of law as such but partly because of my study of political Philosophy, which if done right it should map pretty clearly onto Legal Philosophy.

**Lecciones y Ensayos:** —*Why do you think it’s important to study Legal Philosophy?*

**Jeremy Waldron:** —I think it’s important just to realise what’s distinctly important about law, and to get a sense of the difference that law can make in very general terms, not just the difference of this particular campaign or this particular policy; but the difference it makes to people lives generally to have a standing set of rules, intellectually, in the sense that they can organize their lives by. So I do think it’s important for people to understand that aspect of law, and that’s what I’ve been doing in my philosophical work for the last 20 years or so.

**Lecciones y Ensayos:** —*In connection with our last question, what’s the difference in how Philosophy is taught at NYU, regarding its relevancy and depth of study?*

**Jeremy Waldron:** —It depends on the different courses and different levels and different teachers, so some courses, like the ones I teach on Rule of law, and sometimes just on jurisprudence and sometimes just on human dignity, the courses are reasonably deep but not necessarily philosophically deep, there aren’t involved with lots of technical philosophy, they involve a degree of thoughtfulness and the students have to work with historical material. Students have to read Immanuel Kant, Cicero or whatever. But sometimes we try to move back and forth between surface level engagement of particular cases and deep engagement of particular ideas, I’ll be talking about that this season in relation with human dignity.<sup>1</sup> Now, other people working in philosophy of law would do work that is more technical and more challenging because it’s abstract, a little bit removed from the actual issues that people face. Other courses would be engaged with particular issues of justice and particular concerns and concerns about social justice and concerns about protecting rights and helping minorities. So there really is a whole range of different levels of engagement in Philosophy of law, and it covers a wide variety of topics. And even after you’ve finished analyzing Le-

1. Honorary Doctorate awarded to Jeremy Waldron by the School of Law of the University of Buenos Aires, URL <https://www.youtube.com/watch?v=3n8AKV1e0p0>

gal Philosophy there is another whole area called Legal Theory, which tends to be the abstract part of particular disciplines. So there might be Legal Theory of Tort Law, we do an awful lot of Legal Theory of Process and Constitution at NYU. It's partly because Civil Procedure professors including a man of Argentine extraction, Samuel Issacharoff, and our Constitutional Law professors are very much working with the importance of institutions and the way in which institutions define the decision making that takes place in society. So that area of Constitutional Theory, Procedural Theory, adds an extra layer of understanding.

**Lecciones y Ensayos:** —*You mentioned the protection of the rights of minorities in the US, where a progressive agenda has been achieved through judicial decisions, for instance, the ban to abortion prohibitions and the legalization of same-sex marriage. Those issues were discussed in the Argentinian Congress, the latter was approved in 2010 and the other didn't pass the Senate just two weeks ago. Do you think those different experiences can help the discussion over the relationship between the judiciary, democracy and constitutional rights?*

**Jeremy Waldron:** —In the United States a number of State Legislations had legalized same-sex marriage, maybe 12 or 14, we have 50 states, each of those States is semi-sovereign, that is it controls all areas of law except those areas reserved to the Federal Government, so the states have plenary powers, and marriage is under their authority which means the reform of marriage ought to be happening State by State, and it's not a bad idea because it helps with a certain amount of experimentation and it helps progressive states to reassure more conservative states that this is not a disaster, so all over the world, as you know, same-sex marriage has been legalized mostly by legislative decision, and it's right that it should. The institution of marriage changes in result and this institution belongs to the people whose lives are structured by it, they have a right to determine the nature of the change. Maybe we need judicial review of marriage laws if there is some blockage or difficulty, but what we noticed in the United States was that the issue had reached tipping point and public opinion was moving very quickly to the acceptance of same-sex marriage. So probably it was a bad idea for it to be settled by the Courts rather than allowing particular legislations. But I'm a man who believes in the dignity of legislation. I'm a New Zealander, I came to the United States from New Zealand and when New Zealand enacted legislation establishing same-sex marriage, there's a beautiful

clip on Youtube that you can look up “New Zealand same-sex marriage legislation”<sup>2</sup> and it shows the joy and the singing and the delight and the civility of the final decision on this matter. The people were taking control of their own institution of marriage, transforming it in a more tolerant and open way and there was something lovely about that.

**Lecciones y Ensayos:** —*There are some views in Latin America that support strong constitutional controls on the region by the Judicial Power or Constitutional Courts. What’s your opinion on those views?*

**Jeremy Waldron:** —I tend to be doubtful as whether it’s always a good idea. But there’s a tradition not only in Latin America but all around the world now of Courts establishing themselves on the forefront of the work the Government has to do on issues of rights, issues of justice and issues about the respect due to minorities, so I don’t want to disparage it. I do think that when a Court makes a decision around one of these areas there is a problem with legitimacy. I was talking about this in the Supreme Court<sup>3</sup> this morning. The problem is not legitimacy in the sense of “Should they do it or should they not do it?” It’s that when the Court makes this decision there will be some people who agree and some people who disagree and the disagreement is not always fascist or oppressive. It’s, in good faith, reasonable disagreement. And the question of political legitimacy is: what do you say to the person who lost, the person who disagrees with the outcome, to reconcile that person to the decision? In the case of legislative decisions there are things we can say. We can talk about the fair political process, we can talk about democracy, majority decision. There’s something we can say that doesn’t require the person to simply give up their views. And so there’s a challenge for judicial power to find a way of reconciling on the basis of civility, reconciling those who oppose Court decisions with the decision. So they would not only support them and comply with them and not resist it and not take to the streets or take out weapons, but also that they can reconcile themselves with the dignity of citizenship. So we have to develop things that we can say about the Court position to reconcile those who have lost. And it’s no good saying: “well, it was

2. New Zealand Parliament passes gay marriage bill - and a love song, URL [https://www.youtube.com/watch?v=q9pOJ8Bc\\_-g](https://www.youtube.com/watch?v=q9pOJ8Bc_-g)

3. The Argentinian Supreme Court of Justice.



the right decision", because they won't agree with that. Their view is if you wanted the right decision, you should've gone the other way. So we have to talk something about the process or as I believe something about the institution.

**Lecciones y Ensayos:** —*So could those be the pillars of a judicial reform?*

**Jeremy Waldron:** —Yes, I think that's exactly right.

**Lecciones y Ensayos:** —*You have addressed the issue of Constitutional Courts in Latin America, especially regarding the case of Colombia. Have you received any criticism for your views in the matter?*

**Jeremy Waldron:** —There's always critics because there's a lot of enthusiasm and especially since we're all lawyers, right? Judicial review gives us a special role, a privileged role to play in public decision making. So it's not surprising that law students, lawyers and judges tend to be very enthusiastic. But I also get both from my Latin American students back at NYU and from my friends when I visit here serious engagement and pushback and criticism. One of the most powerful responses was from...do you know the Brazilian justice Luís Roberto Barroso? He's a great intellectual. And I spoke at length at a meeting with the Supreme Court, the Constitutional Court, in Brasilia. And he spoke at length and replied, maybe for an hour. It's a very good engagement and so a very serious response. So yes, it's controversial at times.

**Lecciones y Ensayos:** —*Speaking about judges, what are your views on judicial appointment?*

**Jeremy Waldron:** —We are facing this issue in the United States at the moment. Having to think about judicial appointment when the nomination comes from a discredited President and a hyper-partisan Senate to do the ratification. So the politics of judicial appointment are always vulnerable. The politics of judicial appointment can very easily become poisoned, they can become toxic, they can become overly politicized. That's if you like the cost of giving the judges a larger role to play in political life. When we gave the legislators a role to play in the political life because we believe in the Rule of law, it became important how we chose the legislators. We are no longer happy with them being appointed like to a House of Lords or something like that. We wanted them to be elected. And when judges are appointed, if the judges are going to be doing political work then there's going to be clouds of political concern about the basis in which they're appointed. Why are we having these conservative judges rather than these liberal judges? 'I didn't vote for

that somebody would say. It can become poisoned and it can effectively involve the infiltration of partisan politics into the politics of the judiciary and it can affect the judges also the justices on the courts and their relations with each other, which can become uncivil and again, hyper-partisan. So there's a general lesson from this: not only there's the challenge about legitimacy that I mentioned before, but there's the fact that the more political work you give judges to do, the more their appointment will be seen as a political matter. And then there's the question of how can this be done fairly and without incivility.

**Lecciones y Ensayos:** —*What's the impact of the classes on Legal Philosophy and which author/s would you recommend reading in particular?*

**Jeremy Waldron:** —I teach a course called “Modern Legal Philosophy: The Books” and we read five books during fourteen weeks. So what do we read? We read H.L.A. Hart's *The concept of law*, we read Ronald Dworkin's *law's Empire*, we read Hans Kelsen's *Pure Theory of law* —Hans Kelsen was an Austrian jurist from the 1930s—. We read John Finnis and sometimes Lon Fuller. Sometimes even a man that you might never have heard of called Evgeny Pashukanis. He was a Soviet jurist who believed that law was inherently associated with capitalist individualism, because it is all about who in particular has which rights, it is about individual possessions being secured by legal rules and so he suggested that in a socialist community there would be no need for law and law in Russia would be tempered while a socialist community was established, which was fine for a period and then Stalin suddenly decided that he would invoke the idea of socialist legality, which Pashukanis thought was a contradiction in terms and poor old Pashukanis tried to wheel his bicycle back again, said ‘yes of course there can be socialist legality’ but it was no long before he was liquidated and disappeared in the late 1920s. So there are those modern authors to read, 20th century authors and then for earlier authors I read a lot of Immanuel Kant, and a lot of John Locke and a lot of Montesquieu. On the law those are the earlier modern thinkers, 17th to 19th century thinkers. Siéyes and some of the great constitutionalists. The 18th century was a time of great constitutionalism, so the constitutionalists are very important.

**Lecciones y Ensayos:** —*You mentioned Ronald Dworkin and some academics refer to you as a contradictor or opponent to Dworkin. Do you feel comfortable with this label?*

**Jeremy Waldron:** —Oh, Dworkin and I have disagreements on a cou-

ple of particular issues: judicial review is one of them, hate speech is another one. He tends to be a free speech person and I tend to believe in some restrictions on hate speech. So we disagree like any two given people who work closely together and agree about some things and disagree about others. I agree overwhelmingly with his jurisprudence and his general body of work. He and I were close friends, close colleagues and he was also my teacher a long time ago when I was at Oxford. So I don't think of myself as an antiDworkin at all.

**Lecciones y Ensayos:** —*And regarding another thinker, do you feel like your views are specially opposed to another academic?*

**Jeremy Waldron:** —Specially opposed I don't know. My views are very close to the work of Lon Fuller on the Rule of law and the internal morality of law. So I guess I oppose those who denigrate Fuller (laughs). In the last few years I tend to be a little critical of the work of H.L.A Hart but I don't think of myself like having these antagonisms or these vendettas.

**Lecciones y Ensayos:** —*For the last 50 years Philosophy has been discussing Iusnaturalism and Iuspositivism. Do you think it is worth it to dedicate another 50 years to this issue? What important lessons have been left by this debate? What other debates within Philosophy of law do you consider to be relevant to discuss?*

**Jeremy Waldron:** —Those two terms, Iuspositivism and Iusnaturalism are not gonna go away and they are going to help to frame whatever work we do in Philosophy. There is a lot of work still to be done, particularly on the idea that some International lawyers have toyed with that, for a period—and still to a certain extent—, Natural law does serious work in the international ground. We have to ask ourselves: What does that mean? Does Natural law seem to have a notion or existence in the sky? Do we mean that people use Natural law as a way of making Positive law? Do we mean that there's a shared understanding on the present? So I think there is work to be done on that and some of the best work on Natural Law has not been particularly good on that. So John Finiss' book *Natural Law and Natural Rights* published in 1980 is mostly about Ethics, it's not really about law at all.

We have to understand Positive Law, we have to understand how law can have a presence in a society and stands a little bit apart from people's views on justice. I've always thought this is important because people disagree in a society and law has to do its work in the

midst of that disagreement and therefore law’s demands have to be able to be identified in a way that is relatively independent from people’s moral views so it’s always seemed to me that we have more work to do on Positivism. The other thing that is important in the *Positive vs Natural Law* debate is what role moral thinking, moral reflection and moral sensitivity play in working like a lawyer or working like a judge. The positivist says ‘not much’, the Natural lawyer says ‘a lot’. That’s not really about something called Natural Law. It’s just really about the nature of legal reasoning and we haven’t yet –I think– got to the bottom of that. Some of the arguments, Locke would say are purely semantic, because you could say judges have to do moral thinking but that’s not law and other people say that they have to do moral thinking but it is law. They are agreeing that they have to do moral thinking but we still have to figure out what that moral thinking looks like, how it works and the work that Dworkin did on that is the most important work on the table, his particular theory and interpretation.

**Lecciones y Ensayos:** —*What would your response be to those who affirm that judges are the only limit to populism?*

**Jeremy Waldron:** —The limit to populism is democracy, structured, careful and thoughtful democracy. If we set up judges as our salvation from populism, we are giving them a task and a mission that is quite different from the judication. So, I’m very, very nervous about that. If we face the populist *upheaval* –in a bad sense– the thing to do is to work out ways of mobilizing non-populist democracy against it.

**Lecciones y Ensayos:** —*How do you see the influence of the judicial power in presidentialism in Latin America?*

**Jeremy Waldron:** —You’d know more about that than I do. But the judges that I speak to are conscious that they are having to respond to two things: one is dysfunctional institutions in the other branches of government including corruption and deadlock. And that they also have to respond to some hyper-presidentialism, strong-man presidentialism and they see themselves as having to do that work as a last resort because no one else will. But the reason why they can’t take on this issues is that they’re not issues that they’re supposed to deal with. If they were issues that they’re supposed to deal with then the judges would be deadlocked and the judges would be corrupt and the judges’ process of appointment would be poisoned. So it’s a little bit of a short term solution.

**Lecciones y Ensayos:** —*Do you think that deliberative democracy and direct-democracy are compatible with your constitutional theory? What are the changes that your theory has experienced regarding this aspect?*

**Jeremy Waldron:** —Deliberative democracy is certainly compatible. But it's very important when we think about deliberative democracy not to fantasize about it. Deliberative democracy means that we take political decisions in the midst of our debate and deliberation. In the hands of people like Carlos Nino and others there was a thought that deliberation leads to consensus and the politics of deliberative democracy is consensus politics and it seems to me that's wrong. A lot of the progress in my work has been understanding why that's wrong, understanding that deliberation can sometimes widen divisions, can sometimes aggravate dissensus. Deliberation aims at consensus. Certainly you and I aim at consensus whenever we talk about anything. We have to get consensus on the truth. But deliberation can sometimes enhance disagreement at the same time as it enriches disagreement and it gives both sides a better thoughtful position. So I think deliberative democracy is very important but is no substitute from majority decision-making. Eventually there'd have to be procedures. And we see that in Courts! There are the judges deliberating from morning 'till night and still at the end they have to vote... because they disagree. Because there are issues so contentious even among good faith deliberators. So over the years I've been trying to develop a theory of deliberative democracy that works naturally with a majority rule rather than a theory of deliberative democracy that is in denial of the need for a majority rule.

**Lecciones y Ensayos:** —*To finish, what do you think is the relevance of Philosophy in a lawyer's career? What would your piece of advice be for young students or researchers?*

**Jeremy Waldron:** —At UBA do people have to take a compulsory course?

**Lecciones y Ensayos:** —*We have to take a semester in Philosophy.*<sup>4</sup>

**Jeremy Waldron:** — Well, I wouldn't think it was important to do much more than that. I think it's very important for those who teach Philosophy to make sure they are aware that they are teaching it to lawyers. And that they are teaching stuff that is supposed to be sensible and

4. We are referring to the four compulsory credits students must take in the Department of Philosophy, according to the 2004/2008 Curriculum.

helpful to lawyers, thinking about a lawyer's work and constitutional structures, litigation and legal advice. It's different from doing Legal Philosophy in a Philosophy Department and so many of my colleagues are just people that really belong in Philosophy Departments, but come to law School to fit the high salaries (laughs) and I do believe very strongly that we have a responsibility to teach legal philosophy in a way that specifically engages with broader values like constitutionalism, the Rule of Law and the distinctive character of legal governance. But I wouldn't advise people to cram up with a philosophy course, I don't think it's particularly helpful. If you're interested of course but every course that you take has a cost: some other course that you don't take. And one needs to take courses on Corporations, Environmental law... and then you can read a lot of philosophy in connection of the courses that you take... International law, Human Rights law, Anti-discrimination law, even Property law.

**Lecciones y Ensayos:** —*Well, thank you very much for your time. We really appreciate it.*

**Jeremy Waldron:** —Most welcome. I enjoyed very much this discussion.

## PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Los trabajos están sujetos al sistema de referato. En consecuencia, los ensayos y las lecciones son asignadas por la Secretaría de Redacción a un número determinado de miembros del Consejo de Redacción –tres (3) en la presente edición– bajo seudónimo, para preservar el anonimato y evitar la distorsión de las condiciones de evaluación. Estos/as miembros se expiden a través de un dictamen escrito que contiene sus consideraciones e indica el voto a favor o en contra de la publicación.

La Secretaría de Redacción podrá decidir que los trabajos sean evaluados a través de un procedimiento de evaluación externa. En ese caso, serán asignados a miembros del Consejo Asesor –dos (2) en la presente edición– bajo seudónimo. Estos/as miembros se expiden también a través de un dictamen escrito en el que se indica su voto a favor o en contra de la publicación y fundamentos.

En ambos casos, de formarse el voto unánime de los/as dictaminantes a favor de la publicación de la asignación, esta queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si todos/as los/as dictaminantes se expiden en contra, la obra es desestimada. Si hubiera disidencias en el sentido de sus votos, el escrito es elevado a la consideración del cuerpo editorial en pleno (plenario). En los tres supuestos, el/la autor/a recibe los votos fundamentados de los/as dictaminantes.

El plenario es la instancia en la que la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de los/as miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple, sin manifestación al autor de los fundamentos.

A diferencia de los ensayos y las lecciones, las obras presentadas para otras secciones de la Revista –reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, etc.– son directamente sometidas a la evaluación del plenario, sin la instancia previa en la que se elaboran dictámenes individuales.

Todos los escritos que el Consejo de Redacción haya determinado como publicables quedan preseleccionados para su reconsideración al momento del cierre editorial. Así, en la etapa de conformación definitiva del número, los trabajos preseleccionados son nuevamente clasificados por el

pleno para decidir cuáles son incluidos en la publicación física y digital. Todo escrito restante —es decir, no incluidos— es tenido por preseleccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor/a así lo desea.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la revista *Lecciones y Ensayos*, tanto en su versión en papel como en su versión digital, en el portal de la Facultad de Derecho de la UBA.



## CÓMO PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*

### PAUTAS FORMALES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

1. El trabajo enviado deberá adoptar el siguiente orden de presentación:
  - a. Título del trabajo (en español).
  - b. Pseudónimo escogido por el/la autor/a (no debe permitir identificar al/a la autor/a).
  - c. Resumen del trabajo en español (250-500 palabras).
  - d. Palabras clave en español (al menos 5 palabras clave).
  - e. *Abstract* del trabajo (de ser posible; 250-500 palabras).
  - f. *Keywords* (de ser posible; al menos 5 *keywords*).
  - g. Cuerpo del trabajo (según la extensión determinada por el tipo de trabajo).
  - h. Bibliografía.
2. En todos los casos, la fuente será Times New Roman, 12 pts., justificado, interlineado 1,5. La hoja será tamaño A4 (21 x 29,7 cm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm).
3. El trabajo deberá enviarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección lye@derecho.uba.ar. Dentro de las veinticuatro horas se contestará con un acuse de recibo. Preferentemente, debe enviarse en formato .docx; pero también son admisibles formatos similares como .doc, .odt, .rtf. También debe enviarse una versión en .pdf, a fin de asegurar una versión correcta y consolidada.
4. Deberán ser originales e inéditos, redactados en procesador de texto –preferentemente Microsoft Word 2003 o posterior– en fuente Times New Roman tamaño 12 pts., interlineado de 1,5 líneas. La extensión del trabajo, incluyendo las referencias bibliográficas, deberá ser de veinte (20) a treinta (30) páginas.
5. Los trabajos deberán contar con fuentes que sustenten sus afirmaciones y deberá ser posible controlar la existencia y el contenido de estas fuentes.

6. El sistema es de notas al pie de página con bibliografía al final. Las notas al pie deben ser autosuficientes. No deberá emplearse ningún tipo de reenvío a notas anteriores con fórmulas como “ibíd.”, “op. cit.”, “ver cita” o similares. Las notas al pie procurarán no exceder el renglón de extensión. En el caso de que los elementos título para la doctrina, identificación para las normas o nombre del caso para la jurisprudencia, sean de más de seis 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*, 2ª 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*, 2ª ed., La Ley, 2013, Buenos Aires.

*En el cuerpo del trabajo:* APELLIDO, “Título”, página.

Ejemplo: BALMACEDA, “Una visión histórica de la buena fe”, p. 54.

#### c. Artículos de publicaciones periódicas

*En la bibliografía:* APELLIDO, Nombre, “Título”, en *Nombre revista*, periodicidad, otros datos, páginas.

Ejemplo: MARIANI DE VIDAL, Marina, “La ‘denuncia de daño temido’ a más de cuatro décadas vista”, en *Lecciones y Ensa-*

yos, 2016, N° extraordinario "60 Aniversario", pp. 301-305.

*En el cuerpo del trabajo*: APELLIDO, "Título", página.

Ejemplo: MARIANI DE VIDAL, Marina, "La 'denuncia de daño temido'...", p. 304.

#### **d. Derecho interno**

*En la bibliografía*: Jurisdicción/Ente, "Nombre común", identificación, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: República Argentina, "Ley de medios", Ley 26522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, 10/10/2009.

*En el cuerpo del trabajo*: Jurisdicción/Ente, "Nombre común", artículo.

Ejemplo: República Argentina, "Ley de medios", art. 5.

#### **e. Derecho internacional: tratados**

*En la bibliografía*: Nombre, fecha firma, lugar, entrada en vigor, norma de derecho interno, datos de UNTS, otros datos.

Ejemplo: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, Viena, Austria, e.v. 27/01/1980, UNTS 1115:331.

*En el cuerpo del trabajo*: Nombre, fecha firma, artículo.

Ejemplo: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, art. 46.

#### **f. Derecho internacional: organismos internacionales**

*En la bibliografía*: Órgano emisor, identificación, nombre, fecha, sesión, otros datos

Ejemplo: Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/RES/67/97, El estado de derecho en los planos nacional e internacional, 14/12/2012.

*En el cuerpo del trabajo*: Órgano emisor, identificación, punto.

Ejemplo: AGNU, A/RES/67/97, pto. 1

#### **g. Jurisdicciones nacionales**

*En la bibliografía*: Tribunal, "Nombre común", "Nombre del caso", fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Bazterrica", "Bazterrica Gustavo Mario s/Tenencia de Estupecientes", 29/08/1986, Fallos 308:1392.

*En el cuerpo del trabajo:* Tribunal, "nombre común", considerando.

Ejemplo: CSJN, "Bazterrica", considerando 8.

#### **h. Jurisdicciones internacionales**

*En la bibliografía:* Tribunal/órgano, "Nombre Común", "Nombre del caso", fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Panchito López", "Caso 'Instituto de Reeducción del Menor' Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", 02/09/2004.

*En el cuerpo del trabajo:* Tribunal/órgano, "Nombre común", considerando

Ejemplo: Corte IDH, "Caso Panchito López", considerando 25.

#### **i. Material disponible online**

*En el caso de que el material esté disponible en internet, al final de la referencia según los párrafos precedentes, se puede incluir la siguiente información:* Identificación, Dominio [DOI/URL], Consultado, fecha.

Ejemplos: PETERS, Anne, "Treaty Making Power", en Wolfrum, 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/law-9780199231690-e1494?rsk=Nez%20miV&result=1&prd=OPIL> consultado 10/09/2018.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)", 15/02/2018, URL <https://www.cij.gov.ar/nota-29178-La-Corte-Suprema-llama-a-una-nuevaaudiencia-p-blica-por-la-contaminaci-n-del-Riachuelo.html> consultado 10/09/2018.

AUGENSTEIN, Daniel, "Paradise Lost: Sovereign State Interest, Global Resource Exploitation and the Politics of Human Rights", en *European Journal of International Law*, Vol. 27, N° 3, 2016, pp. 669-691, DOI 10.1093/ejil/chw033 consultado 26/08/2018.

## CÓMO PARTICIPAR

*Lecciones y Ensayos* es una revista jurídica semestral dirigida por estudiantes dependiente del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue fundada en el año 1956 y desde entonces ha cumplido el papel de foro editorial de profesores/as y alumnos/as, sin más requisito que la excelencia académica.

La revista *Lecciones y Ensayos* se caracteriza por estar gestionada a partir de un diseño institucional basado en procedimientos democráticos de toma de decisiones que involucran a todos/as los/as miembros del Consejo de Redacción de la revista que una vez por semana se reúnen para deliberar en torno a las tareas editoriales. Si querés participar de la revista, podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20.00.

Las reuniones tienen lugar en nuestra oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho.

También podés comunicarte con nosotros/as por teléfono (+54 11) 5287-6737 o enviándonos un e-mail a [lye@derecho.uba.ar](mailto:lye@derecho.uba.ar) o [direccionlye@derecho.uba.ar](mailto:direccionlye@derecho.uba.ar).

El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es ser alumno/a regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.





