



ARGENTINA



# Lecciones y Ensayos

Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho  
Universidad de Buenos Aires



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

Secretaria  
Magdalena Belén Rochi Monagas



**CONSEJO DE REDACCIÓN  
PRIMER SEMESTRE 2021**

**Directora**

Julieta Nieva

**Subdirector**

Bautista Grandi

**Secretario de Redacción**

Inti Raymi Azulay

**Colaboradoras/es**

Agustina Álvarez

Bárbara Blanc

Candela Basso Martin

Micaela Ailín Costa

Ezequiel Curcio

Ana Horowitz

Lucía Martínez Larrea

Florencia Segal

Santiago Amilcar Travaglio

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

## **RÉPLICA**

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



2021	106
------	-----

FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

# LECCIONES Y ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

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
----------------	----

### IN MEMORIAM DE EUGENIO BULYGIN (1931-2021)

Böhmer, Martín Federico, <i>La risa del Dr. Bulygin</i> .....	17
Calzetta, Alejandro, Monti, Ezequiel & Rábanos, Julieta <i>Eugenio Bulygin (1931-2021)</i> .....	19

### LECCIONES

Menem, Facundo, <i>La protección familiar de los migrantes: contrapuntos entre las sentencias del Supremo Tribunal Federal brasileño y la Corte Suprema de Justicia argentina</i> .....	43
Zorzin, Natalia Dánae, <i>El derecho a vivir libres de corrupción: análisis de su viabilidad jurídica en el sistema interamericano de derechos humanos</i> .....	63
Gómez Perdiguero, Ignacio, <i>El exjuez federal, los sentimientos morales y la responsabilidad</i> .....	85

### ENSAYOS

Vieyra, Federico Gastón, <i>Fuerza mayor y teoría de la imprevisión en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUCCIM) y en los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales</i> .....	109
Coronado Barajas, Daniel Steven, <i>Responsabilidad parental en mujeres con discapacidad intelectual o psicosocial</i> .....	139

TRABAJOS DE CURSOS DEL CPO ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN

Giménez Losano, María Azul, *El arbitraje del mar de China meridional: jurisdicción e implicancias*..... 165

MISCELÁNEAS

Luna Blanco, Tania, *Los avatares de la justicia: una tarde en el juzgado* ..... 191

XVII CONCURSO DE ENSAYOS BREVES “30° ANIVERSARIO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO”

Acuña, María Florencia, *Derechos de niños y niñas, y entorno digital*..... 195

ENTREVISTAS

Entrevista a Susana Ruiz Cerutti.....211

Procedimiento de selección..... 229

¿Cómo publicar en *Lecciones y Ensayos*? ..... 231

¿Cómo participar en *Lecciones y Ensayos*? ..... 237

## EDITORIAL

Un nuevo año comenzó. Cada jueves al anochecer una mano apoyada sobre un *mouse* hace clic sobre un enlace para abrir la reunión semanal de *Lecciones y Ensayos*. Acomodar el fondo, prender la cámara y arreglarse un poco. Amigarse con la discursiva de la virtualidad: pásame el *link*, haceme *host*, ¡hagamos Zoom! ¿o mejor Meet?, dejame compartir pantalla, los que puedan prendan la cámara y, si hay mucho ruido, apaguen el micrófono.

Otro cuatrimestre más que se suma a la lista de la virtualidad, aunque con un horizonte de retorno. La Facultad comienza a abrir de a poco sus puertas y, aquello que parecía tan lejano, se nos vuelve a acercar después de tanto tiempo. El sistema de semipresencialidad decidido por nuestro Consejo Directivo demuestra que dentro de poco tiempo podremos volver a nuestra querida oficina. Tal vez resulte difícil de empatizar para quienes no hayan formado parte de *Lecciones y Ensayos*, pero esa oficinita oscura e imperceptible para el ojo de casi cualquier estudiante es, en gran parte, combustible para la maquinaria editorial que manejamos. Lo interesante es que, hoy en día, la vasta mayoría del Consejo de Redacción no la conoce. De hecho, hoy esa misma oficina se transformó en un enlace que, para nosotras y nosotros, se diferencia de los otros miles a los que nos conectamos por día. Quizá el cariño que le tenemos a este espacio —sea una nimia oficina o un enlace reenviado— radique en lo que representa en el campo simbólico: un lugar de las y los estudiantes para contribuir a una academia seria.

Desde su fundación en 1956, *Lecciones* ha atravesado con la frente en alto contextos muy difíciles. Desde dictaduras, intervenciones editoriales, desigualdades estructurales, crisis de todo tipo y, ahora, atraviesa airosa una pandemia. Con orgullo podemos decir que *Lecciones y Ensayos* no frenó ni un solo día su labor editorial desde el cese de toda actividad presencial en Argentina. Fue la voluntad de quienes se quedaron frente a una pantalla hasta la madrugada —después de haber estado todo el día cursando y trabajando frente a ella—, la que mantuvo a flote la publicación de esta revista.

Lograr esto no fue fácil. Seguimos despidiéndonos de compañeras y compañeros con quienes hemos trabajado arduamente, a través de una cámara, sin la posibilidad de un abrazo o una digna despedida. Muchas de nuestras tradiciones, aquellas que reafirman un sentido de pertenencia, han desaparecido por la distancia. Del mismo modo que la manija de una puerta se torna imperceptible cuando funciona bien, dimos por hecho muchísimos rasgos muy particulares de *Lecciones y Ensayos*. Sin embargo, cuando esa manija se rompe es que nos percatamos de su existencia, y entonces nos invita al análisis. La pandemia rompió, en gran parte, cierta manera de ser de *Lecciones y Ensayos*, y ello nos condujo a un largo proceso de introspección. Así fue que nos preguntamos, ¿cuál es el rol que tenemos como revista? O quizás aún más importante, ¿cuál queremos que sea? Es evidente que la respuesta no es unívoca, sino que muta casi tanto como la realidad que nos rodea.

Durante el último tiempo comenzamos a tener inquietudes acerca de varios de los pilares que hacen a la esencia de *Lecciones y Ensayos*, lo que inevitablemente nos llevó a dialogar. Es así, entonces, que iniciamos un ciclo de conversaciones con referentes para poder repensarnos como revista. Al día de la fecha continuamos con esas reuniones y, en las antípodas de buscar la solución a todos nuestros problemas, creemos que el diálogo es un fin en sí mismo.

Del mismo modo en que creemos que el derecho no puede ser analizado desprovisto de contexto, invitamos a quienes lean este número a hacer el ejercicio de pensar cómo la pandemia afectó el trabajo detrás de este volumen de *Lecciones y Ensayos*, y deseamos que puedan disfrutarlo tanto como quienes la hacemos.

CONSEJO DE REDACCIÓN

***IN MEMORIAM* DE EUGENIO BULYGIN (1931-2021)**

El Consejo de Redacción de *Lecciones y Ensayos* recuerda  
al Dr. Eugenio Bulygin.





## LA RISA DEL DOCTOR BULYGIN\*

MARTÍN FEDERICO BÖHMER\*\*

Me costó años decirle Eugenio. Nunca lo tuteé. Desde que fue mi profesor en la primera materia que cursé en la Facultad, fue siempre para mí “doctor”. Él tampoco me tuteó y me llamaba haciendo un punto en pronunciar correctamente la diéresis de mi apellido.

Unas semanas antes de conocerlo, un profesor del curso de ingreso, que sentía nostalgia de la Edad Media por las razones equivocadas, había celebrado que “nuestras gloriosas fuerzas armadas habían recuperado las Malvinas”. Yo había estado un par de días antes en la Plaza por otras razones y no podía creer dónde me estaba metiendo. Pero lo tuve a Bulygin en Introducción al Derecho y ese azar me cambió la vida, salvó mi trayecto por la Facultad, me dio un mundo paralelo a los exámenes libres en los que rezaba a dioses en los que no creía para que me tocara el tema que había leído antes de dormirme.

El *Manual* de Nino en sus manos adquiría para mí, creo recordar, un filo peculiar. Ese libro emblemático era, por un lado, la venganza contra la oscuridad autoritaria del iusnaturalismo rancio de la dictadura, pero también, la alternativa altanera contra los profesores que dictaban comentarios redundantes de normas desprovistas de contexto, inentendibles. Era todo eso, pero el “condimento Bulygin” agregaba una tonalidad particular, una manera de ser, una forma de hablar. Agregaba una risa famosa.

Los que la escucharon la recuerdan, era una risa de Papá Noel, un jojojó sarcástico, una diversión en la crítica, una risa como un adjetivo, una forma de argumentar. Y yo quise, desde el primer momento, reírme con él. Ser parte de quienes se ríen sarcásticamente desde el fondo de la clase: “Naturaleza jurídica de la letra de cambio” ¡Jojojó!

\* Recepción del original: 20/06/2021. Aceptación: 01/07/2021.

\*\* Abogado de la Universidad de Buenos Aires. Master (L.L.M.) y Doctorado (J.S.D.) en Derecho de la Universidad de Yale. Profesor adjunto UBA en la asignatura Teoría General del Derecho.

Bulygin me invitó a ser parte de esa comunidad. Una nota sobre la almohada de mi cama una noche decía, con letra de mi padre: "Bulygin te invita a un seminario en Sociedad Argentina de Análisis Filosófico" (en adelante SADAF). Listo (dije), llegué.

SADAF era su extensión y fue su forma de decirme que la cosa no termina en la sutil división analítica de un cabello en cuatro, que hay disidencias, que hay quienes aceptaban su risa como una forma de empezar y no de terminar discusiones. En el seminario estaban Carrió, Rabossi, Nino, Farrell, Vernengo, Alchourrón, creo recordar también a Moreno Ocampo, Sancinetti, Rosenkrantz. Para muchos de ellos, ante mis ojos adolescentes, la crítica brutal de Bulygin era un aliciente, un sacapuntas, una invitación a la precisión.

Pablo Ruiz Tagle recordaba esos días en los que Bulygin le dijo que nos enseñaba lógica para enseñarnos a pensar. El punto de Bulygin era que no solo la lógica nos permite pensar mejor en términos lógicos. En sus manos, la lógica era un ejercicio de crítica, una invitación a no quedarse enredado en palabras, a tomarse en serio lo que se dice. Es por eso que, si bien para mucha gente su risa podía ser un límite, un insulto, un comentario despectivo, para mí —y creo que para mucha otra gente— fue un trampolín, una palmada en la espalda, un hombro al que treparse. Su risa fue una forma de darnos fuerza para pensar otras cuestiones, si éramos capaces de aguantar de pie eso que sonaba a sarcasmo. Su risa, la experiencia de su risa sobre uno o sobre otros, era un rito de pasaje, una forma de crecer.

Es por eso que Bulygin representa para mí la transición de la dictadura a la democracia, de la secundaria a la universidad, de la adolescencia a la juventud.

Y su risa, que comenzaba como una interrupción, seguía siendo una crítica, que continuaba transformándose en un argumento y terminaba afirmando la comunidad de la que esa misma risa nos hacía parte, es la música que aún hoy me acompaña. Su risa resonando en mi cabeza me permite tomarme con más levedad mis tribulaciones, me alienta a escuchar con más seriedad lo que otros afirman y me compromete a seguir sumando gente a la comunidad que él decidió crear.

## EUGENIO BULYGIN (1931-2021)\*

ALEJANDRO CALZETTA, EZEQUIEL MONTI & JULIETA RÁBANOS\*\*

### I

Agradecemos al equipo editorial de *Lecciones y Ensayos* por haber tenido la excelente iniciativa de realizar este merecido homenaje a Eugenio Bulygin y por habernos invitado —¡habiendo tantas personas alrededor del mundo cuyas vidas Eugenio marcó de manera indeleble!— para contribuir con algunas palabras. Eugenio publicó su primer artículo académico precisamente en *Lecciones y Ensayos*,<sup>1</sup> por lo que este es un lugar especialmente apropiado para homenajearlo.

Eugenio fue, sin lugar a dudas, uno de los filósofos del derecho más importantes del siglo XX. Su contribución filosófica y su influencia en la disciplina difícilmente puedan ser sobreestimadas. Como si eso fuera poco, contribuyó decisivamente al desarrollo y la consolidación democrática de la Facultad de Derecho de la UBA, ayudó a formar una vibrante tradición de filosofía analítica en la Argentina y en el mundo latino, ofició de mentor y maestro de una innumerable cantidad de hoy destacados filósofos y filósofas, fue un profesor excepcional, un juez honesto e imparcial<sup>2</sup> y, por

\* Recepción del original: 10/08/2021. Aceptación: 12/08/2021.

\*\* Alejandro Calzetta es profesor de teoría del derecho y de interpretación jurídica, Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado (Chile). Correo electrónico: acalzetta@uahurtado.cl

Ezequiel Monti es profesor Investigador Asistente, Escuela de Derecho, Universidad Torcuato di Tella (UTDT). Correo electrónico: emonti@utdt.edu

Julieta Rábanos es Investigadora postdoctoral en filosofía del derecho del Departamento de Derecho de la Universidad de Génova (*Istituto Tarello per la filosofia del diritto*), Italia. Correo electrónico: julieta.rabanos@giuri.unige.it

1. BULYGIN, “Las esencias y los juicios esenciales en la filosofía de Husserl”, p. 79.

2. Eugenio solía bromear observando que nunca una parte en un juicio lo había “acusado de imparcialidad”.

sobre todas las cosas, una excelente persona: humilde, amable, infinitamente generoso, dueño de un sofisticado sentido del humor y amante de los placeres de la vida. En lo que sigue, intentaremos referirnos brevemente a cada una de estas dimensiones de su vida, sabiendo, desde ya, que estaremos lejos de hacerle justicia (aunque, por otro lado, como buen escéptico moral, él hubiera negado que el enunciado "no le haremos justicia" fuera susceptible de verdad o falsedad y, por ende, de ser conocido).

## II

Eugenio nació en 1931 en un estado que ya no existe, la Unión Soviética, en la ciudad de Kharkov, actual Ucrania.<sup>3</sup> Fue hijo único de una familia de profesionales e intelectuales: su padre, Víctor, era ingeniero; su madre, María, profesora en escuelas secundarias de alemán y francés; y su tío abuelo Lev Kandyba —hermano menor de su abuela materna Vera Kandyba—, un reconocido bacteriólogo. Desde chico, su madre y su abuela le enseñaron a leer y escribir, y le inculcaron, entre otras cosas, el amor por la literatura y la poesía.<sup>4</sup>

Sus primeros años fueron, como los describiera él mismo con un amable eufemismo, "un tanto azarosos".<sup>5</sup> Lo cierto es que esa etapa de su vida estuvo signada por los dos regímenes totalitarios más terroríficos del siglo XX, el comunismo soviético y el nazismo. En 1937 y 1938, el régimen de Stalin hizo desaparecer a su tío abuelo Lev Kandyba; luego supieron había muerto en los tristemente célebres *gulags*. En 1941, Hitler invadió Kharkov; el hambre y el frío sobrevinientes forzaron a la familia Bulygin a emigrar a un cercano pueblo rural. Allí vivieron mientras pudieron. Sin embargo, después de la batalla de Stalingrado y con el frente acercándose, toda la familia decidió, sin éxito, escapar a París. Fueron interceptados por la policía alemana en la frontera con Polonia y deportados a un campo de concentración cerca de Linz, Austria.

3. Esta breve reconstrucción biográfica está basada fundamentalmente en BULYGIN & LITSCHESKI PAULSON, "An (Auto)biographical Sketch".

4. Amor que duraría toda su vida, especialmente por la literatura rusa. De hecho, Eugenio tradujo del alemán —junto a la célebre escritora Sara Gallardo— ensayos del poeta Gottfried Benn (Alfa, 1977) y —junto a Leopold Niilus— la pieza teatral *Leonce y Lena* de Georg Büchner (Nueva Visión, 1960).

5. CARACCILO, "Entrevista a Eugenio Bulygin".

Terminada la guerra, la familia Bulygin se estableció en Linz, donde Eugenio adoptaría el alemán como segunda lengua y finalmente retomaría sus estudios al asistir a la *Realschule*. En broma, siempre recordaba que "había sido colega de Wittgenstein" porque había ido al mismo colegio —el único detalle era que él lo había hecho unos 40 años después—. En esa época, desarrolló una intensa pasión por el ajedrez que nunca abandonaría.

En 1949, la familia Bulygin decidió emigrar a la Argentina, bajo los auspicios de un programa de las Naciones Unidas. En ese momento, Linz estaba dividida en una zona estadounidense y otra soviética y, por obvias razones, la familia Bulygin no solo tenía miedo de vivir tan cerca del ejército soviético, sino que tampoco tenía intención alguna de regresar a la Unión Soviética.

Se instalaron en Lanús, una localidad del Gran Buenos Aires. Otra vez, Eugenio tuvo que aprender un nuevo idioma, esta vez uno que le era completamente desconocido. Lo hizo en menos de un año, fundamentalmente socializando en el Club Argentino de Ajedrez. Una vez familiarizado con el idioma, retomó sus estudios y completó el secundario en tan solo dos años y medio rindiendo exámenes libres.<sup>6</sup>

Aunque sus intereses estaban en la literatura, las matemáticas y la filosofía, Eugenio decidió estudiar derecho, una carrera "más práctica". Nunca se arrepintió. Ingresó a la Universidad de Buenos Aires en 1953, institución en la que permaneció desde entonces. Allí fue deslumbrado por Ambrosio L. Gioja, a quien siempre recordaba con admiración y cariño. Era habitual que contara la anécdota de la primera vez que lo vio dictando clases: entró al aula y vio a este señor alto enseñando la filosofía de Husserl con una tiza en la mano, trayéndola de aquí para allá, mientras hablaba de *epoché*, *noema*, etcétera.<sup>7</sup> Pero la tiza nunca tocaba el pizarrón: era para ilustrar vívidamente la diferencia entre lo que uno piensa, el objeto, el objeto que uno piensa, etcétera. Fue Gioja, precisamente, quien lo introdujo a la obra de Hans Kelsen.<sup>8</sup> Eugenio

6. No le reconocieron aquí los estudios realizados en Austria.

7. Estos son conceptos claves de la filosofía de Husserl. Gioja era un fenomenólogo estudioso de la obra de Husserl. Su influencia en el primer artículo de Eugenio es evidente. Sin embargo, bajo la influencia de Carlos Alchourrón, Bulygin pronto abandonaría este entusiasmo inicial con la fenomenología en favor de la filosofía analítica.

8. Aunque Eugenio pronto abandonó el entusiasmo por la fenomenología, no ocurrió lo mismo con Kelsen. Por el contrario, en sus palabras, "la teoría de Kelsen quedó como una

pronto se convertiría en su ayudante alumno y, una vez recibido, en docente de su cátedra.

En el Instituto de Filosofía del Derecho de Gioja, Eugenio conoció a su amigo inseparable y compañero de aventuras filosóficas, Carlos Alchourrón, quien ya tenía una sólida formación en lógica y filosofía analítica. Sus intensas discusiones con Gioja son motivo de varios mitos y leyendas. Eugenio nos contaba, con una sonrisa apenas perceptible, que "los gritos se escuchaban en toda la Facultad". Estas discusiones entre Gioja y Alchourrón jugaron un rol determinante en la génesis de la filosofía del derecho analítica en la Argentina. Alchourrón fue responsable del cambio de clima en el Instituto: pronto Kant y Husserl fueron reemplazados por Wittgenstein, Carnap, Quine y Tarski. La influencia de Alchourrón selló el compromiso de Eugenio con la filosofía analítica y el análisis lógico.

Eugenio se recibió de abogado en 1958 y se doctoró en 1963. Ese mismo año, recibió una beca Humboldt para estudiar en Alemania junto a Ulrich Klug y Hans Welzel. En 1968, obtuvo una beca del British Council para hacer una estancia de investigación en Oxford, donde coincidió con Genaro Carrió, Eduardo Rabossi y Thomas Moro Simpson. Su supervisor fue nada más ni nada menos que H. L. A. Hart. Allí cultivó amistades que perdurarían en el tiempo, con George Henrik Von Wright (otra influencia clave en el desarrollo de su teoría),<sup>9</sup> Peter Strawson, John Prior y John Mackie. Eugenio solía contar dos anécdotas sobre su estancia en Oxford. La primera se refiere al fugaz y heterodoxo plan que pergeñaron con Carrió para entrar en la historia de la filosofía. Elizabeth Anscombe les había encargado que trasladaran un manuscrito de Wittgenstein desde Oxford a Cambridge. En el viaje en tren, Eugenio tuvo una brillante y criminal idea: "Tito, quemémoslo. Pasaremos a la historia como los que quemaron el último manuscrito de Wittgenstein". El semblante de Carrió —quien no estaba seguro de hasta qué punto se trataba o no de una broma— fue suficiente para que desistiera de la idea. El manuscrito fue publicado poco

---

base permanente. Aún hoy sigo creyendo que una buena formación kelseniana es fundamental para todos los que quieren iniciarse en la filosofía jurídica". BULYGIN, "Mi visión de la filosofía del derecho", p. 86.

9. En sus palabras, "en la base de mi concepción de la filosofía del Derecho están la filosofía analítica y la lógica, debido en buena medida a la influencia de dos grandes lógicos y filósofos: G. H. von Wright y C. Alchourrón. Los dos han dejado una profunda huella en mi actividad filosófica y en mi vida". BULYGIN, "Mi visión de la filosofía del derecho", p. 86.

tiempo después bajo el título de *On Certainty*. La segunda tuvo lugar en una visita posterior a Oxford en 1977, en la que Eugenio "salvó" a Carlos Nino. Nino había sido su estudiante<sup>10</sup> y estaba en ese momento haciendo su doctorado en Oxford. En una cena, Eugenio notó que cuando le preguntaba a Hart por la tesis doctoral de Nino, Hart se mostraba reticente y esquivaba el tema. Eugenio decidió transmitirle su inquietud a Mackie, quien leyó la tesis de Nino y envió una carta a Hart mostrándole que su objeción estaba basada en un error de interpretación. Hart aceptó el argumento de Mackie y aprobó la tesis de Nino.<sup>11</sup>

A su regreso de Oxford, Eugenio fundó, junto a otros destacados filósofos, la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico (SADAF) y fue nombrado (por concurso) profesor asociado de Introducción al Derecho. Siguió dando clases en la UBA por el resto de su vida.

En 1971, publicó junto a Carlos Alchourrón su célebre *Normative Systems*, una obra imprescindible.<sup>12</sup> En palabras de José Juan Moreso, se trata de "una de esas realizaciones culturales que suceden solo de vez en cuando, una gema, una piedra preciosa".<sup>13</sup>

En 1984, tras el regreso de la democracia, fue designado decano normalizador de la Facultad de Derecho de la UBA, mandato que desempeñó con dedicación y convicción democrática. Tras finalizar su mandato en 1986, fue designado juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, cargo que ejerció informado por sus convicciones teóricas y sensible a las (inevitablemente subjetivas) consideraciones de justicia, hasta el 2001.

10. Eugenio siempre admiró el enorme talento filosófico de Nino: "un alumno desagradable, que levantaba la mano todo el tiempo y hacía preguntas impertinentes. Era una cabeza sensacional". FERRAIOLI, MONTI & RÁBANOS, "Una universidad para la democracia: entrevista a Eugenio Bulygin", p. 13.

11. Eugenio contaba esta anécdota para ilustrar la generosidad, el compromiso y la honestidad intelectual de Mackie y Hart.

12. ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Normative Systems*. La primera traducción al español fue con un desafortunado cambio de título impuesto por los editores: ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Astrea, 1975). En una reciente segunda edición se volvió al título original: ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Sistemas normativos* (2da ed., Astrea 2012). También fue traducido al alemán (Verlag Karl Alber, 1994), al italiano (G. Giapichelli Editore, 2005) y al ruso (Universidad de San Petersburgo, 2013).

13. MORESO, "Con Eugenio Bulygin, a hombros de gigantes".

Nunca dejó de vivir para la filosofía: escribiendo, discutiendo, enseñando. Siguió asistiendo religiosamente, en la medida de sus posibilidades, al célebre Seminario que, junto a Alchourrón, había iniciado hace más de 50 años. Falleció el 11 de mayo de 2021, cuando faltaban apenas unos meses para que cumpliera 90 años.

### III

Eugenio fue un profesor excepcional, una clase de profesor tan inexistente hoy como el país en el que nació. Desde su incorporación como ayudante alumno a la cátedra de Gioja en 1956, ejerció la docencia universitaria de manera prácticamente ininterrumpida, tanto en la UBA<sup>14</sup> como en otras universidades, públicas y privadas, del país y del extranjero.<sup>15</sup>

Los tres tuvimos el placer de tenerlo como profesor. Aunque para entonces ya tenía más de 70 años, daba clases con increíble vigor y entusiasmo. Ezequiel lo tuvo como profesor de un curso del Ciclo Profesional Orientado "El concepto de orden jurídico" en el que, básicamente, se estudiaban los problemas analizados en *Normative Systems*. Ezequiel recuerda

14. En la UBA, fue ayudante alumno (1956-1958), ayudante de segunda (1958-59) y jefe de Trabajos Prácticos (1963) en el curso de Filosofía del Derecho de Gioja; profesor adjunto interino (1963-71), profesor asociado ordinario (1971-1983) y profesor titular ordinario (1983-1986) de Introducción al Derecho; y luego Profesor Titular (catedrático) (1986-1991) y Profesor Titular Plenario (1991-1997) de Filosofía del Derecho. En 1997, fue nombrado profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires y, en ese carácter, siguió dictando clases tanto de grado como de posgrado en la Facultad de Derecho hasta su fallecimiento. También fue ayudante de cátedra (1958-1960) y profesor encargado de cátedra (1967-1973) de Filosofía e Historia de las ideas Filosóficas, además de haber colaborado en la cátedra de Alchourrón.

15. Fue profesor de Introducción al Derecho en la Universidad Nacional de la Plata (1965-80), de Teoría General del Derecho en la Universidad del Museo Social Argentino (1974-76), de Filosofía en la Universidad Centro de Altos de Estudios de Ciencias Exactas (1978-79) y de Lógica y Derecho en la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT) (2004-2010). Además, fue profesor visitante en numerosas universidades del mundo, entre otras: la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), la Universidad de Tel Aviv, la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Universidad Autónoma de Barcelona, España, el Centro de Estudios Superiores de Girona, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), la Università degli Studi di Génova, la Universidad de Sao Paulo, etcétera.



sentir el mismo tipo de fascinación filosófica que Eugenio sintió con Gioja. Con su particular acento y sus modos de caballero inglés, Eugenio explicó en la primera clase la historia de la lógica de Aristóteles a Frege, los problemas centrales del desarrollo de una lógica de normas, etcétera. Cada frase estaba perfectamente construida, nada de lo que decía era irrelevante o redundante, un guion perfectamente escrito y ejecutado. Pero con la misma perfección respondía a las preguntas y objeciones, como si todos los presentes hubieran ensayado la clase mil veces antes de ese día. Aunque Ezequiel ya había leído antes algunas páginas de *Normative Systems*, cuando volvió a su casa ese día, decidió comenzar a leerlo desde cero. Se quedó leyendo fascinado toda la noche hasta bien pasadas las ocho de la mañana. Fue una experiencia filosófica única.

Hay dos anécdotas que pueden servir para ilustrar el modo en que Eugenio concebía la enseñanza filosófica. Cuando Eugenio comenzó a dar clases, Gioja le pidió que diera una clase sobre "persona jurídica". Eugenio observó tímidamente que no sabía nada de ese tema, pero Gioja insistió y Eugenio no tuvo más opción que preparar la clase. Allí aprendió una valiosa lección, que transmitiría siempre: "la mejor manera de aprender es dar una clase".<sup>16</sup>

La segunda anécdota es la siguiente. Eugenio emigró a la Argentina huyendo del terror del nazismo y del comunismo soviético. Sin embargo, en la Argentina lamentablemente habría de padecer también a diversos regímenes dictatoriales, lo que signó su desarrollo intelectual de varias maneras. La dictadura de Onganía fue particularmente terrible para el sistema universitario. En 1966, se produjo la Noche de los Bastones Largos, en la que profesores y estudiantes de varias facultades de la UBA fueron duramente reprimidos cuando se manifestaban en contra de la decisión dictatorial de intervenir la universidad, para acabar con el gobierno tripartito y la autonomía universitaria. A raíz de ese episodio, muchos profesores e investigadores decidieron renunciar a modo de protesta y muchos acabarían exiliándose. El "grupo Gioja" decidió colectivamente no renunciar y resistir la intervención desde las aulas. Aunque Eugenio había votado por la renuncia, decidió acatar lo decidido por la mayoría.<sup>17</sup> En ese momento

16. FERRAIOLI, MONTI & RÁBANOS, "Una universidad para la democracia: entrevista...", p. 24.

17. Al respecto, Eugenio recuerda que "Fue una decisión difícil, sobre todo porque muchos amigos que pensaban igual que nosotros renunciaron (Genaro Carrió, Gregorio Klimovsky, Eduardo Rabossi y Enrique Bacigalupo) y yo temía que esta discrepancia política iba a

dramático, Eugenio y Alchourrón decidieron crear un grupo de estudio con el fin último de derrocar al gobierno militar y el fin inmediato más modesto de discutir *La sociedad abierta y sus enemigos* de Karl Popper: un libro que se proponía "intentar contribuir a nuestra comprensión del totalitarismo y de la importancia de la lucha perenne en su contra".<sup>18</sup> El grupo no logró su fin último: "Onganía ni se enteró", solía bromear Eugenio. Pero sí, felizmente, su fin inmediato. Este fue el inicio del famoso Seminario de Alchourrón y Bulygin que, como mencionamos, continúa hasta hoy.<sup>19</sup> Luego de la lectura de Popper, el seminario siguió con la lectura y discusión de una variedad de textos, menos explícitamente políticos, de lógica y filosofía analítica.

Años después, Pablo Ruiz-Tagle le preguntaría a Eugenio: "¿cómo es que en los tiempos de la dictadura militar ustedes se dedicaron a enseñar cuestiones tan abstrusas como los problemas relativos a la lógica de normas y de los sistemas normativos y no, en cambio, cuestiones más sustantivas, vinculadas a la democracia y los derechos humanos?". Eugenio respondió lacónicamente: "Nosotros le enseñamos a los estudiantes a pensar". Personas que sean capaces de pensamiento crítico e independiente son, en efecto, el antídoto más efectivo contra las dictaduras y los totalitarismos. Y en el desarrollo de un pensamiento crítico e independiente, la lógica juega un rol fundamental en la medida en que nos permite explicitar los compromisos inferenciales implícitos en nuestros esquemas conceptuales y que, de otro modo, seríamos incapaces de examinar y cuestionar.<sup>20</sup>

Estas dos viñetas resumen bien, creemos, el modo en que Eugenio concebía la enseñanza filosófica y su importancia: enseñar es el mejor modo de aprender, y el objetivo de enseñar filosofía es enseñar a pensar, el mejor modo de combatir los totalitarismos y el cemento indispensable de toda sociedad abierta y democrática.

---

repercutir en las relaciones personales, pero felizmente eso no ocurrió". CARACCIOLLO, "Entrevista a Eugenio Bulygin", p. 501.

18. POPPER, *The Open Society and Its Enemies*.

19. El nombre oficial del seminario es "Seminario Permanente de Lógica y Filosofía del Derecho" aunque todos se refieren a él como "Seminario Alchourrón y Bulygin" o, simplemente, "seminario de los martes". El seminario fue dirigido inicialmente por Eugenio y Alchourrón. Luego del fallecimiento de Alchourrón, Hugo Zuleta ocupó su lugar. Actualmente es dirigido también por Juan Pablo Alonso.

20. BRANDOM, *Articulating Reasons*, p. 71.

## IV

Eugenio concebía la filosofía como una práctica fundamentalmente colectiva. Ello se evidencia, entre otras cosas, en su fructífera colaboración con Alchourrón. Tan estrecha fue esta colaboración que, en sus propias palabras, "no sería demasiado exagerado considerar que todos estos trabajos (incluso algunos que, oficialmente, habían escrito de manera individual) hayan salido de la misma pluma, empuñada —según algunas malas lenguas— por Carlos Eugenio Bulyrrón, un personaje mítico, que solo realiza actividades filosóficas".<sup>21</sup> En relación con su proceso de escritura conjunta, en el que la discusión oral jugaba un rol fundamental, Eugenio observaba que tenía "dos enormes virtudes: es divertido y los resultados suelen ser bastante mejores de los que se hubieran alcanzado con un trabajo estrictamente individual".<sup>22</sup>

Esa observación puede extenderse, creemos, a su concepción de la actividad filosófica en general: es más divertida y productiva si se la realiza colectivamente. Esta convicción llevó a Eugenio a intentar consolidar comunidades académicas en las que existan discusiones e intercambios vigorosos regulares.<sup>23</sup> Uno de esos espacios fue el ya mencionado Seminario de Alchourrón y Bulygin. En efecto, al respecto observó en un acto homenaje que: "si hay alguna conclusión por sacar luego de estos cuarenta años [de Seminario], es

21. ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*.

22. CARACCILO, "Entrevista a Eugenio Bulygin", p. 502. Ambas cosas parecían estar siempre en la mente de Eugenio cuando tuvimos la ocasión, en el marco del Seminario, de leer con él *Normative Systems* de inicio a fin. Ante algunas preguntas relacionadas con los teoremas lógicos del libro, Eugenio releía las partes señaladas, pensaba un momento, y luego decía con una sonrisa: "No estoy totalmente seguro: ¡esto claramente debió haberlo escrito Carlos!".

23. En este aspecto fue decisivamente influido por su maestro Gioja. Una de las virtudes de Gioja que Eugenio solía resaltar era, precisamente, su capacidad para articular grupos. La siguiente anécdota es ilustrativa: "Para que se den cuenta de la cantidad de gente que trabajaba con Gioja, cuando vino Alf Ross a la Universidad de Buenos Aires, invitado por nosotros, por supuesto, en el 58 o 59, Gioja dio una gran recepción en su casa [...] Y Ross me preguntó: "Dígame, ¿quiénes son toda esta gente?". "Todos colaboradores de la cátedra de Gioja", le dije. "¿Todos profesores?". "Bueno, algunos profesores, otros alumnos, otros ayudantes, pero todos colaboradores de Gioja". ¡Eran 120! Ross, que estaba solo en Dinamarca, no tenía ni siquiera un ayudante, no lo podía creer. Cómo puede ser que 120 personas trabajen en Filosofía del Derecho. ¡Y era insólito!". FERRAIOLI, MONTI & RÁBANOS, "Una universidad para la democracia: entrevista...", p. 28.

que trabajar solo en un escritorio es muy difícil y no es muy fructífero".<sup>24</sup> También desempeñó un rol fundamental en este sentido a nivel internacional en su carácter de presidente de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (IVR, por sus siglas en alemán), cargo que desempeñó entre 1999 y 2003 (luego sería designado presidente honorario), y desde el cual contribuyó al desarrollo de una comunidad académica global en la disciplina.

Con esa misma convicción, Eugenio fundó la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico (SADAF) junto con Genaro Carrió, Eduardo Rabossi y Thomas Moro Simpson: una institución fundamental en la consolidación de la filosofía analítica en nuestro país. Como ya mencionamos, los cuatro —Eugenio, Carrió, Rabossi y Simpson— habían coincidido en Oxford en 1968. Allí asistieron a varias reuniones de la Philosophical Society y quedaron impresionados por la calidad e intensidad de las discusiones. Así, al regresar al país en 1969, decidieron crear una institución de estudios de filosofía creada a imagen y semejanza de la Philosophical Society.

SADAF desempeñó un rol vital en ese período oscuro de la década de 1970, en el que padecimos dos dictaduras militares y un interregno democrático caracterizado también por la violencia y la persecución académica.<sup>25</sup> Recordemos que, tras la Noche de los Bastones Largos, muchos profesores e investigadores —especialmente de las Facultades de Ciencias Exactas y de Filosofía de la UBA— renunciaron o fueron echados de sus cargos. SADAF representó un refugio intelectual y académico en el que podían seguir discutiendo e investigando en un ámbito de espíritu crítico. Como observa Diana Maffia, "cuando llegó la dictadura, las actividades de SADAF eran una isla de racionalidad y cordura en medio de la oscuridad. A estos grupos que mantuvieron vivo el conocimiento se los llamó después La Universidad de Las Catacumbas".<sup>26</sup> Entre otras cosas, SADAF estableció un sistema de becas para quienes habían tenido que alejarse de la universidad, ofreció un posgrado en filosofía analítica (único en América Latina en ese momento) e invitó a filósofos de prestigio internacional de la tradición analítica, quienes dieron cursos y seminarios (entre ellos, para nombrar solo algunos, Georg Henrik von Wright, Joseph Raz, Donald Davidson, Jaegwon Kim, etcétera).

24. Derecho al Día, "Reconocimiento Institucional del Seminario Permanente de Lógica y Filosofía del Derecho codirigido por los Dres. Eugenio Bulygin y Hugo Zuleta", 4/10/2007.

25. MAFFIA, "El análisis filosófico y la universidad de las catacumbas".

26. MAFFIA, "El análisis filosófico y la universidad de las catacumbas", p. 9.

SADAF fue, además, importante desde el punto de vista político. Allí, por ejemplo, se analizó —en plena dictadura— el informe elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1979 sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina, se discutieron diversas teorías normativas sobre guerra justa durante la guerra de Malvinas y se elucubrarón los fundamentos filosóficos, morales y jurídicos de lo que luego sería el Juicio a las Juntas. Y, de hecho, como veremos, varios funcionarios importantes en el período de la transición democrática, incluido el propio Eugenio, “venían” de SADAF.

## V

Eugenio y otros filósofos de SADAF desempeñaron, en efecto, un rol fundamental en la consolidación democrática luego del fin de la última dictadura militar. En 1983, cuando ya comenzaba la transición hacia las elecciones, Eugenio —junto a Nino, Alchourrón, Carrió y Ricardo Guibourg, entre otros— decidió participar activamente en política. Sabían que era un momento crucial para quienes, como ellos, estaban comprometidos con la democracia y los derechos humanos y, luego de entrevistarse con diferentes candidatos, decidieron apoyar a Raúl Alfonsín.<sup>27</sup>

El compromiso moral de Eugenio con la democracia y los derechos humanos, y su consecuente compromiso político sirve para desestimar, por cierto, una crítica común pero errónea al escepticismo moral. Como dijimos, Eugenio era un escéptico en materia moral: no creía en la existencia de hechos morales objetivos ni que los juicios morales fueran susceptibles de verdad o falsedad. Sin embargo, el escepticismo moral no es en absoluto incompatible con la posesión de profundas convicciones morales, como el caso de Eugenio demuestra. Tanto es así que Eugenio creía que el hecho de que los derechos humanos carecieran de validez objetiva hacía todavía más clara la necesidad de la actividad política para defenderlos: “Si no existe [...] una moral absoluta, entonces los derechos humanos son efectivamente muy frágiles, pero la actitud correcta no es crear sustitutos ficticios para tranquilidad de los débiles, sino afrontar la situación con decisión y coraje: si se quiere que los derechos humanos tengan vigencia efectiva, hay que lograr que el legislador positivo los asegure a través de las disposiciones

27. FERRAIOLI, MONTI & RÁBANOS, “Una universidad para la democracia: entrevista...”, p. 10.

constitucionales correspondientes y que los hombres respeten efectivamente la constitución”<sup>28</sup>

Cuando eventualmente Alfonsín fue electo y asumió la presidencia, convocó a “los filósofos” —como se refería a ellos— para que colaboraran en su gobierno, lo que hicieron, efectivamente, con decisión y coraje. Carrió fue designado juez de la Corte Suprema; Nino y Jaime Malamud Goti fueron asesores; Rabossi fue nombrado Subsecretario de Derechos Humanos. Eugenio, por su parte, fue nombrado “decano normalizador” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.<sup>29</sup>

Bajo su decanato, la Facultad de Derecho acompañó la transición de la sociedad desde la dictadura a la democracia, y realizó su propia transición desde la sujeción e intervención hacia la autonomía. No es posible aquí enumerar exhaustivamente todos los cambios puestos en marcha en ese período, que transformaron a una facultad signada por el autoritarismo y el dogmatismo en una comunidad académica activa, crítica e independiente. Sin embargo, ellos contribuyeron —como aspiraban Eugenio y su círculo— a transformar a la facultad en otro de los pilares de la democracia restaurada.

Una de las primeras decisiones era clara, y quizás la más urgente: la expulsión de la policía de los pasillos de la facultad.<sup>30</sup> Le siguió la recreación de los claustros universitarios, con la correspondiente recreación del gobierno de la facultad, y el enjuiciamiento académico a profesores impuestos por la dictadura. Asimismo, se reestructuró completamente la malla institucional de la facultad en un proceso que podría llamarse *departamentalización*.<sup>31</sup>

28. BULYGIN, “Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos”, p. 84.

29. “La “normalización” de las Universidades Nacionales se ordenó mediante un decreto que disponía la intervención de estas y la designación de “rectores normalizadores” y, para las facultades, “decanos normalizadores. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 154/83, arts. 1 y 3”.

30. La decisión era arriesgada y requería valentía. En efecto, durante la dictadura, hubo numerosos tiroteos en la Facultad. Al respecto, Eugenio recuerda que “yo retiré la policía y al día siguiente me asusté. Dije: ‘Caramba, ¿y qué hago si se arma una gresca o una pelea?’. Porque ya era tarde, no podía volver a llamar a la policía. Resolví confiar en Dios y no hice nada. Y no pasó nada. Yo tengo la impresión [...] de que la gente se hartó de la violencia. Porque hubo tantos asesinatos, tantos tiroteos, etcétera, que la gente se hartó y no hubo violencia. La transición fue muy tranquila”. FERRAIOLI, MONTI & RÁBANOS, “Una universidad para la democracia: entrevista...”, p. 12.

31. Se trata de un proceso de creación de diferentes departamentos, dentro de la facultad, cada uno dedicado a un área específica del derecho: Departamento de Derecho Civil, Departamento

Finalmente, se cambió el viejo plan de estudios, que resultaba extremadamente rígido y en el que no existía prácticamente ningún vínculo entre profesores y estudiantes (los cursos presenciales eran escasos y meros apoyos para rendir el examen), por uno apoyado fuertemente en las clases presenciales y que introdujo el Ciclo Profesional Orientado, en el que se dejaba mucha más libertad a los estudiantes a la hora de elegir los cursos y a los profesores a la hora de diseñarlos. Conocido como el "Plan 1985", este nuevo plan cambió completamente el paradigma de enseñanza en la Facultad de Derecho hacia uno que —con modificaciones— rige en gran medida hasta hoy.<sup>32</sup>

## VI

Eugenio fue, asimismo, un mentor excepcional. En efecto, fue fundamental en la formación de varias nuevas generaciones de excepcionales filósofos y filósofas del derecho. Una mención especial en este sentido merece el núcleo del grupo de (entonces) jóvenes que coincidieron en Buenos Aires en la década de 1990 y que serían conocidos luego como los "*Bulygin's Boys and Girls*": Daniel Mendonca (de Paraguay), José Juan Moreso (de España), Pablo Navarro y Cristina Redondo (de Córdoba) y Jorge Rodríguez (de Mar del Plata).<sup>33</sup> Sin embargo, Eugenio fue obviamente decisivo en la formación de una enorme cantidad de filósofos y filósofas que es imposible enumerar exhaustivamente aquí: Carlos Nino, Hugo Zuleta, Juan Pablo Alonso, Gabriela Scataglini, Paula Gaido, Martín Böhrmer, Luis Duarte d'Almeida, Riccardo Guastini, Giovanni Battista Ratti,

---

de Derecho Penal, etcétera. Esta estructura institucional rige hasta el día de hoy. FERRAIOLI, MONTI & RÁBANOS, "Una universidad para la democracia: entrevista...", p. 14.

32. El "motor" detrás del cambio del Plan de Estudios fue, según el propio Eugenio, Nino. La idea era, en palabras de Eugenio, "introducir un plan, un poco imitando, si ustedes quieren, la enseñanza en Estados Unidos o en Inglaterra", FERRAIOLI, MONTI & RÁBANOS, "Una universidad para la democracia: entrevista...", p. 14. Sobre los principios subyacentes al nuevo plan de estudios y las virtudes de la mayor libertad para alumnos y profesores. *Lecciones y Ensayos*, "Entrevista a Carlos Nino: la discusión crítica en nuestro medio académico", p. 277. Los tres autores de la presente nota son, como egresados de la Facultad de Derecho de la UBA, producto de ese cambio de paradigma de enseñanza comenzado por Eugenio.

33. MORESO, "Eugenio Bulygin (1931-2021): The Wonderful Russian".

Pierluigi Chiassoni, Juan Carlos Bayón, Daniel González Lagier, y un larguísimo etcétera.

Eugenio fue también determinante en nuestra propia formación y trayectoria académica. Para los tres, nuestra participación en el seminario de los martes fue decisiva en nuestra concepción de la actividad filosófica y en nuestro modo de entender al derecho. Participar en esas inolvidables discusiones sobre textos clásicos y contemporáneos de filosofía del derecho, y poder disfrutar de la aguda inteligencia y fino sentido del humor de Eugenio fue una experiencia formativa única. Y —dice Ezequiel— a Alejandro y Julieta definitivamente cabe considerarlos también discípulos de Eugenio.<sup>34</sup>

Los tres también fuimos beneficiarios de su infinita generosidad y constante apoyo en nuestros primeros pasos en la actividad académica. Entre otras cosas, a los tres Eugenio nos recomendó para la admisión a nuestros estudios de posgrado (en Oxford y en Génova, respectivamente).

Quizás una buena forma de resumir su actividad como mentor sea a partir de uno de sus célebres latiguillos. Luego de una exposición en un seminario o congreso, en la etapa de preguntas, Eugenio —en la medida que la exposición le hubiera parecido suficientemente valiosa o interesante— indefectiblemente levantaba la mano y comenzaba su intervención con un categórico: “Todo muy lindo, pero completamente equivocado”. Inmediatamente seguía una reconstrucción de la exposición que iluminaba virtudes que, en la mayoría de los casos, ni el propio autor había advertido (esta era la parte del “todo muy lindo”) y, finalmente, una serie de objeciones formuladas con precisión quirúrgica (esta era la parte del “completamente equivocado”). Esto es lo mejor que puede ofrecer un buen supervisor académico: la capacidad para entender las propias ideas mejor que uno, iluminando aspectos de nuestras propias intuiciones de un modo que nos permita desarrollarlos en mayor profundidad, por un lado, y una formulación clara y precisa de los puntos más débiles, por el otro. Además, el “todo

34. Por su parte, Julieta piensa que, si hemos de llamarnos discípulos —un hermoso término donde los haya, aunque quizás no merecido— los tres lo somos en mayor o menor medida. La única diferencia entre nosotros tres es, quizás, cuánto de acuerdo estamos con las bases e intuiciones sustantivas filosóficas de Eugenio, y cuánto nos hemos ocupado sobre los temas que a Eugenio interesaban particularmente. Y aquí, sí puede hacerse una diferencia: Alejandro y Julieta están mucho más cerca de esas bases e intuiciones sustantivas, mientras que Ezequiel se ha alejado un poco de ese núcleo.



muy lindo" sirve para mitigar el impacto del "completamente equivocado" y para entender que las críticas, en el ámbito de la filosofía, son la forma más sofisticada de elogio (de modo que hay continuidad, antes que contradicción, en las dos afirmaciones).<sup>35</sup>

Era, además, un ferviente opositor al establecimiento de estúpidas jerarquías académicas. Para él lo que importaba eran los argumentos y la búsqueda de la verdad. Discutía con el mismo fervor y entusiasmo con un académico consagrado como con jóvenes ignotos. Esto fue fundamental para nosotros. Ezequiel recuerda, por ejemplo, largos intercambios de mails sobre discusiones que seguían del seminario y detalladas respuestas a borradores de artículos que había escrito criticando algunas de las tesis de Eugenio. Por su parte, Julieta recuerda que en una de sus primeras participaciones en el Seminario (se estaba leyendo *Law's Empire*, de R. Dworkin), se atrevió a compartir una crítica propia: una crítica realizada por una joven estudiante a quien apenas conocía y quizás completamente trivial pero que, sin embargo, fue escuchada por Eugenio con la atención y respeto que se le dedica a un par y, luego, paciente y completamente destruida (incluso si él no podía estar más en desacuerdo con Dworkin). Fue un mentor dedicado, siempre listo para leer lo que alguien tenía escrito o escuchar lo que alguien pensaba, para destruirlo amablemente y para aconsejar después. Tal vez los rasgos que mejor lo caracterizan hayan sido la simpatía (en su acepción clásica) y la generosidad.

## VII

Entre 1986 y 2001, Eugenio se desempeñó como juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal; ejerció el cargo con responsabilidad e independencia. Su actividad jurisdiccional le sirvió para nutrir a su teoría<sup>36</sup> y, a la vez, ejerció el cargo informado por sus

35. El elogio está dado por el hecho de que el propio trabajo resulte de interés o valor, y donde la crítica apunta a continuar desarrollando los puntos sobre los cuáles no hay acuerdo pero que sin embargo funcionan como un aporte filosófico de provecho. En el ámbito de la filosofía, quizás como debería ser en todo ámbito del saber, el único verdadero problema que puede existir con el propio trabajo o pensamiento es la indiferencia.

36. Muchas veces, cuando estaba en discusión una determinada descripción de la práctica jurídica, Eugenio afirmaba, con cierta ironía, "¿Cómo que los jueces no hacen o no creen esto? Yo fui juez y hacía y creía exactamente eso".

convicciones teóricas y morales. Por un lado, estaba convencido de que, en muchas ocasiones, el derecho, por razones semánticas o lógicas, era indeterminado y, en ese caso, necesariamente debía crear normas jurídicas de acuerdo con lo que él considerara justo.<sup>37</sup> Por el otro, entendía que el ejercicio del rol del juez requería una comprensión no solo del contenido sustantivo del orden jurídico, sino también de la posición que el juez ocupa en el marco de la estructura institucional.<sup>38</sup>

En este sentido, aunque normalmente existieran razones para que el juez sea deferente a lo establecido por el derecho positivo, en ocasiones excepcionales estaba justificado que lo modificara, como, por ejemplo, ante la existencia de ciertas lagunas axiológicas. En términos simplificados, existe una laguna axiológica cuando el sistema normativo soluciona del mismo modo dos tipos de casos que debería solucionar de modo distinto (de modo que el sistema no le asigna relevancia a una propiedad a la que debería asignársele).<sup>39</sup>

Eugenio solía recordar, ejemplificando este punto, un caso en el que decidió crear una nueva norma jurídica para remediar lo que, a su juicio, constituía una laguna axiológica. Un colectivo chocó con un auto y causó una serie de lesiones leves a una de las pasajeras. La señora, creía Eugenio, probablemente tenía derecho a una indemnización. Pero el desempeño de su abogado había sido tan deficiente (por ejemplo, no había demandado a la compañía de seguros, etcétera) que jurídicamente correspondía rechazar la apelación, confirmando la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda. El Código Procesal establecía, además, que las costas debían imponerse a la vencida (i.e., a la señora), sin distinguir si había estado bien o mal representada. Sin embargo, en atención a que la señora había perdido únicamente debido a la manifiesta incapacidad del abogado, Eugenio decidió imponer las costas al propio abogado antes que a la señora. Para hacerlo, modificó el derecho positivo, e introdujo una nueva norma que establecía que las costas debían imponerse a la vencida, *salvo* que esta haya sido vencida debido al desempeño manifiestamente deficiente de su representante letrado, en cuyo caso debían imponerse a este último, remediando así la mencionada laguna axiológica.

37. ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Sistemas Normativos*, pp. 220-226.

38. BULYGIN, "Sentencia judicial y creación del derecho"; BULYGIN, "Creación y aplicación del derecho".

39. ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Sistemas Normativos*, p. 156.

## VIII

Enumerar aquí todas las contribuciones de Eugenio a la filosofía del derecho sería imposible y probablemente no tendría demasiado sentido. Simplemente nos limitaremos a sintetizar algunas de las que consideramos más importantes: la aplicación del método de la reconstrucción racional a la filosofía del derecho, el análisis de las lagunas normativas, la distinción entre normas y proposiciones normativas, y la reconstrucción de dos conceptos descriptivos de validez jurídica.

Junto con Alchourrón, fueron pioneros en la aplicación del método de la reconstrucción racional a la teoría del derecho. Este método consiste en tomar conceptos vagos e inexactos (en este caso, de la ciencia jurídica) y reformularlos de un modo exacto (o más exacto) mediante el uso de las herramientas formales.<sup>40</sup> El concepto central que Eugenio y Alchourrón se propusieron reconstruir racionalmente fue el de sistema normativo. Así, caracterizan los sistemas normativos como sistemas deductivos<sup>41</sup> que tiene consecuencias normativas (i.e., entre cuyas consecuencias hay normas).<sup>42</sup> Los sistemas jurídicos, por su parte, son sistemas normativos entre cuyas consecuencias hay normas que prescriben sanciones. La reconstrucción de estos dos conceptos básicos los llevó, a su vez, a la necesidad de reconstruir otros conceptos relevantes para la ciencia jurídica, como el de norma, a las que caracterizaron como enunciados que correlacionan casos con soluciones,<sup>43</sup> precisando, a su vez, qué es un caso y qué es una solución.<sup>44</sup> Una vez reconstruida la noción de sistema normativo les fue posible caracterizar con precisión sus propiedades formales, como coherencia, independencia y completitud.

40. ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Sistemas Normativos*, cap. 1.

41. Un sistema deductivo es un conjunto de enunciados que contiene todas sus consecuencias lógicas. Esta es una noción que Eugenio y Alchourrón toman de TARSKI, *Logic, Semantics, Metamathematics*.

42. ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Sistemas Normativos*, pp. 82 y ss.

43. Tratar a las normas como entidades lingüísticas, i.e. como enunciados que correlacionan casos con soluciones, era entendido por Alchourrón y Bulygin como muy ventajoso por encima de tratarlas como entidades ideales (sentidos o significados). No solo a nivel metodológico, sino también a nivel ontológico: este tratamiento puramente sintáctico no requiere en absoluto prejuzgar sobre el estatus ontológico de las normas. ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Sistemas Normativos*, p. 6.

44. ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Sistemas Normativos*, especialmente caps. 2 y 3.

El análisis de la completitud de los sistemas normativos, en particular, los llevó a analizar el problema de las lagunas en el derecho, análisis que, cincuenta años después, no ha sido superada todavía. Así, sostienen que un caso constituye una laguna normativa en relación con un sistema normativo cuando dicho sistema no lo correlaciona con ninguna solución.<sup>45</sup> A su vez, distinguen a las lagunas así entendidas (un fenómeno lógico) de otros fenómenos a los que los juristas aplican indistintamente el nombre de "lagunas", como la indeterminación semántica (lagunas de reconocimiento, un fenómeno semántico), la falta de conocimiento de los hechos del caso particular (lagunas de conocimiento, un fenómeno epistémico) y las ya mencionadas lagunas axiológicas (un fenómeno valorativo).<sup>46</sup>

Eugenio y Alchourrón no solo clarificaron la noción de laguna normativa, sino que también argumentaron, contra una larga tradición en filosofía del derecho (que incluye a Kelsen, Dworkin y Raz), que es posible que los sistemas jurídicos sean incompletos (i.e., que efectivamente tengan lagunas normativas). En este sentido, rechazan que el así llamado *principio de permisión* según el cual "Todo lo que no está prohibido, está permitido" implique que las lagunas normativas son imposibles. El argumento en este punto se basa en una distinción fundamental, sobre la cual ambos insistieron una y otra vez, entre normas y proposiciones normativas.<sup>47</sup>

Las normas son, como dijimos, enunciados *prescriptivos* que se utilizan para ordenar, prohibir o permitir una conducta (y, por lo tanto, en principio, carecen de valor de verdad).<sup>48</sup> Las proposiciones normativas, en cambio, son [el significado de] enunciados *descriptivos* que se utilizan para informar *acerca* de los sistemas normativos y, en particular, afirman que una determinada norma pertenece (o no) a un determinado sistema normativo (y, por lo tanto, serán verdaderos o falsos según sea el caso).<sup>49</sup>

De este modo, los enunciados que contienen términos deónticos (como "obligatorio", "prohibido" y "permitido") son sistemáticamente ambiguos. Pueden expresar una norma o bien una proposición normativa.

45. *Cfr.*, por ejemplo, ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Sistemas Normativos*, pp. 91 y 92.

46. Para un mayor desarrollo, ver: ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Sistemas Normativos*, caps. 2, 6 y 7.

47. ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Sistemas Normativos*, pp. 172 y ss. Para un mayor desarrollo, ver también: VON WRIGHT, *Norm and Action: A Logical Inquiry*.

48. ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Sistemas Normativos*, p. 172.

49. ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Sistemas Normativos*, p. 172.

Por ejemplo, el enunciado "Está prohibido matar" expresa una norma en el contexto del código penal sancionado por el Congreso y una proposición normativa en un tratado de derecho penal escrito por un jurista.<sup>50</sup> A su vez, las proposiciones normativas que afirman que una determinada conducta está permitida son también sistemáticamente ambiguas. Deben distinguirse dos sentidos descriptivos de permisión. Una conducta está permitida en sentido *débil* por un sistema normativo si y solo si ese sistema no contiene una norma que la prohíba. En cambio, una conducta está permitida en sentido *fuerte* por un sistema normativa si y solo si ese sistema contiene una norma que la permite.

Habiendo distinguido estas diferentes nociones de permiso (una prescriptiva y dos descriptivas, débil y fuerte), estamos en condiciones de explicar por qué el *principio de permisión* no implica que no existan lagunas. El principio puede expresar una norma o una proposición normativa. Si expresa una norma, entonces no es ni verdadero ni falso y su pertenencia a un sistema normativo es contingente. Si expresa una proposición normativa, puede afirmar que toda conducta que no está prohibida está permitida en sentido débil o que toda conducta que no está prohibida está permitida en sentido fuerte. En el primer caso, el principio es analíticamente verdadero (simplemente afirma que todo lo que no está prohibido no está prohibido) pero trivial (de hecho, que no haya una norma que prohíba una conducta en un determinado caso es *necesario* para que ese caso constituya una laguna). En el segundo caso, el principio no es necesariamente verdadero. Así, el principio es necesariamente verdadero, pero es compatible con la existencia de lagunas, o bien no es necesariamente verdadero respecto de todo sistema normativo.

Eugenio también contribuyó al análisis del concepto de validez jurídica. El término "validez", sostiene, también es problemáticamente ambiguo. En efecto, puede tener tres sentidos: validez como fuerza obligatoria, validez como pertenencia a un sistema y validez como aplicabilidad de una norma a un caso.

El primero de estos conceptos sería un concepto *normativo* de validez, de poca utilidad para la ciencia jurídica (positivista) debido a los

50. En este sentido, hay toda una pragmática que acompaña al enunciado, la cual determina si su significado es proposicional (o sea, descriptivo) o seudoproposicional (o sea, prescriptivo).

problemas metafísicos de determinar qué consistiría esta supuesta fuerza obligatoria. Además, pareciera ser que dicha fuerza obligatoria sería en última instancia de carácter moral, por lo cual es dudoso que este concepto normativo de validez arroje alguna luz sobre las propiedades de las normas y los sistemas jurídicos.

En cambio, los conceptos de validez como pertenencia y como aplicabilidad son conceptos *descriptivos* y *relacionales*. Ambos describen distintos tipos de relaciones que las normas jurídicas tienen dentro del marco de los sistemas jurídicos (como la pertenencia de una norma en una sucesión temporal de sistemas, o la aplicabilidad de una norma independientemente de su pertenencia al sistema jurídico de referencia).<sup>51</sup>

## IX

Como advertimos al inicio, "hacer justicia" a Eugenio es imposible, especialmente si por "hacer justicia" entendemos —para respetar el escepticismo moral bulyginiano— realizar una descripción exhaustiva de su persona que corresponda fielmente con la realidad. Hay una cantidad innumerable de cosas que quedan para decir, para recordar, para señalar: de cada una de las facetas de Eugenio pueden escribirse tratados, y recoger testimonios tanto escritos como orales a través una inmensa cantidad de obras, una enorme cantidad de personas, y un largo período de tiempo.

En estas pocas páginas, hemos intentado ofrecer algunos indicios de lo que Eugenio fue, es y será, tanto para nosotros como para quienes han tenido la inmensa fortuna de conocerlo directamente o, indirectamente, a través de su obra o de descripción. El legado que Eugenio deja es enorme, en todas y cada una de sus facetas: y queda en todos nosotros, desde aquí hacia el futuro, ponernos de pie sobre los hombros de este gigante y ayudar a que, como él lo hizo con nosotros, quienes vengan se paren sobre los nuestros.

Hasta siempre, Eugenio querido.

51. Para un mayor desarrollo, ver: BULYGIN, "Time and Validity".

## X. BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos E. & BULYGIN, Eugenio, *Normative Systems*, Springer, 1971.
- , *Sistemas normativos*, Astrea, 2012.
- , *Análisis lógico y derecho*, 2ed., Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BRANDOM, Robert, *Articulating Reasons*, Harvard University Press, 2000.
- BULYGIN, Eugenio, "Creación y aplicación del derecho", en BULYGIN, Eugenio & ATRIA, Fernando, *Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Marcial Pons, 2005.
- , *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2015.
- , "Las esencias y los juicios esenciales en la filosofía de Husserl" en *Lecciones y Ensayos*, 1960, N° 16.
- , "Mi visión de la filosofía del derecho", en *Doxa*, 2009, N° 32.
- , "Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos", en *Doxa*, 1987.
- , "Sentencia judicial y creación del derecho", en ALCHOURRÓN, Carlos E. & BULYGIN, Eugenio, en *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- , "Time and Validity", en BULYGIN, Eugenio, *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2015.
- BULYGIN, Eugenio & LITSCHESKI PAULSON, Bonnie, "An (Auto)biographical Sketch". En BULYGIN, Eugenio, *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2015.
- CARACCILO, Ricardo A., "Entrevista a Eugenio Bulygin", *Doxa*, 1993, N° 14.
- Derecho al Día, "Reconocimiento Institucional del Seminario Permanente de Lógica y Filosofía del Derecho codirigido por los Dres. Eugenio Bulygin y Hugo Zuleta", 4/10/2007, URL: <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/jornadas-internacionales-el-derecho-penal-argentino-a-la-luz-de-la-ciencia-juridico-penal-italiana-y-otras-cuestiones/+2230> consultado 1/10/2021.
- FERRAIOLI, Guillermo M., MONTI, Ezequiel & RÁBANOS, Julieta A., "Una universidad para la democracia: entrevista a Eugenio Bulygin", en *Revista Digital Carrera y Formación Docente*, 2014, N° 4.
- IberICONnect, "Con Eugenio Bulygin, a hombros de gigantes", MORESO, Juan J., 12/5/2021, URL: <https://www.ibericonnect.blog/2021/05/con-eugenio-bulygin-a-hombros-de-gigantes/> consultado 11/10/2021.

- Lecciones y Ensayos, "Entrevista a Carlos Nino: la discusión crítica en nuestro medio académico", 1988, N° 50. URL: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/50/doctor-carlos-santiago-nino-la-discusion-critica-en-nuestro-medio-academico.pdf> consultado 13/10/2021.
- MAFFIA, Diana, "El análisis filosófico y la universidad de las catacumbas", en *Asociación Filosófica República Argentina*, 2010, XV Congreso Nacional de Filosofía.
- MORESO, Juan J., "Eugenio Bulygin (1931-2021): The Wonderful Russian", en *Ratio Juris*, 2021.
- Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 154/83, 13/12/1985.
- POPPER, *The Open Society and Its Enemies*, 2da ed., Princeton University Press, 2013.
- TARSKI, *Logic, Semantics, Metamathematics*, Oxford University Press, 1956.



# LECCIONES



## LA PROTECCIÓN FAMILIAR DE LOS MIGRANTES: CONTRAPUNTOS ENTRE LAS SENTENCIAS DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEÑO Y LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA\*

FACUNDO MENEM\*\*

*“Las migraciones ‘representan otro signo de los tiempos  
que hay que afrontar y comprender con toda la carga  
de consecuencias sobre la vida familiar’”*

FRANCISCO AMORES LAETITIA

**Resumen:** El presente trabajo analiza dos sentencias dictadas recientemente por los máximos tribunales de justicia de Brasil y Argentina, resaltando sus aspectos positivos y negativos, respectivamente.

Luego de un breve desarrollo histórico del derecho migratorio argentino, se reseñan ambas decisiones judiciales, sobre las que se esbozan comentarios y consideraciones críticas con respecto a sus repercusiones sobre el ordenamiento jurídico y sobre la protección familiar de las personas migrantes.

Se concluye que la legislación y la jurisprudencia argentinas en materia migratoria no garantizan seguridad jurídica a los extranjeros que habitan en el país, considerando principalmente las reformas introducidas por medio del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/17 (tanto en sus aspectos procesales como sustanciales), y la sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso “Barrios Rojas”, en cuanto han dejado la situación de las familias migrantes sujeta al arbitrio de una administración pública con amplias potestades discrecionales y a un restringido control judicial en manos de un fuero no especializado en la materia.

\* Recepción del original: 28/10/2020. Aceptación: 14/03/2021.

\*\* Abogado (UCA). Alumno de la Especialización en Derecho Administrativo Económico UCA. Investigador adscripto (UCA) en los siguientes proyectos institucionales: “El precedente judicial en América Latina” y “El concepto de dignidad humana en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Docente adscripto en la cátedra de Concursos y Quiebras a cargo del Dr. Tomás Azar (UCA).

A su vez, se destaca la decisión judicial vertida por el Supremo Tribunal Federal brasileño, en tanto tiende a asegurar la unión de los migrantes con sus familias y el respeto de sus derechos fundamentales.

**Palabras clave:** migrantes — familias — derechos humanos — derecho comparado — precedentes judiciales — corte suprema de justicia de la república argentina — supremo tribunal de la república federativa de brasil

**Abstract:** This paper analyzes two rulings recently handed down by the highest courts of justice in Brazil and Argentina, highlighting their positive and negative aspects, respectively.

After a brief historical development of Argentine immigration law, both judicial decisions are outlined, on which comments and critical considerations are outlined with respect to their repercussions on the legal system and on the family protection of migrants.

It is concluded that Argentine legislation and jurisprudence on immigration matters do not guarantee legal security to foreigners living in the country, mainly considering the reforms introduced through the Necessity and Urgency Decree 70/17 (both in their procedural and substantial aspects), and the judgment handed down by the Supreme Court in the “Barrios Rojas” case, insofar as they have left the situation of migrant families subject to the arbitration of a public administration with broad discretionary powers and a restricted judicial control in the hands of a non-specialized jurisdiction.

In turn, the judicial decision issued by the Brazilian Federal Supreme Court stands out, as it tends to ensure the union of migrants with their families and the respect of their fundamental rights.

**Keywords:** migrants — families — human rights — comparative law — judicial precedents — supreme court of justice of the argentine republic — supreme federal court of the federative republic of brazil

## I. INTRODUCCIÓN

En uno de los primeros trabajos de derecho público comparado que se conocen sobre Argentina y Brasil, Mariano De Vedia y Mitre resaltaba que entre estos Estados “nada ha de contribuir más la recíproca estimación, que

el conocimiento cabal del uno por el otro”.<sup>1</sup> Tal conocimiento, estrecha los vínculos que nos unen en razón de nuestra vecindad y de la amistad nacida desde los tiempos de la lucha por la libertad que vio nacer a ambas naciones.

En este sentido, los juristas argentinos han sabido aprovechar el conocimiento brasileño, y fue así como Vélez Sarsfield se sirvió de aquel *esboço* de Augusto Teixeira de Freitas para elaborar el Código Civil argentino.<sup>2</sup> Así como al tiempo la jurisprudencia de los tribunales brasileños receptaba los conceptos de estado de sitio e intervención federal elaborados por Joaquín V. González.

Con tal deseo espero que los comentarios que aquí realizaré acerca de las sentencias recientemente dictadas por el Supremo Tribunal Federal brasileño y por la Corte Suprema de Justicia argentina, aporten elementos para la reflexión acerca del derecho migratorio y la protección familiar de los migrantes.

La sentencia brasileña, que luego expondré, fue dictada al resolverse el recurso extraordinario (RE) 608898, el 26 de junio de 2020. Allí, el pleno del Supremo Tribunal Federal (STF) brasileño decidió que la expulsión de un extranjero con hijo brasileño nacido después del hecho criminal que motivó el acto expulsor es incompatible con los principios constitucionales de protección del niño y la familia.

Sin dudas, el Máximo Tribunal brasileño impacta a través de sus sentencias en todos los países que componen nuestra región.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia argentina se expidió, el 3 de octubre de 2020, en la causa “Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN —DNM resol. 561/11— (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recurso directo para juzgados” en un sentido diametralmente distinto a la Corte brasileña, con un resultado negativo a la protección familiar de los migrantes.

## II. BREVE DESARROLLO DEL RÉGIMEN MIGRATORIO ARGENTINO

El fenómeno migratorio, dada su escala, está transformando al mundo entero más que en ninguna otra época. Por ello, uno de los grandes retos del siglo XXI es el de adaptarse a esta realidad, que estrecha los lazos de dependencia entre los Estados, a la vez que crea nuevas contradicciones y conflictos.<sup>3</sup>

1. DE VEDIA Y MITRE, “Concordancias de la Constitución con las...”, p. 9.

2. LEVAGGI, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, p. 224.

3. WIHTOL DE WENDEN, *La question migratoire au XXI siècle...*

El informe publicado en el año 2009 por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) señala con acierto que:

“La migración generalmente no tiene muy buena acogida por parte de la prensa. Los estereotipos negativos que muestran a los migrantes como personas que ‘nos quitan el empleo’ y ‘viven a costa de nuestros impuestos’ abundan en los medios de comunicación y en la opinión pública, especialmente en épocas de recesión”.<sup>4</sup>

Pese a ello, nadie puede negar que la nacionalidad argentina fue desde sus orígenes totalmente teñida por la inmigración, de otra manera, no puede entenderse siquiera el desarrollo de la Argentina hasta la actualidad.<sup>5</sup>

## II.A. El paso claudicante del derecho migratorio argentino

A partir de la Revolución de Mayo, se gestó una legislación favorable al fenómeno migratorio, al respecto:

“El decreto del 4 de septiembre de 1812 señaló ya las bases para atraer la inmigración, asegurando la adecuada protección ‘a los individuos de todas las naciones’ que desearan residir en el Estado, ‘asegurándoles el pleno goce de los derechos del hombre en sociedad’ y otorgándoles facilidades para dedicarse a las actividades rurales y mineras”.<sup>6</sup>

Los posteriores ensayos constitucionales potenciaron esta política,<sup>7</sup> hasta su consagración definitiva en el Preámbulo y en el art. 14 de la

4. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, “Superando Barreras: movilidad y desarrollo humanos...”, p. v.

5. Cfr. LUNA, *Breve historia de la sociedad argentina*, p. 93.

6. TAU ANZOÁTEGUI & MARTIRÉ, *Manual de Historia de las Instituciones...*, p. 462.

7. “El Estatuto de 1815 incluía a los extranjeros [...] en el goce de los derechos a la vida, la honra, la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad. Se les llegaba a reconocer también el sufragio activo y pasivo, aunque sujeto a determinadas exigencias y a algunas restricciones. En iguales términos se expedía el reglamento de 1817, que, además señalaba el modo y condiciones en que los extranjeros podían obtener la ciudadanía. Las constituciones de 1819 y 1826 otorgaban los derechos civiles a todos los habitantes del Estado y no solo a los ciudadanos, con lo que aquel concepto amplio incluía a los extranjeros”. TAU ANZOÁTEGUI & MARTIRÉ, *Manual de Historia de las Instituciones...*, p. 462.

Constitución de 1853-1860, y que se mantienen luego de la reforma constitucional del año 1994.

El *iter* de la legislación argentina en materia migratoria tuvo su primer hito en la Ley de Inmigración y Colonización N° 817, conocida como Ley Avellaneda, dictada en el año 1876.<sup>8</sup> Es a menudo considerada uno de los pilares de la modernización del Estado argentino y ponderada en virtud de los nuevos horizontes que se abrirían para el país a partir de su vigencia.<sup>9</sup>

Sin embargo, este inicio favorable a la inmigración se vio empañado por el dictado de la Ley 4.144 de Residencia de Extranjeros del año 1902, la cual funcionó como:

“Respuesta punitiva a la participación de los inmigrantes europeos en la conformación de las primeras organizaciones obreras y conflictos laborales acaecidos en los años iniciales del siglo XX”.<sup>10</sup>

A partir de allí, el Poder Ejecutivo ejerció potestades ampliamente discrecionales sobre el ingreso y la permanencia en el país de la población migrante.<sup>11</sup> La cuestión de la “seguridad” quedaría estrechamente vinculada al fenómeno migratorio.

8. “Hasta ahora no se ha buscado la inmigración, aceptándose la que espontáneamente ha querido venir a la República, y en su internación y acomodo se invierten sumas considerables sin examen, sin calificación, sin averiguar siquiera si el inmigrante ha de ser un poblador útil, que con su trabajo aumente la producción del país, y contribuya al fomento de la riqueza pública, y al mismo tiempo sus costumbres y su educación contribuyan a consolidar los elementos de civilización, de orden y de paz”. FERNÁNDEZ, “La ley argentina de inmigración de 1876 y su contexto histórico”, p. 6

9. FERNÁNDEZ, “La ley argentina de inmigración de 1876 y su contexto histórico”

10. GINZO, “Reconocimiento de los derechos del trabajador...”, p. 5.

11. En unos pocos artículos, la Ley de Residencia de Extranjeros (1902) otorgaba al Ejecutivo las siguientes potestades: “Artículo 1º: El Poder Ejecutivo podrá ordenar la salida del territorio de la Nación a todo extranjero que haya sido condenado o sea perseguido por los tribunales extranjeros por crímenes o delitos comunes.

Artículo 2º: El Poder Ejecutivo podrá ordenar la salida de todo extranjero cuya conducta comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público.

Artículo 3º: El Poder Ejecutivo podrá impedir la entrada al territorio de la república a todo extranjero cuyos antecedentes autoricen a incluirlo entre aquellos a que se refieren los artículos anteriores.

Artículo 4º: El extranjero contra quien se haya decretado la expulsión, tendrá tres días para salir del país, pudiendo el Poder Ejecutivo, como medida de seguridad pública, ordenar su detención hasta el momento del embarque”.

En el año 1958, durante la presidencia de Frondizi, se derogó la Ley 4.144, por lo que se produjo un “interregno”, en donde seguía formalmente vigente la Ley Avellaneda, hasta el dictado del Decreto-Ley 22.439, en el año 1981. Esta norma, también conocida como Ley Videla, “agravó el carácter discriminatorio, policial y represivo de la política migratoria”.<sup>12</sup>

Recién con el dictado de la Ley Nacional de Migraciones, Ley N° 25.871, en el año 2004, se arribaría a un régimen migratorio consecuente con la reforma constitucional del año 1994, los tratados de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional, y el plexo normativo incorporado a través de los sucesivos compromisos internacionales adoptados en materia de derechos humanos.

Desafortunadamente, este régimen legal se vio estructuralmente alterado luego de la sanción, en el año 2017, del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/17. Las modificaciones introducidas impactaron tanto en los aspectos sustantivos como procedimentales del régimen migratorio, entre algunos cambios pueden mencionarse: la creación de un proceso especial sumarísimo, abreviación de plazos procesales tanto en sede administrativa como en sede judicial, la inclusión de nuevas causales de expulsión del país,<sup>13</sup> mayores restricciones al derecho de reunificación familiar, entre otras.

El Poder Ejecutivo fundó el carácter de la medida excepcional —entre otros argumentos— en:

“Que ante recientes hechos de criminalidad organizada de público y notorio conocimiento, el Estado Nacional ha enfrentado severas dificultades para concretar órdenes de expulsión dictadas contra personas de nacionalidad extranjera, como consecuencia de un complejo procedimiento recursivo que, en algunos casos, puede llegar a SIETE (7) años de tramitación.

Que en los últimos años se verifica una proporción sumamente baja en la relación existente entre la cantidad de expulsiones dispuestas por la autoridad migratoria competente, fundadas

12. GINZO, “Reconocimiento de los derechos del trabajador...”, p. 5.

13. Entre las más polémicas, la modificación del art. 29 inc. c de la Ley 25.871, eliminando los pisos mínimos de condena penal e incorporando la posibilidad de expulsar al migrante aun cuando su condena no estuviese firme.



en la existencia de antecedentes penales, y las efectivamente concretadas.

Que, a su vez, la población de personas de nacionalidad extranjera bajo custodia del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL se ha incrementado en los últimos años hasta alcanzar en 2016 el VEINTIUNO COMA TREINTA Y CINCO POR CIENTO (21,35%) de la población carcelaria total.

Que, por otro lado, con relación a los delitos vinculados a la narcocriminalidad, se observa que el TREINTA Y TRES POR CIENTO (33%) de las personas bajo custodia del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL son extranjeros. Ello denota que la población extranjera detenida en dependencias del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL por infracción a la Ley N° 23.737 está altamente representada entre los detenidos, teniendo en cuenta que, conforme el último censo nacional, la participación de la población extranjera como porcentaje de la población total es del CUATRO COMA CINCO POR CIENTO (4,5%)".

Sin embargo, con fecha 22 de marzo de 2018, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad de Buenos Aires declaró la inconstitucionalidad del DNU 70/17,<sup>14</sup> señalando que:

"El Decreto N° 70/2017 ha avanzado sobre competencias del Congreso de la Nación, sin respetar los presupuestos fácticos del artículo 99.3° CN, al tiempo que presenta vicios en su causa, en su objeto, en su finalidad y en su motivación. Tales deficiencias hacen que se trate de un acto nulo de nulidad absoluta e insanable (art. 99.3 segundo párrafo CN). En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso deducido por los actores, revocar la sentencia de fojas 630/637 y declarar la invalidez constitucional del Decreto N° 70/2017".

De todas maneras, los efectos de la sentencia se suspendieron al ser recurrida por el Estado Nacional. Y la cuestión está aún pendiente de resolución por la Corte Suprema.

Pese a que, desde entonces, la Corte Suprema no se ha expedido sobre esta causa, ha emitido dos sentencias relevantes en materia migratoria en el último tiempo, en los casos "Apaza León" y "Barrios Reyes".

14. CNAF, Sala V, "Centro de Estudios Legales y Sociales...".

En la causa “Apaza León, Pedro Roberto c/ EN —DNU disp. 2560/11 (exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados”,<sup>15</sup> la Corte realizó una interpretación del art. 29 inc. “c” de la ley 25.871 (en su texto anterior a la mencionada modificación por el DNU 70/17, ya que el acto administrativo que se analizaba en esta causa fue emitido con anterioridad). Tal hermenéutica se inclinó en favor de un ciudadano peruano, que pese a haber sido condenado penalmente, la pena impuesta —un año y seis meses— era inferior al estipulado en la norma migratoria.<sup>16</sup>

El precedente fijado por la Corte influyó inmediatamente en la jurisprudencia de la Cámara Contencioso Administrativa Federal, que en la mayoría de sus salas estaba sosteniendo una interpretación distinta, que atendía a la constatación de una condena penal —con independencia de los años fijados en sede penal— para proceder confirmando la expulsión del migrante.<sup>17</sup> De esta manera, se llegó a una postura uniforme, en el entendimiento de esta norma migratoria, lo cual es una gran contribución a la seguridad jurídica y al respeto por el precedente judicial.

### III. LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA Y DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEÑO

#### **III.A. El reciente fallo de la CSJN en la causa “Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN —DNU resol. 561/11— (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recurso directo para juzgados”**

Luego de los vaivenes que ha tenido el orden jurídico argentino en materia migratoria, asistimos a un nuevo capítulo con la reciente sentencia de nuestro Máximo Tribunal en la causa “Barrios Rojas”.

15. CSJN, “Apaza León, Pedro Roberto c/ EN...”.

16. Ley Nacional de Migraciones N° 25.871 (texto original, previo a la reforma del DNU 70/17), art. 29: “Serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional: [...] c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más”.

17. Ver en este sentido las sentencias de la CNCAF, Sala I, “Encarnación Salas, Alfredo c/ EN — M...”; Sala II, “Quiroga Zoryez, Rolando Martín c/ EN — M...”; Sala II, “Martínez Coro, Roberto c/ EN — M...”; Sala IV, “Perales Aza, Pedro Enrique c/ EN...”.

En el caso, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal había revocado la sentencia de primera instancia y declarado la nulidad de la resolución del Ministerio del Interior 5611/2011. Dicha resolución, había confirmado la declaración de irregularidad de la permanencia en el país de Zoila Cristina Barrios Rojas, ordenado su expulsión, y prohibido su reingreso al país por el término de quince años.

Cabe aclarar que la Dirección Nacional de Migraciones, adoptó la decisión ante el impedimento para permanecer en el país del inciso “c” del artículo 29° de la norma en pugna. Sin embargo, la Cámara motivó su decisión contraria por razones de reunificación familiar (Barrios Rojas tiene a su pareja, su madre, hermanos e hijo con residencia en Argentina).

En el análisis de la cuestión federal, la Corte interpretó que el artículo 29° dispone que es una causa impeditiva de la permanencia del migrante en el país “haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina [...] por delitos de privación de libertad”. Como también el artículo prevé que la Dirección Nacional de Migraciones por resolución fundada puede excepcionalmente, basada en razones humanitarias o de reunificación familiar, disponer la permanencia en el país del extranjero alcanzado por alguna causal de expulsión.

En ese sentido, en el voto mayoritario, el Máximo Tribunal consideró que:

“La concesión de una dispensa para permanecer en el país es discrecional para la administración y que solo puede ser concedida de modo excepcional y mediante resolución especialmente fundada, circunstancia que no se verificó en el presente caso”.

A su vez, sostuvo que los factores de “reinserción social” y “tiempo transcurrido de condena” no son elementos incluidos en la norma, y que, en todo caso, es Migraciones quien en su facultad discrecional debe fundar la dispensa.

Por su parte, el voto de los magistrados Lorenzetti y Maqueda hizo hincapié en si efectivamente se pudiese otorgar la dispensa a causa de la “reunificación familiar”, contemplada en el artículo tercero de la norma. En ese orden de ideas, consideraron que:

“La perturbación de las relaciones familiares per se, como consecuencia necesaria de la orden de expulsión del migrante,

dictada en un procedimiento legítimo con las debidas garantías procesales, no alcanza para considerar afectado el derecho de reunificación familiar”.

En su voto, el ministro Rosatti sintetizó en tres aspectos los motivos por los cuales consideró errónea la decisión de la Cámara Contencioso Administrativa: i) que en el diseño del artículo 29° de la Ley 25.871 la reunificación familiar no es un derecho absoluto; ii) que la obtención de una dispensa como la pretendida es excepcional y, por ende, de procedencia restrictiva; y iii) que no se probó en el caso la irrazonabilidad del fundamento que sostiene a la decisión administrativa, ni su carácter discriminatorio.

### *III.A.1. Comentario*

Sobre el control efectuado por la Corte en el caso analizado, es preciso señalar que aun cuando la concesión o el rechazo de la dispensa por reunificación familiar sea reconocida expresamente por nuestra legislación como una potestad discrecional de la Administración, ello no implica que la decisión quede a su libre arbitrio, ni que el control judicial a efectuarse con posterioridad pueda indagar sobre los elementos del acto administrativo dictado, especialmente en cuanto a su elemento motivación.

Esto es así porque el control no se limita a examinar que, ante una situación de hecho determinada, se haya seguido la consecuencia jurídica prevista por la normativa aplicable. Este tipo de control sería propio de las potestades regladas. En cambio, lo que sucede en el caso reseñado, es que —aun cuando se encuentran en juego potestades discrecionales de la Administración—, el alcance del control se extiende a los elementos reglados del acto, como la causa (antecedentes de hecho y de derecho) y el procedimiento llevado a cabo ante la autoridad administrativa.

En este punto, es crucial comprender la finalidad del control que debe llevar a cabo el órgano judicial, ya que en el desarrollo de la actividad administrativa está claro que “no hay [...], discrecionalidad en ausencia o al margen de la Ley; tampoco en ningún caso, la discrecionalidad puede equipararse a la Ley o pretender sustituirla”.<sup>18</sup> A esto se agrega que el

18. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la...*, pp. 143-144.

control judicial de la discrecionalidad es siempre un control de los elementos reglados con que la atribución legal de la potestad correspondiente ha sido conferida.

De esta manera se puede concluir que —por lo menos en materia migratoria— estas técnicas de control de la actividad administrativa no debieran ser exclusivas de las facultades discrecionales de la Administración.

Esto se produce como consecuencia de la complejidad de la materia, en donde el análisis de la medida administrativa debe ponderar no solo la existencia de los presupuestos legales establecidos en la norma, sino que también debe atenderse a otros parámetros de tipo social, como lo es el interés por el mantenimiento de las relaciones familiares.

El fallo comentado, desde mi punto de vista, constituye —cuanto menos— un retroceso en materia de control judicial de la actividad administrativa, y un retorno a “la vieja concepción de la discrecionalidad ubicada fuera del contexto jurídico”.<sup>19</sup>

A su vez, me el estudio de este precedente judicial y la consulta con el derecho comparado me lleva a preguntarme sobre la posibilidad de dar otra respuesta a la protección familiar de los migrantes, de manera que este no quede sujeto a la discrecionalidad estatal con límites difusos y sujeta a escasos controles.

Al respecto, Brasil ha legislado en materia migratoria en el año 2017, estableciendo de manera clara y concreta que un migrante no podrá ser expulsado del país si tuviese un hijo brasileño a cargo (económica o socio-afectivamente), cónyuge o compañero, tampoco puede ser expulsado si ha ingresado al país antes de los doce años de edad, o si fuese una persona mayor de 70 años.<sup>20</sup>

La solución brasileña resulta —a mi modo de ver— una solución a la inseguridad jurídica que se presenta en el ordenamiento jurídico argentino, ya que se establecen parámetros claros y, si se quiere, “reglados” con respecto a los supuestos en donde no puede expulsarse del país a una persona migrante.

A su vez, el Supremo Tribunal brasileño ha fornecido la protección de los migrantes y sus familias en un reciente fallo,<sup>21</sup> al interpretar el régimen

19. SESÍN, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y...*, p. 64.

20. República Federativa do Brasil, Ley 13.445, art. 55.

21. Supremo Tribunal Federal de Brasil, Recurso Extraordinario 608898.

jurídico anterior a las reformas que se realizaron en el año 2017 por medio de la citada ley, y zanjando toda duda y posibilidad de una separación infundada entre padres migrantes e hijos nacidos en territorio brasileño.

### **III.B. Lo resuelto en el recurso extraordinario (RE) 608898 por el Supremo Tribunal Federal brasileño<sup>22</sup>**

El caso trató acerca de un ciudadano de Tanzania condenado en el año 2003 por uso de documento falso (en violación al artículo 304° combinado con el 297° del Código Penal brasileño). Luego del cumplimiento de la pena, e instruidas las actuaciones administrativas respectivas, en el año 2006, el Poder Ejecutivo determinó la salida del país del ciudadano tanzano.

En el recurso extraordinario por el cual se llegó al Supremo Tribunal Federal, el Estado brasileño —en su calidad de recurrente— cuestionaba lo decidido por el Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>23</sup> que, en la instancia previa, había prohibido la expulsión, considerando los principios de protección del interés del niño previstos en la Constitución Federal y en el *Estatuto da Criança e do Adolescente* (ECA — Ley 8.069/1990). Según el Estado Federal, la legislación vigente en aquella época solo vedaba la expulsión si la prole brasileña había nacido con anterioridad al hecho motivador, e impedir que la expulsión se haga efectiva va en contra de la soberanía nacional, pues se trata de un acto discrecional del presidente de la República.

El recurso comenzó a ser juzgado en noviembre de 2018. El ministro relator de la causa, Marco Aurelio, observó que la regla del Estatuto del Extranjero (Ley 6815/1980, artículo 75°, parágrafo 1°) que admite la expulsión en esas condiciones no fue receptada por la Constitución Federal de 1988. A su vez, el ministro afirmó que el dispositivo del Estatuto del Extranjero era contrario al principio de igualdad, al dar tratamiento discriminatorio a los hijos nacidos antes y después del hecho motivador de la

22. Supremo Tribunal Federal de Brasil, Recurso Extraordinario 608898.

23. El Superior Tribunal de Justiça es un órgano judicial creado por la Constitución Federal de 1988 con el fin de uniformizar la jurisprudencia federal en todo Brasil. Resuelve definitivamente casos civiles y criminales que no involucren material constitucional ni materia especializada (derecho laboral, militar, electoral). Para más información consultar: <http://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Institucional/Atribuicoes>. Consultado 07/07/2020.

expulsión. Resaltó que estos perjuicios no pueden depender de la fecha de nacimiento o adopción del niño, y mucho menos del marco aleatorio representado por la práctica de la conducta motivadora de la expulsión.

El proceso fue retomado el 25 de junio de 2020 con el voto del ministro Gilmar Mendes, que acompañó al ministro relator en su entendimiento de que el decreto de expulsión es incompatible con el orden constitucional actual, que consagra la preservación del núcleo familiar y el interés afectivo y económico del niño. El ministro destacó que la Ley de Migraciones (Ley 13.445/2017), que derogó por completo el Estatuto del Extranjero —previamente vigente—, prohíbe expresamente la expulsión cuando la persona tuviese la guarda o dependencia económica o socio-afectiva de un hijo brasileño, con independencia de su fecha de nacimiento o adopción.

En su voto, el ministro Celso de Mello afirmó que el ciudadano tanzano tiene derecho a permanecer en Brasil, pues comprobó la existencia de una hija brasileña, que actualmente tiene casi 13 años, y depende de la economía paterna, a la vez que mantienen un vínculo de convivencia socio-afectivo, lo que impide, conforme la Ley de Migraciones, su expulsión.

En el último voto, el ministro Dias Toffoli también acompañó al ministro relator.

A pesar de la derogación del Estatuto del Extranjero, el ministro Marco Aurélio observó la necesidad de formular una tesis de *repercussão geral* para alcanzar los casos residuales (por lo menos ocho) que están aguardando la resolución de este *Recurso Extraordinario* 608898.

La tesis fijada fue la siguiente:

“El § 1º del artículo 75º de la Ley nº 6.815/1980 no fue receptado por la Constitución Federal de 1988, siendo vedada la expulsión de extranjero cuyo hijo brasileño fue reconocido o adoptado posteriormente al hecho promotor del acto expulsorio, una vez comprobado que el niño está bajo la guarda del extranjero y que de este depende económicamente”.<sup>24</sup>

24. Texto original: “O § 1º do artigo 75 da Lei nº 6.815/1980 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo vedada a expulsão de estrangeiro cujo filho brasileiro foi reconhecido ou adotado posteriormente ao fato ensejador do ato expulsório, uma vez comprovado estar a criança sob guarda do estrangeiro e deste depender economicamente”.

Para quienes no estén familiarizados con el lenguaje jurídico brasileño, tal vez sea de utilidad señalar que *repercussão geral* consiste en un presupuesto especial de interposición del recurso extraordinario —dentro del régimen procesal brasileño— establecido por la propia Constitución Federal,<sup>25</sup> que impone que el juicio de admisibilidad del recurso lleve en consideración el impacto indirecto que la eventual solución de las cuestiones en discusión tendrá en la colectividad, de modo que el recurso será considerado si la decisión de mérito emergente de este ostenta la cualidad de hacer que una parcela representativa de un determinado grupo de personas experimente, indirectamente, su influencia, considerando los intereses sociales extraídos del sistema normativo y de la coyuntura política, económica y social reinante en un momento histórico dado.<sup>26</sup>

De esta manera, la Corte brasileña, al dictar una tesis de *repercussão geral*, diferencia la presente causa y la ubica en una categoría de precedentes con fuerte impacto en el mundo jurídico brasileño.<sup>27</sup>

### III.B.1. Comentario

Con esta sentencia, la Corte brasileña protege los vínculos afectivos familiares, en tanto son un factor esencial y trascendente de la vida cotidiana y en el proyecto de vida de las personas.

Por esta razón, prácticamente todos los instrumentos internacionales de derechos humanos —a nivel universal y regional— han consagrado expresamente el derecho de toda persona a la vida familiar. Y en particular, la Convención sobre Derechos del Niño ha establecido el derecho de los hijos a no ser separados de sus padres (art. 9°), y el derecho a la vida familiar (preámbulo CDN, y arts. 8°, 10°, 22°).

La Convención Americana de Derechos Humanos protege a la familia en su artículo 17°, en donde señala que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, y en su artículo 19° sostiene que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

25. *Cfr.* Constitución Federal brasileña, art. 102.

26. DANTAS, *Repercussão Geral*, p. 260. Para mayor precisión, recomiendo la lectura íntegra de la obra.

27. CARVALHO FILHO, *Repercussão Geral: Balanço e Perspectivas*, p. 43.



La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expedido en protección de la familia y de los niños en causas de expulsión de migrantes, sosteniendo que: "el Estado está obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar".<sup>28</sup>

En el mismo sentido se expresó en el caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. En ese caso, resaltó que es "necesario reiterar que en los procesos de expulsión en donde se encuentren involucrados niñas y niños, el Estado debe observar además de las garantías señaladas anteriormente, otras cuyo objetivo sea la protección del interés superior de las niñas y los niños, entendiéndose que dicho interés se relaciona directamente con su derecho a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible".<sup>29</sup>

A su vez, con motivo de una opinión consultiva la Corte Interamericana advirtió sobre los peligros de separar a la familia, allí destacó que: "las niñas o niños no acompañados o separados de su familia que se encuentran fuera de su país de origen son particularmente vulnerables a la trata infantil, a la explotación y los malos tratos".<sup>30</sup>

Al respecto, el Comité de Derechos del Niño y el Comité de Derechos de Trabajadores Migratorios de Naciones Unidas han sostenido que: "la ruptura de la unidad familiar por la expulsión de uno o ambos progenitores a causa de una infracción de las leyes sobre la inmigración relacionadas con la entrada o la estancia es desproporcionada, ya que el sacrificio que supone la restricción de la vida familiar y la repercusión en la vida y el desarrollo del niño no se ve compensado por las ventajas obtenidas al obligar a uno de los padres a abandonar el territorio debido a la infracción cometida contra las normas sobre inmigración. Los niños migrantes y sus familias también deben estar protegidos en los casos en que las expulsiones constituyan una injerencia arbitraria en el derecho a la vida familiar y privada. Los comités recomiendan a los Estados que faciliten vías para la regularización de los migrantes en situación irregular que residan con sus hijos, en particular cuando ha nacido un hijo o cuando un hijo ha vivido en el país de

28. Corte IDH, "Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado...", párr. 226.

29. Corte IDH, "Caso de personas dominicanas y haitianas...", párr. 357.

30. Corte IDH, "Derechos y garantías de niñas y...", párr. 91.

destino durante un largo período de tiempo, o cuando el retorno al país de origen de uno de los progenitores fuera contra el interés superior del niño. Cuando la expulsión de los padres se debe a infracciones penales, deben garantizarse los derechos de los hijos, incluido el derecho a que su interés superior sea una consideración primordial y el derecho a ser oídos y a que sus opiniones se tomen en serio, teniendo también en cuenta el principio de proporcionalidad y otros principios y normas de derechos humanos”.<sup>31</sup>

En consecuencia, la postura de la Corte brasileña se adapta a las normas y lineamientos derivados de los mencionados tratados, de la jurisprudencia internacional y de los comités de derechos humanos, puesto que al eliminar el distingo que establecía la ley migratoria que era aplicable al caso —aunque luego fuese derogada— entre hijos brasileños nacidos antes y después del hecho que generó la orden de expulsión, colocó en pie de igualdad a los hijos de inmigrantes, tutelando el derecho a la vida familiar de estos.

La eliminación de este criterio discriminatorio —que contenía el antiguo régimen migratorio brasileño— constituye un precedente que avanza sobre la tutela de la niñez, la familia y los migrantes, otorgando seguridad jurídica e igualdad de trato ante la ley, lo cual sin dudas se traslada de manera positiva hacia las expectativas y los proyectos de vida de los inmigrantes en territorio brasileño, muchos de los cuales padecen un constante “estado de deportabilidad” transnacional, colectivo y transgeneracional, puesto que esta incertidumbre sobre su permanencia en el país no solo es padecida por quienes son eventuales sujetos pasivos de la deportación, sino también por sus familias (en su país de origen y en el país del que corren el riesgo de ser deportados).<sup>32</sup>

Con respecto a las gravosas consecuencias que esta condición de “deportabilidad” causa en los migrantes y sus familias, la American Psychological Association ha elaborado algunas recomendaciones y alternativas, como desalentar las políticas de deportaciones en los casos que involucren la separación de la familia, modificar las estrictas dispensas legales incluyendo a otros miembros de la familia que reflejen la realidad de la contención familiar (abuelos, tíos, primos), disminuir y remover los requisitos

31. Comité de los Derechos del Niño y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de Naciones Unidas, Observación General Conjunta 24 CRC y 4 CMW, párr. 29.

32. MONTES, “Deportabilidad y manifestaciones de sufrimiento de...”.

para entrar en la categoría de “guarda” o sostenimiento familiar para la obtención de residencias, y potenciar la revisión judicial de los casos.<sup>33</sup>

#### IV. CONCLUSIÓN

Considero que el estudio de la pieza jurisprudencial aquí comentada puede ser de gran utilidad para nuestro orden jurídico —y en especial nuestro régimen migratorio— por su acertado criterio en pos de la tutela del niño y de la familia, los cuales no pocas veces sufren embates desde las propias instituciones que deben tutelarlas.

La importancia de la sentencia dictada por el Supremo Tribunal Federal brasileño ha sido calificada por el propio órgano emitiendo al respecto tesis de *repercussão geral*, lo cual pone de manifiesto su relevancia institucional.

El criterio seguido por el tribunal responde a las exigencias de los tratados internacionales, universales y regionales, a las recomendaciones de los comités especializados y a los lineamientos esgrimidos hacia el final del presente comentario, en cuanto aumenta la protección de los migrantes, otorga un trato igualitario a sus hijos, y reduce el estado de incertidumbre por la condición de “deportabilidad” que estos y sus familias padecen.

Es menester para la situación actual de nuestro régimen migratorio argentino la consideración de la jurisprudencia de los máximos tribunales de los países de la región que fomenten el respeto a los derechos humanos y la tutela de los grupos vulnerables.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

American Psychological Association, “Statement on the Effects of Deportation and Forced Separation on Immigrants, their Families, and Communities”, 2018, URL <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/ajcp.12256>. Consultado 22/03/2023.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, “Encarnación Salas, Alfredo c/ EN — M Interior OP Y

33. American Psychological Association, “Statement on the Effects of Deportation...” <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/ajcp.12256>. Consultado 22/03/2023.

- V — DNM s/ recurso directo DNM”, septiembre de 2019, causa N° 51.107/2017.
- , Sala II, “Quiroga Zoryez, Rolando Martín c/ EN — M Interior — DNM s/ recurso directo DNM”, junio de 2019, causa N° 50.401/2016.
- , Sala II, “Martínez Coro, Roberto c/ EN — M Interior OP y V — DNM s/ recurso directo DNM”, 06/08/2019, causa N° 71.786/2017.
- , Sala IV, “Perales Aza, Pedro Enrique c/ EN — DNM s/ recurso directo DNM”, 15/08/2019, causa N° 4.015/2018.
- , Sala V, “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN — DNM s/ amparo ley 16.986”, 22/03/2018, causa N° 3061/2017.
- CARVALHO FILHO, José S., *Repercussão Geral: Balanço e Perspectivas*, São Paulo, Almedina, 2015.
- CERIANI CERNADAS, Pablo, GARCÍA, Lila & GÓMEZ SALAS, Ana, “Niñez y adolescencia en el contexto de la migración: principios, avances y desafíos en la protección de sus derechos en América Latina y el Caribe”, en *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana (REMHU)*, Vol. 22, N° 42, pp. 9-28.
- Comité de los Derechos del Niño y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de Naciones Unidas, CMW/C/GC/4, CRC/C/GC/23, Observación general conjunta, 16/11/2017.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 25/11/2013.
- , “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 28/08/2014.
- , “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultativa OC-21/14”, 19/08/2014.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Apaza León, Pedro Roberto c/ EN — DNM disp. 2560/11 (exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados”, 08/05/2018.
- , “Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN — DNM resol. 561/11— (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recurso directo para juzgados”, 24/09/2020.
- DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, 2012, São Paulo.

- DE VEDIA Y MITRE, Mariano, "Concordancias de la Constitución con las de los Estados Unidos y Brasil", en *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, Año XIII, Tomo XXV, N° 146, 1922, Buenos Aires.
- FERNANDEZ, Alejandro, "La ley argentina de inmigración de 1876 y su contexto histórico", en *Revista Almanack*, Guarulhos, 2017, N.º 17, pp. 51-85.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, 1997, Madrid.
- GINZO, Jorge L., "Reconocimiento de los derechos del trabajador migrante en el ordenamiento jurídico argentino", en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 2013-2, 16/01/2013, cita online AR/DOC/4847/2013.
- LEVAGGI, Abelardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Tomo I, Parte General, 4ª ed., Abeledo Perrot, 2013, Buenos Aires.
- LUNA, Félix, *Breve historia de la sociedad argentina*, El Ateneo, 2009, Buenos Aires.
- MONTES, Verónica, "Deportabilidad y manifestaciones de sufrimiento de las personas migrantes y sus familias", Apuntes, N° 84, 2019, URL <http://www.scielo.org.pe/pdf/apuntes/v46n84/a01v46n84.pdf> consultado 07/07/2020.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), "Superando Barreras: movilidad y desarrollo humanos, informe mundial sobre desarrollo humano, 2009", URL [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_2009\\_es\\_complete.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2009_es_complete.pdf) consultado 07/07/2020.
- República Federativa do Brasil, Ley 13445, artículo 55°, 24/05/2017, URL [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm). Consultado 22/03/2023.
- SESÍN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, Lexis Nexis, 2004, Buenos Aires.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor & MARTIRÉ, Eduardo, *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*, 7ª ed., Librería Histórica, 2005, Buenos Aires.
- WIHTOL DE WENDEN, Catherine, *La question migratoire au XXI siècle: migrants, réfugiés et relations internationales*, Fondo de Cultura Económica, 2013, México, traducción de VALLEJO CERVANTES, Gabriela.



## EL DERECHO A VIVIR LIBRES DE CORRUPCIÓN: ANÁLISIS DE SU VIABILIDAD JURÍDICA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS\*

NATALIA DÁNAE ZORZIN\*\*

**Resumen:** La prohibición de la corrupción estatal ha sido un tema largamente desarrollado en el marco de los estudios económicos y fiscales. Sin embargo, no ha corrido la misma suerte desde el punto de vista de su estrecha relación con la afectación a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Esta cuestión es aún más evidente en América Latina, donde las difíciles condiciones socioeconómicas y las alarmantes tasas de corrupción todavía no parecen haber alcanzado la magnitud suficiente como para llamar la atención de los órganos de protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ciertamente, las prácticas estatales de corrupción guardan una estrecha relación con el incumplimiento de las obligaciones esenciales en materia de protección de estos derechos. Sobre esta base, el presente trabajo se propone abordar si la sociedad posee un derecho humano a vivir libre de corrupción. A tal fin, se analizarán argumentaciones jurídicas que permitan derivarlo directamente del derecho al desarrollo progresivo, así como posibles maneras de sortear los obstáculos procesales que pueden llegar a dificultar este abordaje.

**Palabras clave:** corrupción — derechos económicos, sociales, culturales y ambientales — desarrollo progresivo — sistema interamericano de derechos humanos — derechos colectivos

**Abstract:** The prohibition of corrupt state practices has long been a topic developed within the framework of economic and financial studies. However, it has not suffered the same fate from the point of view of its close relationship with the affectation of economic, social, cultural, and environmental

\* Recepción del original: 10/05/2021. Aceptación: 10/06/2021.

\*\* Natalia Dánae Zorzin es abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

rights. This issue is even clearer in Latin America, where tough socioeconomic conditions and alarming rates of corruption do not yet seem to have reached appropriate magnitude to attract the attention of the bodies of the Inter-American Human Rights System. Certainly, state practices of corruption are closely related to non-compliance with essential obligations regarding the protection of these rights. On this basis, this paper aims to address whether society has a human right to live free of corruption. To this end, legal arguments will be analyzed in order to directly derive this premise from the right to progressive development, as well as identify possible ways of overcoming the procedural obstacles that may hinder this approach.

**Keywords:** corruption — economic, social, cultural, and environmental rights — progressive development — interamerican human rights system — collective rights

## I. INTRODUCCIÓN

La corrupción estructural es un fenómeno que produce efectos devastadores en la realidad socioeconómica de todo el mundo. Particularmente, constituye una preocupación profundamente arraigada en Latinoamérica, lo cual ha sido reconocido por los Estados al adoptar la Convención Interamericana contra la Corrupción (en adelante, “CICC”) en 1996. Debido a estas lamentables prácticas, los Estados no cuentan con recursos económicos y financieros suficientes para cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante, “DESCA”), y de esta forma, asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas, particularmente en lo que hace al derecho al desarrollo. Tal afectación no solo se evidencia desde la perspectiva individual sino también colectiva, en la medida en que la corrupción estructural daña las bases mismas de la democracia, creando un círculo vicioso que garantiza y perpetúa la impunidad, al negarle a toda la población el acceso igualitario a los derechos.<sup>1</sup>

Hasta el momento, los escasos pronunciamientos donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH” o “Tribunal”)

1. ACNUDH, HR/NONE/2013/120, 11/2013.



mencionó el contexto de corrupción estuvieron centrados en determinar si el Estado en concreto había violado otros derechos civiles y políticos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “CADH”). Sin embargo, el Tribunal, que ha sido renuente en reconocer la justiciabilidad de los DESCAs, también ha demostrado tener un perfil evasivo a la hora de pronunciarse sobre las implicancias de la corrupción en el pleno disfrute de estos derechos, tanto en el plano individual como colectivo.

Frente a este panorama, una interpretación holística de los instrumentos regionales permitiría concluir la existencia de un derecho social a vivir libres de corrupción. Los principios establecidos en la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante, “Carta de la OEA”), fuente a la que remite directamente el artículo 26 de la CADH, dan cuenta de una vinculación suficiente entre las prácticas corruptas estatales y las violaciones de DESCAs. Asimismo, la CICC reconoce en su preámbulo que es la sociedad misma la que se ve colectivamente socavada por estas prácticas. De ello se desprende que la vida libre de corrupción no constituye meramente un elemento fáctico relevante para determinar las violaciones de otros derechos, sino que se erige como un derecho humano en sí mismo, que puede derivarse directamente del artículo 26 de la CADH.

Para sustentar esta postura, en primer lugar, me referiré al reticente desarrollo del concepto de la corrupción en la jurisprudencia del Tribunal Interamericano (II). Luego, introduciré el derecho a vivir libres de corrupción como un DESCAs en el marco del artículo 26 de la CADH, por su vinculación con el derecho al desarrollo, particularmente en el ámbito latinoamericano (III). Posteriormente, analizaré las problemáticas que se desprenden de la propia normativa bajo análisis, y las posibles vías para alcanzar esta incorporación (IV). Para finalizar, abordaré algunas dificultades procesales a las que estaría sometido su reconocimiento y esbozaré posibles soluciones (V).

## II. LA CORRUPCIÓN EN EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE IDH

La corrupción es un concepto cuya definición legal no está contemplada en ningún tratado internacional. Por ello, utilizaré la definición de Peters, que interpreta este fenómeno como “el abuso del poder confiado

(*entrusted power*) para el beneficio privado”.<sup>2</sup> Este abuso puede visualizarse en pequeñas manifestaciones diarias —corrupción pequeña o insignificante—,<sup>3</sup> pero también puede ocurrir a nivel político y a gran escala, lo que se denomina gran corrupción.

A los efectos de este trabajo, me referiré exclusivamente a este último tipo, específicamente a aquellos actos en los que participan oficiales o funcionarios/as públicos/as. La importancia de esta definición radica en que el Estado es internacionalmente responsable independientemente del poder institucional —Ejecutivo, Legislativo, Judicial u otro— que esté llevando adelante las prácticas corruptas.<sup>4</sup> Pero, además, la palabra *entrusted* refiere a un abuso de poder por parte de la o el funcionario elegido en el marco de un sistema democrático, lo cual transforma la corrupción en un problema de una gravedad sistemática y estructural que afecta las raíces mismas del Estado de Derecho.<sup>5</sup>

En este marco, el enfoque de derechos humanos, especialmente en el ámbito americano, ha sido criticado por ser vago e insuficiente, tanto en términos de claridad conceptual como en materia de justiciabilidad. A grandes rasgos, se ha indicado que la gran corrupción produce efectos devastadores en los derechos humanos,<sup>6</sup> debilita las instituciones democráticas, erosiona la confianza de la ciudadanía en sus gobiernos e incrementa la desigualdad.<sup>7</sup> Sin embargo, ante casos concretos, la Corte IDH ha evitado expresarse sobre la corrupción del Estado demandado, o ha mencionado en unas pocas líneas ese contexto, sin considerarlo una consecuencia explícita de las violaciones por las que el Estado ha sido responsabilizado.

A modo ejemplificativo, el Tribunal adoptó las siguientes posturas evasivas:

- (1) En el caso Instituto de Reeducción del Menor, referido a la muerte y lesiones de niños y niñas en un centro de reeducación, así como a las deficientes condiciones de mantenimiento del lugar,

2. PETERS, “Corruption as a violation of international human rights”, p. 1254.

3. International Bar Association, “Bribery and Corruption”, p. 242.

4. Corte IDH, “Caso Myrna Mack vs. Guatemala”, párr. 27.

5. ACNUDH, HR/NONE/2013/120, 11/2013.

6. AGNU, A/HRC/32/22, 15/04/2016, pto. 20(c).

7. Corte IDH, “Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala”, párrs. 240-242; CIDH, “Corrupción y derechos humanos”, párrs. 25-71.

la Corte IDH se limitó a mencionar que existía un “clima de [...] corrupción” en el cual vivían los menores, pero respecto del cual no adoptó ninguna resolución relevante.<sup>8</sup>

- (2) En el caso Fornerón e Hijas, relativo a violaciones del debido proceso en un caso de tenencia familiar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH”) había denunciado la existencia de una práctica de tráfico de niños y niñas en la Argentina en su Informe de Fondo 83/10.<sup>9</sup> Sin embargo, la Corte IDH decidió ignorar este pronunciamiento,<sup>10</sup> sin perjuicio de reconocer la existencia de ciertos “signos” que, a su entender, resultaban insuficientes o irrelevantes.<sup>11</sup>
- (3) En el caso Gutiérrez y familia, que específicamente trató sobre un comisario asesinado mientras investigaba un caso de corrupción por parte de empresarios y funcionarios de alto rango, la Corte IDH resaltó la existencia de ciertas irregularidades en la investigación —como sobornos o robo de evidencia—, más omitió catalogarlos como actos corruptos en sí mismos.<sup>12</sup>
- (4) En el caso Herrera Ulloa, relativo a una condena por difamación por una nota periodística sobre una investigación a un famoso empresario, también por conductas ilícitas, el Tribunal reconoció a la corrupción como una cuestión de interés público, y, por tanto, un objetivo legítimo para afectar el derecho a la privacidad. Sin embargo, omitió expedirse con mayor profundidad, aun teniendo frente a sí una clara oportunidad para hacerlo.<sup>13</sup>
- (5) Finalmente, en el caso López Mendoza, relativo a la inhabilitación de un candidato a alcalde por presuntos actos de conflicto de intereses y uso presupuestario indebido, el Tribunal mencionó, nuevamente en línea con las generalizaciones y vaguedades propias del tema, que la lucha contra la corrupción es esencial en la protección de los derechos humanos.<sup>14</sup> A mayor abundamiento, en

8. Corte IDH, “Caso ‘Instituto de Reeducción del Menor’ vs. Paraguay”, párr. 170.

9. CIDH, “Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Fornerón vs. Argentina”, párr. 133.

10. Corte IDH, “Caso Fornerón e hija vs. Argentina”, párr. 19.

11. Corte IDH, “Caso Fornerón e hija vs. Argentina”, párr. 129.

12. Corte IDH, “Caso Gutiérrez y familia vs. Argentina”, párr. 121.

13. Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, párr. 127.

14. Corte IDH, “López Mendoza vs. Venezuela”, párr. 104.

una nota al pie de página, la Corte IDH indicó explícitamente que “considera que la lucha contra la corrupción es de suma importancia y tendrá presente esa circunstancia cuando se le presente un caso en que deba pronunciarse al respecto”.<sup>15</sup>

En todos los ejemplos mencionados, la discusión giró en torno a distintos tipos de derechos civiles y políticos muy difusamente afectados por la corrupción. No obstante y lamentablemente, la gran corrupción se ha convertido en la “forma normal” de provisión de servicios —tales como las licitaciones públicas para construcciones de infraestructura, o los sistemas de salud o educación pública—<sup>16</sup> donde funcionarias, funcionarios y/o agentes públicos pretenden obtener beneficios privados en detrimento de la colectividad en general.<sup>17</sup> Debido a esta grave situación, considerar la corrupción como un mero contexto de vulnerabilidad para el desarrollo de los mal llamados derechos clásicos o liberales desatiende la realidad de numerosos países de la región, por lo que resulta más que razonable analizar esta afectación en relación con los DESCAs.

Al igual que con el concepto de corrupción, la Corte IDH tampoco ha estado predispuesta a reconocer la justiciabilidad del artículo 26 de la CADH. Esta reticencia se encuentra relacionada con el histórico desprestigio que han sufrido los DESCAs como consecuencia de la falsa creencia acerca de que sólo su cumplimiento implicaría necesariamente un desembolso presupuestario. Aún hoy, tras haberse saldado esta discusión,<sup>18</sup> el enfoque liberal de los derechos humanos sigue relacionándose con la reticencia del Tribunal a la hora de intervenir en la administración de recursos de un Estado y, por extensión, en su manejo de políticas públicas.

La mencionada actitud se contradice con el enfoque intervencionista que muchas veces adopta el Tribunal en materia legislativa cuando esta es, presuntamente, violatoria de derechos humanos. A modo de ejemplo, se puede mencionar la ocasión en que forzó a Chile a reformar su Constitución en el caso “La última tentación de Cristo”,<sup>19</sup> o cuando ordenó a la

15. Corte IDH, “López Mendoza vs. Venezuela”, nota al pie n° 208.

16. FERREIRA, “La gran corrupción requiere una respuesta global y de cooperación”.

17. WARREN, “What does corruption mean in a democracy?”.

18. HOLMES & SUNSTEIN, *El costo de los derechos...*, pp. 55 y ss.

19. Corte IDH, “Caso Olmedo Bustos y Otros (‘La última tentación de Cristo’) vs. Chile”, párr. 103.

Argentina a dejar sin efecto un fallo de última instancia en *Fontev ecchia y D’Amico*.<sup>20</sup> Para llegar a estas conclusiones, la Corte IDH declaró la violación de derechos sustantivos —en ambos casos, la libertad de pensamiento y expresión contenida en el artículo 13 de la CADH— en relación con el artículo 2 del idéntico instrumento legal, que obliga a los Estados parte a adecuar sus disposiciones de derecho interno de modo que les permitan cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Pareciera, entonces, que la Corte IDH es más propensa a exigir de un Estado el cambio de su legislación, incluso su Carta Magna, antes que reclamar la modificación del modo de implementación de sus políticas públicas —particularmente, las presupuestarias—, para asegurar el mismo fin de respeto de los derechos humanos a los que el Estado en cuestión se ha obligado.

De este modo, si bien es irrelevante la rama del poder público que haya cometido la violación a los efectos de declarar la responsabilidad internacional de un Estado, el Tribunal parece ejercer una ponderación de poderes públicos que redundaría en un mayor grado de tolerancia respecto de decisiones ejecutivas que violan derechos, en relación con decisiones legislativas o judiciales. No es casual que sea precisamente en esta clase de decisiones ejecutivas presupuestarias que, de manera más o menos sutil, se visualicen los efectos de los actos de corrupción institucional.

Esta tendencia a pasar por alto las decisiones emanadas del Poder Ejecutivo no es independiente de la histórica minimización de la importancia de los DESCAs frente a los demás derechos, tanto a nivel regional como internacional.

### III. LA CORRUPCIÓN COMO VIOLACIÓN DEL DESARROLLO PROGRESIVO

Existe un único artículo en la CADH —cuya vaga redacción es, cuanto menos, cuestionable— dedicado a todo el amplio e inagotable abanico de los DESCAs. Bajo el nombre de “desarrollo progresivo”, el artículo 26 exige compromisos para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas de la Carta de la OEA, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

20. Corte IDH, “Caso *Fontev ecchia y D’Amico vs. Argentina*”, párr. 103.

A continuación, procederé a analizar algunas de las problemáticas que este artículo presenta en relación con la temática planteada en el presente trabajo, tomando como base tres puntos clave: el mandato de derivación (A); la corrupción como violación en sí misma (B), y la relación entre la corrupción y el principio de desarrollo progresivo (C).

### **III.A. El mandato de derivación de la Carta de la OEA**

En lugar de identificar específicamente los DESCAs protegidos por la CADH, el artículo 26 solo remite a aquellas normas económicas, sociales, y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. A esta imprecisión se suma la vaga mención al principio de desarrollo progresivo en la medida de los recursos disponibles, y la tácita —pero necesariamente consecuente— prohibición de adoptar medidas regresivas, ambos conceptos relegados en el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH.<sup>21</sup> Por ende, el contenido y alcance de este artículo, y de todos los elementos que lo componen fue, en su mayoría, producto de interpretaciones doctrinarias.

En esta línea resulta identificable el “mandato de derivación”. Este consiste en la directiva surgida del artículo 26, la cual obliga a “traducir” en DESCAs todos los principios y objetivos relevantes contenidos en la Carta de la OEA —y, por extensión, a otros instrumentos de similar carácter—. Lo relevante es que esta tarea, aún extraordinaria, no necesariamente es un obstáculo, en tanto la falta de enumeración explícita puede y debe ser utilizada para incorporar más derechos, a través de la interpretación de políticas públicas que encuadren dentro de objetivos anticorrupción.

Por ejemplo, el capítulo VII de la Carta de la OEA menciona la eliminación de la pobreza extrema y la distribución equitativa de la riqueza y de los ingresos como objetivos básicos, como una responsabilidad primordial de los Estados. Es claro que la corrupción vuelve prioritaria la obtención de beneficios personales en detrimento del desarrollo integral de la sociedad, lo cual causa una distribución seriamente inequitativa de la riqueza. Por tanto, la corrupción en materia impositiva o presupuestaria puede y debe ser considerada como una forma de violentar los derechos derivados

21. COURTIS, “Comentario al artículo 26. Desarrollo progresivo”, p. 822.

de normas económicas, sociales y culturales, redundando, de esta manera, en la violación misma del artículo 26 de la CADH.

Por su parte y tal como se adelantó, nada obsta a la derivación de DES-CA de otros instrumentos relevantes para ampliar el abanico de derechos, en virtud del principio de progresividad de los derechos humanos y de su interpretación *pro persona*. En este marco, la CIDH ha empleado la Declaración Americana de Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador para identificar los derechos tutelados por el artículo 26 de la CADH,<sup>22</sup> por lo que la extensión de este “mandato de derivación” a otros instrumentos ratificados por el Estado no solo es posible, sino que es fácilmente argumentable, especialmente si, entre estos instrumentos, se incorpora la CICC.

### **III.B. La corrupción como violación autónoma**

A la hora de intentar definir los derechos afectados por actos de gran corrupción, la doctrina mayoritaria hizo hincapié en los derechos civiles contenidos en la CADH. Es así, que la independencia judicial del artículo 8 resulta violada cuando una jueza, un juez u otro funcionario o funcionaria jurisdiccional o con facultades similares recibe un soborno.<sup>23</sup> Lo mismo se ha dicho respecto de aquellos derechos cuya ausencia aumenta notablemente el “riesgo” de corrupción. Así, la falta de una política efectiva de acceso a la información pública, protegida por el artículo 13 de la CADH, permite a los gobiernos mantener sus acciones corruptas en secreto, al margen del escrutinio ciudadano.<sup>24</sup>

Sin perjuicio de ello, y lejos de representar casos aislados, es claro que la gran corrupción es un problema sistémico. Desde esta perspectiva, un Estado con instituciones corruptas nunca podrá cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de protección de derechos humanos,<sup>25</sup> y será susceptible de ser declarado responsable desde el

22. CIDH, “Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua”, párrs. 96-98.

23. NASH, AGUILÓ BASCUÑÁN & BASCUR CAMPOS, “Corrupción y derechos humanos: una visión desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

24. NASH, AGUILÓ BASCUÑÁN & BASCUR CAMPOS, “Corrupción y derechos humanos: una visión desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

25. NASH, AGUILÓ BASCUÑÁN & BASCUR CAMPOS, “Corrupción y derechos humanos: una visión desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

instante mismo en que esa corrupción se volvió estructural y “contaminó” las instituciones. Es en este marco que la corrupción pasa a ocupar un rol mucho más crucial en el desarrollo socioeconómico y político de los Estados. Actualmente, la tendencia no es considerar la corrupción como un mero contexto que dificulta el cumplimiento de otros derechos, sino que se pretende darle un papel mucho más protagónico, como una circunstancia activamente violatoria. Así, la Corte Suprema de la India sostuvo en 2012 que “la corrupción sistemática es, en sí misma, una violación a los derechos humanos”,<sup>26</sup> e incluso, yendo más lejos, ciertos autores han considerado la corrupción como un crimen internacional.<sup>27</sup> El hecho de que ambas cuestiones estén comenzando a cuestionarse es el puntapié inicial para plantear, con mayor fuerza, la consideración del derecho humano a vivir libres de corrupción.

Con miras a ello, y pensando en cuestiones de practicidad jurídica, se puede considerar el siguiente ejemplo: si dos agentes de diferentes Estados se involucran en un mismo acto corrupto, creando cierto tipo de corrupción “interestatal”, el nivel de afectación sería proporcional al impacto que ese acto tenga en la población de los respectivos Estados, lo cual significa que, de ser necesario, la población va a poder iniciar una demanda contra su propio Estado. Esta demanda podría presentarse solo ante sistemas que reciben peticiones individuales, entre ellos, los de derechos humanos.<sup>28</sup> En este marco, parece razonable considerar la corrupción como una violación directa de derechos humanos, susceptible de ser reclamada ante las respectivas cortes regionales, según el reconocimiento de competencia que el Estado en cuestión haya realizado. Consecuentemente, la sociedad pueda llegar a detentar un derecho a estar libre de corrupción,<sup>29</sup> de manera similar a como los pueblos detentan su derecho a la autodeterminación.

26. Corte Suprema del Estado de Maharashtra I, “Mumbai vs. Balakrishna Dattatrya Kumbhar”, párr. 14.

27. KOFELE-KALE, “The right to a corruption-free...”, pp. 164-165.

28. PETERS, “Corruption as a violation of international human rights”, pp. 1282-1285.

29. FONSECA LUJÁN, “El derecho fundamental a una sociedad...”.



### III.C. Las medidas anticorrupción como cumplimiento del derecho al desarrollo progresivo

Los Estados están obligados a crear un ambiente social propicio para que todos los derechos se disfruten, debiendo, para ello, ejercer acciones eficaces contra los fenómenos que los amenacen.<sup>30</sup> Por tal motivo, en pronunciamientos más recientes, la Corte IDH ha entendido que el Estado tiene la obligación de combatir y erradicar la corrupción para prevenir o para hacer cesar la violación de derechos que esta provoca, en virtud de las obligaciones derivadas de la CICC y otros instrumentos afines, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.<sup>31</sup>

Como la corrupción estructural daña gravemente la capacidad estatal de respuesta a las necesidades de la población, un Estado puede ser responsable por tolerar la proliferación de la corrupción hasta niveles institucionales,<sup>32</sup> y cuando no se implementan efectivamente medidas para evitar esa situación extrema y/o para corregirla cuando esta ya exista.<sup>33</sup>

No parece una coincidencia que el artículo 26 de la CADH se denomine “desarrollo progresivo”, idéntico título que el detentado en el artículo XI de la CICC. Se ha entendido que la corrupción es un impedimento mayor para el éxito de las reformas económicas,<sup>34</sup> y aparece “cuando se niega al pueblo, tanto en lo individual como en lo colectivo, el derecho a usar y disponer de la riqueza nacional de modo que contribuya para su desarrollo”.<sup>35</sup>

Por lo tanto, la no adopción de medidas anticorrupción constituye, ante la eventual ausencia de una violación al derecho social a vivir libre de corrupción, una violación directa del derecho social al desarrollo.<sup>36</sup>

En este punto, cabe hacer especial mención a dos cuestiones relevantes: (i) la adopción de medidas anticorrupción como indicadores de progreso, y (ii) el impacto necesariamente colectivo de los DESCA.

30. FONSECA LUJÁN, “El derecho fundamental a una sociedad...”, p. 258.

31. Corte IDH, “Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala”, párr. 242.

32. FONSECA LUJÁN, “El derecho fundamental a una sociedad...”, p. 249.

33. PETERS, “Corruption as a violation of international human rights”, pp. 1258-1260.

34. GATHII, “Defining the relationship between human rights and corruption”, pp. 127-144.

35. KOFELE-KALE, “The right to a corruption-free Society...”, pp. 164-165.

36. Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, *La Integración de los Derechos Humanos en la Agenda de Combate a la Corrupción: Retos, Posibilidades y Oportunidades*, p. vii.

En primer lugar, la progresividad en el desarrollo implica que el Estado tiene un margen de discrecionalidad para determinar la manera más adecuada de garantizar los DESCAs, limitada desde ya por la obligación impuesta a los Estados de avanzar rápida y expeditivamente hacia su cumplimiento a través de medidas concretas. Para evaluar este avance, la CIDH consideró como indicadores estructurales la ratificación de la CICC y la existencia de una política pública anticorrupción respaldada con un presupuesto suficiente, que le permita desarrollar al máximo su poder dentro del ámbito territorial.<sup>37</sup> El Estado, entonces, debe priorizar la asignación de recursos a determinados objetivos, elección que se ve gravemente afectada en casos de gran corrupción. Por tanto, si un Estado utiliza sus limitados recursos para responder a un propósito no prioritario —por ejemplo, mejorar el nivel de vida de sus agentes gubernamentales—,<sup>38</sup> estaría violando directamente este derecho.<sup>39</sup>

En segundo lugar, la Corte IDH ha declarado que el desarrollo progresivo se debe medir

“en función de la creciente cobertura de los DESCAs en general [...] sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo [...] no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”.<sup>40</sup>

Al expresar ello, el Tribunal abrió la puerta a una evaluación colectiva de la corrupción como un DESCa de grave impacto social, donde un planteo particular puede representar solo una mera ejemplificación contextual a los efectos de atraer su atención a la hora de dilucidar la responsabilidad del Estado.

En este marco, cabe aclarar que parte de la reticencia de la Corte IDH en referirse explícitamente a la corrupción al declarar violaciones específicas se debió a cuestiones formales, en su mayoría, por falta de

37. CIDH, OEA/Ser.L/V/II.1, párr. 24.

38. PETERS, “Corruption as a violation of international human rights”, p. 1263.

39. COURTIS, “Comentario al artículo 26. Desarrollo progresivo”, p. 857.

40. Corte IDH, “Caso Cinco Pensionistas vs. Perú”, párr. 147; CIDH, “Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras”, párr. 140.

prueba,<sup>41</sup> por lo que resulta un inconveniente que la parte peticionaria deba demostrar el impacto colectivo de su violación individual. No obstante, el contexto de corrupción en el que está envuelto el Estado demandado debería actuar como base fáctica que demuestre su estado de indefensión ante un entramado de instituciones estructuralmente corruptas, donde su caso particular es solo uno de los muchos que pueden estar llevándose a cabo en el mismo contexto.

#### IV. SOBRELLEVANDO LOS OBSTÁCULOS PROCESALES

Incluso en el mejor de los escenarios, todavía quedarían algunos obstáculos procesales que interferirían en el reconocimiento de la corrupción como violación de derechos humanos con relación a la competencia jurisdiccional de la Corte IDH, entre las que pueden mencionarse tres cuestiones principales: la legitimación e identificación de la sociedad como víctima (a), la determinación de obligaciones genéricas para el Estado (b) y el requisito de agotamiento de recursos internos (c).

##### IV.A. Legitimación de la sociedad como víctima

Identificar a una víctima concreta en un caso de corrupción estructural no es una tarea sencilla. Por una parte, una persona puede ser individualmente víctima, por ejemplo, si solo puede obtener comida a través del pago de un soborno,<sup>42</sup> lo cual implica la coartación de su consentimiento a través de la normalización de actos de corrupción para acceder a derechos básicos. Pero también podría considerarse que la sociedad en su conjunto resulta víctima directa de actos destinados a la desviación de fondos públicos u otros que afecten gravemente la asignación equitativa de partidas presupuestarias, ya que verían vulnerado su derecho a estar libres de corrupción, el cual, como se sostuvo, se deriva del derecho humano al desarrollo.

Sin embargo, tanto la Comisión como la Corte IDH solo admiten casos en donde las víctimas sean “debidamente acreditadas”.<sup>43</sup> En este sentido,

41. Corte IDH, “Caso Fornerón e hija vs. Argentina”, párr. 129.

42. PETERS, “Corruption as a violation of international human rights”, p. 1255.

43. Reglamento de la CIDH, artículo 74.2; Reglamento de la Corte IDH, artículo 35.1.

cabe preguntarse si todos los integrantes de una sociedad o “pueblo” podrían ser suficientemente individualizados como para calificar conjuntamente como “víctimas”, o si, por el contrario, solo podrían actuar individualmente como vehículos para que el Tribunal visualice el panorama contextual de corrupción del Estado bajo cuya jurisdicción están sufriendo las violaciones de otros derechos distintos que motivaron su caso.

Una interpretación amplia de los reglamentos de ambos órganos interamericanos permite abrir el juego hacia la primera posibilidad, especialmente en el caso de la Corte IDH. Esta exige la identificación de las víctimas “cuando sea posible”, asumiendo la posibilidad —por defecto— de que en ciertas ocasiones tal requisito pueda ser omitido. Efectivamente, el artículo 35.2 del Reglamento indica que el Tribunal decidirá si la presunta víctima puede ser considerada como tal cuando esta identificación no pueda realizarse en casos de violaciones masivas o colectivas de derechos humanos. Es así que su jurisprudencia demuestra que esta norma reglamentaria ha sido aplicada en diversos casos.<sup>44</sup> En tales oportunidades, el Tribunal entendió que es competente *ratione personae* aun cuando las víctimas sean meramente “reconocibles e identificables”.<sup>45</sup>

Ahora bien, la identificación de la víctima es un requisito disputable por el Estado en la etapa de excepciones preliminares. No obstante, si este último omite plantear la debida excepción a la competencia, o si lo hace en un momento procesal inoportuno, es razonable afirmar que la Corte IDH esté facultada para evitar hacer consideraciones sobre la eventual ausencia de precisión identificatoria. Esto mismo ocurrió en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en donde el Tribunal admitió su competencia y, finalmente, falló en favor de toda la comunidad en su conjunto.<sup>46</sup>

A mayor abundamiento, el juez Antonio Cançado Trindade ha indicado que es posible, en el marco del derecho internacional, una evolución hacia una *actio popularis* para poder tomar medidas que beneficien,

44. Véase Corte IDH, “Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala” y “Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (‘Operación Génesis’) vs. Colombia”.

45. Corte IDH, “Caso de las Comunidades de Jiguamiandó y Curbaradó”, párr. 9.

46. Corte IDH, “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, párr. 173.

incluso, a personas no mencionadas en la petición.<sup>47</sup> Por tanto, el carácter indeterminado de los sujetos afectados no impide al Tribunal admitir casos en donde se discuten supuestos de gran corrupción, los cuales pueden ser considerados violaciones colectivas de DESCAs. Estas violaciones exigen, por ende, una respuesta adaptativa en cuanto a la amplitud de la legitimación activa, lo cual no parece irrazonable teniendo en cuenta que la interpretación de los derechos y garantías contemplados en la CADH debe guiarse por el principio *pro persona*.

Por otra parte, y siguiendo su línea activista, la Corte IDH ya ha ordenado reparaciones simbólicas o medidas de no repetición dirigidas a todos los miembros de la comunidad que hayan sido afectados por un caso, aun no formando parte de este.<sup>48</sup> Particularmente, si declarara violado el artículo 2 de la CADH ante la inexistencia de políticas públicas anticorrupción, el Estado debería adaptar sus disposiciones nacionales para beneficiar no solo al individuo peticionante, sino a todas las personas bajo la jurisdicción estatal. Por tanto, es razonable que el concepto de víctima, que ya se ha expandido a pequeñas comunidades, pueda extenderse a toda la sociedad, ya sea por medio de reparaciones o de la declaración de violación del artículo 26 de la CADH con relación al artículo 2 del mismo instrumento. Aún más, considerando a la corrupción institucional como generadora de un contexto que imposibilita la protección de otros derechos, los actos de corrupción son considerados delitos de peligro<sup>49</sup> y, por tanto, no requirieren la verificación de una consecuencia dañosa en perjuicio de una víctima específica para su configuración.

En suma, este enfoque de expansión del concepto de víctima haría posible que la Corte IDH se focalice en la falta de adopción de medidas estatales,<sup>50</sup> lo que traería aparejada la inversión en la carga de la prueba, ya que sería el Estado quien tendría que demostrar que está desarrollando medidas anticorrupción.<sup>51</sup> De esta manera, quedaría saldada la principal

47. Corte IDH, "Asunto Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku respecto vs. Ecuador", voto concurrente del juez Antonio A. Cançado Trindade, párr. 10.

48. Corte IDH, "Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala", párr. 62.

49. PETERS, "Corruption as a violation of international human rights", p. 1262.

50. AGNU, A/HRC/28/73, párrs. 25-28.

51. ABRAMOVICH & COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 108-109. En este sentido, se podría hacer una aplicación analógica del examen efectuado para determinar la existencia de regresividad en un supuesto dado, una vez acreditada indiciariamente la ausencia de medidas anticorrupción por el colectivo peticionante.

razón procesal por la cual la Corte IDH ha rechazado muchas veces expedirse sobre el tema.

#### **IV.B. Las obligaciones genéricas de los artículos 1.1 y 2 de la CADH**

La metodología de imputación de responsabilidad estatal en el Sistema Interamericano se hace relacionando los derechos de la CADH conculcados con alguna de las obligaciones genéricas contenidas en los dos primeros artículos. A modo de breve síntesis, el artículo 1.1 de la CADH contiene las obligaciones de respeto —en razón de violaciones llevadas a cabo por el propio Estado o sus agentes— y de garantía —respecto de violaciones ejercidas por particulares, en determinados contextos—. En el caso de la gran corrupción institucional, resulta aplicable la imputación estatal por violar sus obligaciones de respeto en relación con el derecho al desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la CADH, ya sea por ejercer activamente actos de corrupción desde el propio aparato estatal,<sup>52</sup> o por la falta de adopción de promoción y aplicación de medidas anticorrupción.

Por su parte, aunque ya fue brevemente mencionado, el artículo 2 de la CADH establece la obligación de adaptar las disposiciones nacionales de cualquier tipo —administrativas, legislativas, judiciales o de cualquier otro carácter— a los estándares interamericanos en materia de protección. Por ello, este artículo puede estar en juego cuando se evidencie que el Estado carezca de políticas públicas que aseguren una distribución igualitaria de recursos o haya utilizado partidas presupuestarias destinadas a salvaguardar derechos humanos para satisfacer otra clase de fines particulares. También, cuando carezca de legislación que sancione gravemente los actos de corrupción desde el mismo aparato estatal o, por el contrario, cuando haya sancionado alguna ley que facilite el desarrollo de estos actos o los condone. Lo mismo ocurriría en caso de ausencia de sentencias judiciales ejemplares en la misma línea, en cuyo caso el Estado estaría violando, además, su obligación de investigar, sancionar y reparar.<sup>53</sup>

52. PETERS, “Corruption as a violation of international human rights”, p. 1259.

53. NASH, AGUILÓ BASCUÑÁN & BASCUR CAMPOS, “Corrupción y derechos humanos: una visión desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 40.

#### **IV.C. El agotamiento de recursos internos**

En este contexto, cobra especial relevancia el requisito de agotar los recursos de jurisdicción interna para acceder al Sistema Interamericano, en atención a su carácter subsidiario.<sup>54</sup> Esta exigencia encuentra sus excepciones en el artículo 46.2 de la CADH cuando el Estado no tenga debido proceso legal, cuando no se le permita a la parte peticionante el acceso a la justicia o cuando haya retardo injustificado en la decisión.<sup>55</sup> Quien peticona también quedaría exceptuada si se encuentra en una situación de indigencia o carece de asistencia letrada por un temor generalizado de abogados y abogadas debido al contexto sociopolítico imperante.<sup>56</sup>

Evidentemente, tratándose de una corrupción institucional que perturba los cargos más altos dentro de la jerarquía gubernamental, quienes resulten peticionantes pueden alegar impedimentos lógicos respecto del acceso a la justicia o retardo injustificado de la decisión de que se trate, por ejemplo, si la corrupción afecta directamente a un miembro del Poder Judicial, o si el caso es archivado indefinidamente por un íntimo conflicto de intereses políticos. También pueden encontrar serias dificultades a la hora de conseguir asistencia letrada, si la situación involucra un entramado aún más grande y peligroso de prácticas corruptas, por ejemplo, en casos de tráfico de estupefacientes. Estos nimios ejemplos evidencian que un Estado sistémicamente corrupto impediría en todas sus formas que las personas bajo su jurisdicción agoten los recursos nacionales, por lo que este contexto es condición suficiente para generar temor, amenazas y dilaciones que justifiquen una excepción al mencionado requisito, a fin de hacer valer sus derechos.

#### **V. CONCLUSIONES**

No hay dudas de que el Tribunal Interamericano está al tanto de que la gran corrupción en Latinoamérica constituye un contexto estructural que, cada vez con mayor frecuencia, imposibilita el cumplimiento estatal de

54. Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, párr. 61.

55. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22/11/1969, art. 46.2.

56. Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-11/90. Excepciones al agotamiento...”, párrs. 29-35.

las obligaciones en materia de DESCAs. Sin embargo, este ha demostrado tener un perfil reticente tanto a la hora de reconocer esta situación, como de imputar directamente a los Estados por actos de corrupción sistémica.

Por ello, no es casualidad que, aún hoy en día, no existan criterios jurisprudenciales para atribuir responsabilidad internacional a un Estado cuyas instituciones se encuentran afectadas estructuralmente por la corrupción. No obstante, los tibios intentos de introducir tangencialmente la problemática de la gran corrupción como elemento fáctico relevante para decidir un caso concreto son muestra cabal del interés del órgano de control en derivar efectos jurídicos en materia de responsabilidad internacional. En otras palabras, la Corte IDH considera que este contexto debe ser tenido en cuenta al momento de dictar sus sentencias, e incluso, ser motivo para agravar el nivel de responsabilidad estatal.

Aun así, existen herramientas jurídicas que pueden fundamentar razonablemente la existencia de un derecho social a vivir libre de corrupción, como corolario del derecho económico y social al desarrollo, y de las disposiciones en materia de utilización prioritaria de recursos financieros, derivados del artículo 26 de la CADH y del artículo XI de la CICC. A ello se suma la necesaria interpretación progresiva que debe hacerse no solo de los derechos y garantías consagrados en la CADH, sino también de aquellos que se derivan por aplicación de la remisión normativa contemplada en el artículo 26 de ese mismo instrumento.

Es así, que por aplicación del "mandato de derivación", se puede argumentar que la falta de adopción de medidas anticorrupción resulta perjudicial para toda la sociedad, no solo por crear un entorno propicio para la violación constante de otros derechos, sino también por afectar el derecho a vivir libre de corrupción, el cual debe ser entendido como un derecho autónomo. Esto cobra especial relevancia en materia de políticas públicas derivadas de la asignación presupuestaria, donde resulta más evidente la desviación de recursos financieros para fines privados en detrimento social. Aún más, la ausencia de medidas anticorrupción (conducta estatal omisiva) así como los actos de corrupción (conducta estatal activa) violan claramente las obligaciones genéricas asumidas en razón de los artículos 1.1 y 2, ya sea por fallar en la adopción de medidas eficaces para prevenir la corrupción, o bien por ser partícipe en su realización.

Sin embargo, a partir de lo dicho, se puede afirmar que, si existe un derecho de fuente convencional a vivir libres de corrupción, debe haber un remedio judicial que sea adecuado, idóneo y eficaz para garantizar



su tutela y eventual reparación en caso de ser conculcado. En este punto, el principal obstáculo legal parecería recaer sobre la existencia de legitimación colectiva en el ámbito interamericano. Así, si se superan los impedimentos procesales que suponen la indeterminación de las víctimas o la falta de reglamentación sobre una acción popular de carácter internacional, el derecho humano a vivir libre de corrupción en cabeza de toda la sociedad puede consolidarse más cerca de una realidad que de un deseo o utopía.

Para ello, bastaría con recurrir a la tendencia —aún minoritaria— de la Corte IDH de reconocer la legitimación activa a ciertos colectivos en casos de violaciones masivas de derechos humanos. Esto implicaría que el Tribunal abandone su posición reacia y se encamine a considerar a la corrupción no solo como un serio contexto de peligro para el efectivo cumplimiento de derechos ya reconocidos y ampliamente desarrollados, sino como una situación de gravedad institucional suficiente que imposibilita la obligación estatal de proteger a las personas bajo su jurisdicción.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor & COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2da. ed., Trotta, 2004, Madrid.
- Asamblea General de las Naciones Unidas, A/HRC/32/22, Informe del Alto Comisionado sobre Mejores prácticas para luchar contra las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de todos los derechos humanos, 15/04/2016.
- , A/HRC/28/73, Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, 05/01/2015.
- Carta de la Organización de los Estados Americanos, 30/03/1948, Bogotá, Colombia, e.v. 13/12/1951.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 236. Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Americanos, 6/12/2019.
- , “Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Fornerón vs. Argentina”, Informe nro. 83/10, Caso nro. 12.584, Fondo, 29/11/2010.
- , “Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua”, Informe nro. 100/01, Caso nro. 11.381, Fondo, 11/10/2011.

- , OEA/Ser.L/V/II., Doc. 14 rev. 1, Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 19/07/2008.
- Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, *La Integración de los Derechos Humanos en la Agenda de Combate a la Corrupción: Retos, Posibilidades y Oportunidades*, 2011, Ginebra, Suiza.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22/11/1969, San José, Costa Rica, e.v. 18/07/1978.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 31/10/2003, Nueva York, Estados Unidos, e.v. 14/12/2005.
- Convención Interamericana contra la Corrupción, 29/03/1996, Caracas, Venezuela, e.v. 03/06/1997.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Asunto “Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku respecto. Ecuador”, 06/07/2004, Medidas Provisionales, Serie E, nro. 1.
- , Caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”, 28/02/2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, nro. 98.
- , Caso “Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia”, 20/11/2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, nro. 270.
- , Caso “Masacres de Río Negro vs. Guatemala”, 04/09/2012, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, nro. 250.
- , Caso “‘Instituto de Reeducción del Menor’ vs. Paraguay”, 02/09/2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, nro. 112.
- , Caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, 31/08/2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, nro. 79.
- , Caso “Fontevécchia y D’Amico vs. Argentina”, 29/11/2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, nro. 238.
- , Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, 27/04/2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, nro. 242.
- , Caso “Gutiérrez y familia vs. Argentina”, 25/11/2013, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, nro. 271.
- , Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, 02/07/2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, nro. 107.
- , Caso “López Mendoza vs. Venezuela”, 01/09/2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, nro. 233.
- , Caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, 25/11/2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, nro. 101.

- , Caso “Olmedo Bustos y Otros (‘La última tentación de Cristo’) vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, nro. 73.
- , Caso “Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala”, 09/03/2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, nro. 351.
- , “Opinión Consultiva OC-11/90. Excepciones al agotamiento de los recursos internos”, 10/08/1990, Serie A, nro. 11.
- , Caso “Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala”, 19/11/2004, Reparaciones, Serie C, nro. 116.
- , Asunto “Comunidades de Jiguamiandó y Curbaradó vs. Colombia”, 06/03/2003, Medidas Provisionales, Serie E, nro. 1.
- , Asunto “Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku. Ecuador”, 17/06/2005, Medidas provisionales, Serie E, nro. 2.
- , Caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, 29/07/1988, Fondo, Serie C, nro. 4.
- Corte Suprema del Estado de Maharashtra I, “Mumbai vs. Balakrishna Dattatrya Kum- bhar”, 15/10/2012.
- COURTIS, Christian, “Comentario al artículo 26. Desarrollo progresivo”, en STEINER, Christian, FUCHS, Marie-Christine & URIBE GRANADOS, Patricia, *Convención Americana de Derechos Humanos Comentada*, 2da. ed., Konrad Adenauer Stiftung, 2019, Bogotá, pp. 801-834.
- FIAPP, “La gran corrupción requiere una respuesta global y de cooperación”, FERREIRA, Delia, 16/08/2018, URL <https://www.fiiapp.org/gran-corrupcion-respuesta-global-cooperacion/>.
- FONSECA LUJÁN, Roberto C., “El derecho fundamental a una sociedad libre de corrupción: una contribución desde Latinoamérica”, en *Derechos y Libertades*, Nro. 44, Vol. II, 2021, pp. 237-275.
- GATHII, James Thuo, “Defining the relationship between human rights and corruption”, en *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 31, Nro. 1, 2009, pp. 125-202.
- HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI, 2011, Buenos Aires.
- International Bar Association, “Bribery and Corruption”, en *Report of the task force on extraterritorial jurisdiction*, 2008, pp. 201-265.
- KOFELE-KALE, Ndiva, “The Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Collective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime under International Law”, en *The International Lawyer*, Vol. 34, Nro. 1, 2000, pp. 164-165.
- NASH ROJAS, Claudio, AGUILÓ BASCUÑÁN, Pedro & BASCUR CAMPOS, María L., “Corrupción y derechos humanos: una visión desde la jurisprudencia

- de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2014, Chile.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, HR/NONE/2013/120, *The Human Rights Case Against Corruption*, 11/2013.
- PETERS, Anne, "Corruption as a Violation of International Human Rights", en *The European Journal of International Law*, Vol. 29, Nro. 4, 2018, pp. 1251-1287.
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 28/10 al 13/11 de 2009, e.v. 01/08/2013.
- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16-28/11/2009.
- WARREN, Mark, "What does corruption mean in a democracy?", en *American Journal of Political Science*, Vol. 48, Nro. 2, 2004, pp. 328-343.

## EL EXJUEZ FEDERAL, LOS SENTIMIENTOS MORALES Y LA RESPONSABILIDAD\*

IGNACIO GÓMEZ PERDIGUERO\*\*

*"Una racionalidad que se opone a la ética es enemiga de lo humano"*<sup>1</sup>

JUAN GELMAN

**Resumen:** El artículo explora, por un lado, el juicio de lesa humanidad contra el exjuez federal en la época de la dictadura argentina, y, por otro lado, la responsabilidad moral. En el primer punto, al exjuez se lo acusa de que omitió actuar con respecto a las privaciones ilegítimas de libertad, las torturas físicas y psicológicas que sufrieron las víctimas en manos de las fuerzas de seguridad. En el segundo, en relación con el contexto moral, se afirmará que, dada la responsabilidad como atribución, podría ser responsable el agente moral por ciertos hechos si, y solo si, las víctimas resentidas inculparan al sujeto responsable, dadas las expectativas que se tenían sobre él. Eventualmente, dada una concepción reactiva de la responsabilidad moral, se podría explorar la actividad de responsabilizar al exjuez federal por los delitos de lesa humanidad en el Expediente nro. 7782/2015 de Santiago del Estero.

**Palabras clave:** juez federal — responsabilidad — moral — lesa humanidad — tesis reactiva

\* Recepción del original: 01/07/2021. Aceptación: 16/08/2021.

\*\* Abogado (UNC). El artículo pertenece a la investigación del Equipo de Estudios Socio-Jurídicos en Derechos Humanos del Instituto de Estudios para el Desarrollo Social (FH-CyS/UNSE/CONICET), bajo la dirección de Celeste Schnyder. Agradezco la discusión y la revisión de Celeste Schnyder, Luis Garay, Federico Medina, Guillermo Martínez, Lucía Troncoso, Maximiliano Vargas, Florencia Masini, Valentina Pedernera, Daniela Pereyra, Virginia Rodríguez, Juan Zelaya, Juan Almada, Martín Rodríguez, Anna Ritcher, Gustavo Beade y José Milton Peralta. La redacción final fue revisada por Carolina Dupraz.

1. GELMAN, "La culminación de los dos demonios", pp. 24-25.

**Abstract:** The article explores, on the one hand, the trial of the former federal judge against humanity at the time of the Argentine dictatorship, and, on the other hand, moral responsibility. In the first case, the former judge is accused of having failed to act on the unlawful deprivation of liberty and the physical and psychological torture suffered by the victims at the hands of the security forces. In the second case, the moral context, give a responsibility as an attribution, it will be argued that the moral agent is only responsible for certain facts if, and only if, the resentful victims blame the responsible subject, given the expectations that were held about him. Eventually, given a reactive conception of morally responsibility, one could explore the activity of holding the former federal judge for the crimes against humanity in file nro. 7782/2015 of Santiago del Estero.

**Keywords:** federal judge — responsibility — moral — crimes against humanity — reactive thesis

## I. INTRODUCCIÓN

### I.A. La estructura del trabajo

El trabajo tiene dos partes. Primero, se muestra el caso del Expediente nro. 7782/2015. Allí se pondrá acento en las afirmaciones que intentan atribuir o evitar la responsabilidad del exjuez en el juicio de lesa humanidad de Santiago del Estero. Se presupone que, desde una tradición largamente compartida, aquellos juicios contra una persona acusada se basan en delitos del Código Penal (en adelante, CP) argentino y, a la vez, se intenta afirmar —o captar— ciertos comportamientos moralmente incorrectos.<sup>2</sup> Segundo, se intenta presentar un supuesto de responsabilidad moral —como atribución—, es decir, se explora cómo se responsabiliza al individuo, se lo somete a crítica o se le demanda una respuesta. Se afirmará que hay responsabilidad si, y solo si, el sujeto en cuestión viola las expectativas que se tenían sobre él. En este caso, ¿cómo identificar la expectativa violada? Se identifica la expectativa violada si las víctimas o perjudicados indirectos tienen actitudes reactivas justificadas que lo señalan al sujeto como

2. DUFF, *Answering for crime*, p. 23.

responsable moralmente. Se concluirá que, eventualmente, el supuesto de la responsabilidad moral *podría* evaluar la actividad de los exjueces federales durante la época de la dictadura argentina.

### **I.B. La dimensión civil de la última dictadura militar argentina**

Luego de la última dictadura militar argentina, se critica y se repudia a los autores directos e indirectos de las víctimas del terrorismo de Estado. Las críticas y los repudios provienen de diversos sectores de la sociedad —de carácter social, cultural, ético y político—. Esto es posible por los valiosos testimonios de las víctimas y los familiares, no solo en las manifestaciones de las calles, sino institucionalmente a través de la justicia.<sup>3</sup> Ellos afirman una verdad intersubjetiva sobre aquellos hechos inmorales para acusar, probar, juzgar y castigar a los responsables de los crímenes de delitos de lesa humanidad.<sup>4</sup> Sin embargo, dadas las nuevas investigaciones, se demuestra que hubo roles importantes por parte del sector civil: el empresariado, el sector de la iglesia y el Poder Judicial del Estado. A dicho sector se lo denomina *dimensión civil del terrorismo de Estado*.<sup>5</sup>

En relación con la dimensión civil, se evalúa si puede ser correcto responsabilizar a ciertos civiles, específicamente a los exjueces federales que ejercieron sus funciones durante el terrorismo de Estado. A los fines de ilustrar lo que sucede, la situación es la siguiente: a los exjueces federales se los acusa por diversos hechos ocurridos en diferentes situaciones prácticas, tales como, no recibir ni dar curso a los *habeas corpus* presentados por las víctimas o sus familiares, no cambiar el estado de detención ilegal o no detener las torturas en los excentros clandestinos.

En aquella época, el Poder Judicial era una estructura burocrática que seguía una organización institucional, procedimental, mecánica y con competencias delimitadas específicamente entre los funcionarios públicos. En dicha estructura, la jerarquía y la división de tareas eran fundamentales: mientras algunos funcionarios tenían la potestad de emitir órdenes y

3. GANDSMAN, "Narrative, Human Rights and the Ethnographic...", pp. 1-14; GELMAN, "La culminación de los dos demonios", pp. 24-25; MALAMUD GOTI, "What's good and bad about blame...", pp. 629-646.

4. CONADEP, *Nunca Más. Informe de la Comisión...*, cap. III.

5. Ver el trabajo de las investigadoras BALARDINI, ROCHA, MILBERG & otras/os, "La trayectoria de la cuestión civil...", pp. 109-160.

controlar actividades, otros de menor rango, tenían un deber prioritario de obediencia y ejecución. Dennis Thompson afirma que uno de los problemas más serios que tiene una estructura burocrática está dado por el modo en que se configura.<sup>6</sup> Allí, hay acciones de muchos individuos, es decir, en palabras de Thompson, hay *múltiples manos*. Básicamente, si hay hechos inmorales, no se puede identificar quién es el responsable por una decisión o una acción, puesto que muchos agentes contribuyen en su diseño y organización ¿Por qué sucede dicho problema? En primer lugar, porque es difícil identificar la intención y el aporte causal de cada uno de los agentes implicados en las acciones grupales; así surge la cuestión siguiente: ¿quién es el responsable entre tantos individuos que contribuyen a hechos inmorales? En segundo lugar, porque los principios de autoridad, jerarquía y división de tareas que organizan a la administración judicial justifican que los funcionarios puedan eludir toda responsabilidad individual, por ejemplo, al alegar que *solo cumplían con su deber, que seguían órdenes, ignoraban lo que sucedía, otro igual lo hubiera hecho, existe una coacción implícita de seguir el curso de acción del grupo*, etc. Por esa razón, se intenta explorar una esfera diferente de responsabilidad: como atribución. A dicha esfera también se la llama *reactiva*: considera que hay que explorar cuáles son las actitudes de los sujetos para mantener sus relaciones interpersonales con otros individuos de una comunidad.

Con respecto a la época de la dictadura militar, se considera que es inadmisibles generalizar la actuación de aquellos exfuncionarios judiciales,<sup>7</sup> por esa razón, el foco se coloca solamente en las afirmaciones acusatorias y defensivas contra el exjuez federal Santiago Olmedo (en adelante, S.O.) en el Expediente nro. 7782/2015 de la provincia de Santiago del Estero. Esto es sobre la base de los testimonios relevantes de las víctimas, la defensa del exjuez federal S.O., la sentencia absolutoria de la primera instancia del Tribunal Oral Federal nro. 1 (26/03/2018)<sup>8</sup> y la sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal (03/07/2019),<sup>9</sup> respectivamente, del Expediente nro. 7782/2015.

6. THOMPSON, *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, pp. 65-66. Se agradece a Anna Ritcher por iluminar esta cuestión.

7. Para un resumen sobre las causas contra exfuncionarios judiciales, principalmente, el "juicio a los jueces", Ver SALINAS, "Juicio a los jueces y fiscales de Mendoza", pp. 197 y ss.

8. TOF de Santiago del Estero, "Azar y otros", p. 284.

9. CFCP, "Azar y otros", p. 83.



Este artículo se aparta de la noción de la responsabilidad moral clásica: la voluntad y el evento causal. En vez de ello, se pone el acento en la estructura formal de responsabilidad como atribución, también llamada reactiva, que, eventualmente, podría juzgar las actitudes morales de los exfuncionarios judiciales de la época de la dictadura argentina. Ahora bien, ¿qué significa la responsabilidad moral reactiva?

### I.C. La responsabilidad moral: el enfoque reactivo

La llamada responsabilidad moral como atribución se basa en una concepción que pone el acento en las actitudes o los sentimientos morales de las personas, las relaciones interpersonales establecidas y las expectativas morales de una comunidad. En esa línea, la práctica de atribución de responsabilidad se enfoca a partir de quienes responsabilizan al sujeto responsable en una comunidad. Surge, obviamente, a primera vista, la siguiente pregunta: ¿cuándo se responsabiliza? Dadas las relaciones morales, la víctima —o el perjudicado indirecto— tiene una actitud reactiva justificada ante el sujeto responsable por violar una expectativa normativa. Esto se debe a dos razones que se defienden a lo largo del trabajo. En primer lugar, la atribución de responsabilidad se define desde las actitudes reactivas de las víctimas, las relaciones sociales y las expectativas normativas de una comunidad; es decir, nadie es responsable sin que previamente exista otra persona que lo haya responsabilizado por violar una expectativa de una relación interpersonal. En segundo lugar, la atribución de responsabilidad presupone un previo contexto normativo que surge de las relaciones interpersonales de una comunidad. Aquel contexto normativo permite explicar si existen expectativas, como un estándar evaluativo o normativo, entre los integrantes de la comunidad.<sup>10</sup>

Por último, desde la concepción reactiva, se podría hipotéticamente responsabilizar al exjuez por no cumplir con las expectativas que se tenían sobre él, dado que las víctimas expresamente lo inculpan como responsable. Esto significa que el objetivo es presentar una estructura formal de responsabilizar al exjuez federal, y no afirmar —sustantivamente— que *es*

10. STRAWSON, "Freedom and Resentment", pp. 1-28; WATSON, "Two faces of responsibility", pp. 227-248; WALLACE, *Responsibility and the Moral Sentiments*, p. 8; SCANLON, *What we owe to each other*, p. 316; SMITH, "Control, responsibility and moral assessment", pp. 367-392.

responsable moralmente, principalmente, para lograr evitar las objeciones y las falacias filosóficas que se detallarán más adelante.

## II. EL EXPEDIENTE NRO. 7782/2015

En el expediente judicial, se acusa al exjuez federal S.O. por los hechos que han configurado la omisión de hacer cesar una detención ilegal (art. 143, inc. 6 CP), la producción de grave daño a la salud o a la persona (arts. 144 y 142 incs. 3 y 5 CP), el delito de abuso de autoridad (art. 248 CP) y la asociación ilícita (art. 210 CP).<sup>11</sup> Sin embargo, a los fines de la responsabilidad moral, solamente es relevante si no cumplió la expectativa que se exigía de él como exjuez federal, dada la relación interpersonal que tenía con las víctimas. Así, en la situación práctica concreta, desde la expectativa moral de los familiares de las víctimas, se exigía que no omitiera prestar ayuda a las personas que estaban a su cargo en los ex centros de detención.

### II.A. Las víctimas afirman la responsabilidad del ex juez federal<sup>12</sup>

En primer lugar, la víctima C.T. (nro. 1) dice que, durante su detención en el Penal de Mujeres, vio al exjuez federal S.O. Entonces, pidió que la escuchara "porque tenía que hacer una denuncia muy grave acerca de las torturas sufridas por ella y por otras personas". Cuando se refiere al exjuez: "Él conocía la situación de los presos torturados porque ya en otra oportunidad habían hablado por teléfono previo a que la sacaran por la fuerza personal de la SIDE".<sup>13</sup>

También, la víctima (nro. 2), S.P., expresa:

"en el invierno del año 1978, la deponente estaba en el penal de Devoto detenida y [...] el juez le dice que él sabe que ella

11. CFCP, "Azar y otros", p. 284.

12. Las premisas fácticas de la fiscalía se sustentan en los testimonios de las víctimas y la documentación de la época. Ellas han sido seleccionadas para los fines de la investigación.

13. TOF de Santiago del Estero, "Azar y otros", p. 83. Los hechos delictivos contra M.C.T., abreviadamente, se los denomina como Caso N° 1.

es inocente y que los cargos en su contra fueron obtenidos por apremios ilegales, pero como ya había estado presa tres años y dos meses, esa sería la sentencia que le pondría".<sup>14</sup>

En tercer lugar, la víctima (nro. 3), M.C., en su testimonio relata lo siguiente:

"en diciembre de 1976 es trasladado a La Plata, siendo visitado en dos oportunidades por S.O, juez de la causa, denunciando ante él y su secretaria L.H. las torturas de las que había sido víctima. Pasa un tiempo y en el año 1979 aparece nuevamente el juez S.O. con su Secretaria H. para comunicarle la sentencia de tres años y dos meses, expresando el dicente cómo lo iban a condenar sin siquiera haber investigado las torturas, expresándole [el exjuez federal] S.O. que le hacía un favor porque su condena ya estaba cumplida y podía solicitar su salida del país".<sup>15</sup>

En cuarto lugar, la madre de la víctima M.U. (nro. 4) declara con relación a estos hechos que "[...] al poco tiempo la trasladaron [a su hija] a la cárcel de mujeres con dieciséis años cumplidos [...] con la participación [del exfuncionario judicial] S.O.". Luego, la madre de la víctima afirma que "ni el juez federal ni el fiscal federal le daban soluciones respecto de la situación de su hija...".<sup>16</sup>

En el expediente judicial de aquella época,<sup>17</sup> se evidencia que el exjuez federal S.O. recibió denuncias sobre la existencia de torturas contra las víctimas por parte de cuatro personas.<sup>18</sup> Luego, a esas cuatro personas que eran denunciadas como torturadoras, el exjuez federal solamente les tomó declaración indagatoria sin investigar ninguno de los

14. TOF de Santiago del Estero, "Azar y otros", p. 86. Los hechos delictivos contra S.A.P., abreviadamente, se los denomina como Caso N° 2.

15. TOF de Santiago del Estero, "Azar y otros", p. 90.

16. TOF de Santiago del Estero, "Azar y otros", p. 110. Véanse también las fs. 4208/4248 del Expediente nro. 7782/2015.

17. CFCP, "Azar y otros", pp. 291 y ss. Se refiere al Expediente judicial nro. 24/1975.

18. Tal documento fue incorporado por parte de la fiscalía por medio de la lectura. Ver en fs. 11096 del Expediente nro. 7782/2015.

hechos; por último, les dictó sobreseimiento.<sup>19</sup> Así, la Asociación por la Memoria agregó que:

“en el acto procesal de indagatoria [...] los denunciados niegan las acusaciones —haber torturado— y solo con esa simple declaración, Olmedo dicta falta de mérito a favor de ellos [...]. Así sin ordenar ninguna medida tendiente a investigar los apremios recibidos por las víctimas, dicta sobreseimiento para los cuatro denunciados [...], y concluye el sumario de apremios; sin pesquisa, convalidando las torturas y utilizando declaraciones viciadas de nulidad absoluta para condenar a las víctimas”.<sup>20</sup>

## **II.B. La defensa del exjuez federal<sup>21</sup>**

El exjuez federal S.O., bajo su defensa, expresa: “He asumido la intervención como juez federal subrogante en algunas causas, por las que ahora estoy siendo enjuiciado”.<sup>22</sup> En esa línea, afirma acerca de las causas en su contra, es decir, se defiende de la acusación de las víctimas que habían sufrido torturas o privaciones ilegítimas de libertad:

“Si hubo privación ilegítima de la libertad o no, yo no me ocupé; esa era mi condición, subrogante. Me encontré con una causa con prisión preventiva ordenada por el magistrado judicial, confirmada por la Cámara Federal de Tucumán”.<sup>23</sup>

## **II.C. La sentencia absolutoria hacia el ex juez federal<sup>24</sup>**

La sentencia absolutoria del exjuez federal S.O. afirma: “Los hechos y las omisiones atribuidas deben ser juzgadas en el contexto legal y fáctico

19. Del expediente mencionado en el cuerpo principal, ver en fs. 29 vta.-30 vta. El sobreseimiento fue en los años 1977 y 1978.

20. TOF de Santiago del Estero, “Azar y otros”, fs. 12948 y vta.

21. TOF de Santiago del Estero, “Azar y otros”, fs. 9812/9814.

22. CFCEP, “Azar y otros”, p. 285.

23. TOF de Santiago del Estero, “Azar y otros”, fs. 9812/9814 vta.

24. TOF de Santiago del Estero, “Azar y otros”, pp. 2730 y ss.

imperante al momento de los sucesos".<sup>25</sup> En concreto, sobre los hechos contra las víctimas, afirma:

“Así, por ejemplo, una privación ilegítima de libertad, en su definición se analiza en el acto que la origina, aunque en sus consecuencias, extensión y gravedad, debe asociarse con su duración temporal”.<sup>26</sup>

Y la sentencia continúa del siguiente modo:

“[...] máxime subrayando que aquel juez penal de la época era el investigador-burócrata, y no un magistrado situado en el rol de control de las garantías [...]. La jurisdicción no estaba concebida para custodiar garantías, sino para producir verdad”.<sup>27</sup>

## **II.D. La sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal solicita rever la absolución hacia el exjuez federal**

La Cámara Federal de Casación Penal solicita rever nuevamente la sentencia absolutoria hacia S.O. del Tribunal Oral Federal nro. 1 de Santiago del Estero.<sup>28</sup> En dicha resolución de la Cámara Federal de Casación Penal, se afirma: “Durante el terrorismo de Estado, el poder judicial mantenía el deber de velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales y la observancia al debido proceso”. Con referencia al hecho entre el exjuez federal y las víctimas, se afirma:

“que muchas de estas detenciones ilegales y violaciones de domicilio fueron realizadas en el marco de una instrucción judicial fraudulenta por infracción a la ley de Subversión Económica nro. 20840 (B.O. 2/10/74), circunstancia que se vio facilitada por el incumplimiento por parte del juez instructor [...] que, como tal, no [se] puede eximir de responsabilidad”.

25. TOF de Santiago del Estero, “Azar y otros”, p. 2737.

26. TOF de Santiago del Estero, “Azar y otros”, p. 2739.

27. TOF de Santiago del Estero, “Azar y otros”, p. 2741.

28. En este trabajo, se mencionan las pruebas más relevantes a los fines del artículo.

Al analizar la actuación del exjuez federal, “[omitió] investigar los apremios ilegales sufridos” por las víctimas, que, “como quedó acreditado, se encontraban denunciados y constatados”.<sup>29</sup>

### III. LA RESPONSABILIDAD MORAL

En el contexto normativo, hay responsabilidad moral del sujeto responsable si, y solo si, violó las expectativas morales que se tenían sobre él. Dado que daña las relaciones morales, las víctimas y los perjudicados indirectos tienen actitudes reactivas hacia el sujeto responsable. Se considera que este modo de enfocar una responsabilidad —como atribución— podría, eventualmente, servir para evaluar las actuaciones de aquellos exfuncionarios judiciales en la época de la dictadura argentina.

Lo relevante de este enfoque de la responsabilidad como atribución es que incorpora elementos claves de la vida comunitaria: i) las actitudes reactivas —o los sentimientos morales— de las víctimas y de los perjudicados indirectos; ii) las relaciones sociales —que se presupone que sus participantes pretenden que sean moralmente ideales—; iii) las expectativas —que funcionan como estándar normativo sobre lo que nos debemos entre unos y otros en una comunidad determinada—. Dadas aquellas expectativas, se infieren las acciones u omisiones que se consideran correctas o incorrectas de acuerdo con una situación práctica particular. O, con otras palabras, se determina cómo se debe actuar en las relaciones interpersonales situadas.

#### III.A. La responsabilidad moral reactiva

Desde el enfoque reactivo, no se considera el ejercicio de responsabilizar como un ejercicio diádico (sujeto y acción), sino, más bien, tríadico: las víctimas tienen actitudes reactivas (o ciertos sentimientos morales) contra un sujeto responsable, por la violación de expectativas que se tenían sobre él, dadas las relaciones interpersonales de una comunidad moral. Por esa razón, dada la concepción reactiva de la responsabilidad, se debe tener en cuenta: i) la actitud reactiva de los individuos, ii) la relación interpersonal (social y moral) entre las personas, y iii) la expectativa moral.

29. CFCP, “Azar y otros”, p. 291.

En el caso empírico del Expediente nro. 7782/2015, se intenta mostrar el esquema de la responsabilidad moral reactiva. Desde el enfoque reactivo, eventualmente, se podrá evaluar en términos morales la situación práctica entre el exjuez federal y las víctimas. Aun así, dado que hay que distinguir entre el contexto moral y el contexto empírico del juicio de lesa humanidad, se utilizará el verbo condicional *podría* cuando se haga referencia a la atribución de responsabilidad moral hacia el exjuez federal S.O.

### *III.A.1. La actitud reactiva*

#### III.A.1.a. El resentimiento de la víctima y la indignación de los familiares

En el contexto moral, las emociones morales de los individuos expresan actitudes que pueden ser reactivas, no reactivas y objetivas. Como define Strawson, las actitudes reactivas son el resentimiento, la indignación y la culpa. Las segundas no son reactivas, sino, más bien, son emociones como la simpatía, el amor y la vergüenza. Las terceras son emociones en las que se adoptan actitudes objetivas hacia un individuo, por ejemplo, como si fuera una relación entre un paciente y un profesional.<sup>30</sup>

Para atribuir responsabilidad moral, se debe tener en cuenta la actitud reactiva que podría ser clasificada como impersonal o personal. La actitud reactiva impersonal del individuo X es aquella en la que este se perjudica indirectamente por una expectativa violada, por ejemplo, se indigna por lo sucedido. En este caso, X tiene indignación por lo ocurrido, aunque indirectamente, puesto que se violó una expectativa compartida y esperada de la comunidad. En cambio, la actitud reactiva personal es aquella en la que la víctima reacciona ante otra persona dada una situación práctica en la que se perjudica directamente. Como se muestra, las emociones reactivas como el resentimiento y la indignación son formas distintas de expresar ciertos sentimientos, pero ambas son centrales para atribuir responsabilidad.<sup>31</sup> Así, Strawson afirma que "el hecho de estar involucrados en las relaciones interpersonales tal y como las entendemos normalmente es precisamente estar expuestos a la gama de actitudes y sentimientos reactivos que se cuestionan".<sup>32</sup>

30. WALLACE, *Responsibility and the Moral Sentiments*, p. 29.

31. DARWALL, *The Second-Person Standpoint*, pp. 66-67.

32. STRAWSON, "Freedom and Resentments", p. 79.

En el caso empírico, en el Expediente nro. 7782/2015 de los juicios de delitos de lesa humanidad, podrían ser reconstruidos como expresión de actitudes reactivas aquellos testimonios de las víctimas directas (nro. 1, nro. 2 y nro. 3). Allí, las víctimas tienen la actitud reactiva como el resentimiento hacia otro individuo —el exmagistrado—. Por ejemplo, se infiere el resentimiento de la víctima (C.T.) cuando manifiesta que el exjuez federal "conocía la situación de los presos torturados porque ya en otra oportunidad habían hablado por teléfono". Cuando ella denuncia las torturas ante el exjuez federal, aun así, él solo dijo que estaba "para hacerle preguntas",<sup>33</sup> y no para recibir denuncias de torturas. También la actitud reactiva de indignación es expresada por la Asociación por la Memoria con respecto al exjuez federal, cuando manifiesta que no hizo nada con respecto a las denuncias contra los torturadores de las víctimas:

"Así sin ordenar ninguna medida tendiente a investigar los apremios recibidos por las víctimas, dicta sobreseimiento para los cuatro denunciados [...] y de esa manera concluye el sumario de apremios; sin pesquisa, convalidando las torturas y utilizando declaraciones viciadas de nulidad absoluta para condenar a las víctimas".<sup>34</sup>

### III.A.1.b. La actitud de indiferencia del sujeto responsable

Acerca del contexto moral, la actitud reactiva hacia el sujeto responsable, Strawson afirma que son "esencialmente reacciones humanas naturales a la buena o mala voluntad o a la indiferencia hacia nosotros, tal como se manifiestan en sus actitudes y acciones".<sup>35</sup> Ahora bien, ¿qué significa la mala voluntad o la indiferencia del sujeto responsable? Siguiendo a Mckenna, la actitud de indiferencia es el "valor de la consideración de un agente por otro",<sup>36</sup> o, con las palabras de Scanlon, "estas actitudes son las únicas cosas de las que una persona es responsable de la manera más fundamental".<sup>37</sup>

En el caso empírico, en el juicio de lesa humanidad, las actitudes del exjuez federal son relevantes para la situación práctica con respecto a las

33. TOF de Santiago del Estero "Azar y otros", p. 83.

34. TOF de Santiago del Estero, "Azar y otros", fs. 12.948.

35. STRAWSON, "Freedom and Resentments", p. 80.

36. MCKENNA, "Direct Blame and Conversation", p. 122.

37. SCANLON, "Forms and conditions of Responsibility", p. 101.



víctimas. Se *podría* inferir la actitud de indiferencia del exjuez federal S.O. con dos ejemplos. Primero, él afirma en su defensa que "si hubo privación ilegítima de la libertad o no, yo no me ocupé [...]"<sup>38</sup> Esto podría significar que es indiferente si las víctimas estaban privadas de la libertad ilegítimamente o no. Otra de las afirmaciones de la que se *podría* inferir una actitud indiferente es, por ejemplo, la siguiente: "Me encontré con una causa con prisión [...] ordenada por el magistrado judicial [...]"<sup>39</sup> Su defensa no reconoce ni las demandas de las víctimas ni las expectativas que se tenían sobre él. Al parecer desconoce las denuncias de las torturas, como bien afirman las víctimas y sus familiares.

El segundo es el ejemplo con respecto al testimonio de la víctima nro. 1 (C.T.). Durante el juicio oral, expresa que ella tenía un vínculo con la esposa del exmagistrado S.O.; ambas eran compañeras de colegio de la secundaria. Cuando C.T. se encontraba detenida ilegalmente, su madre fue al domicilio particular del exfuncionario judicial. Una vez que llegó al domicilio, la esposa de S.O. la atendió y dijo que él no se encontraba. Ante la desesperación de tener a su hija en cautiverio, la madre de C.T. esperó en su auto para poder hablar con S.O. Al otro día, a la mañana, ella vio salir al exmagistrado y solicitó que interfiriera por la vida de su hija. Luego, como se evidencia, no tuvo ninguna respuesta. En el testimonio del juicio, C.T. narra este episodio de la siguiente manera:

"Mi madre fue hasta la casa del doctor Olmedo, a pedirle por mí a su esposa. A quien conocía porque habíamos sido compañeras de la secundaria [...]. La esposa le dijo a mi madre que él no estaba. Mi madre se quedó toda la hora cerca del domicilio, hasta el día siguiente, incluso se quedó en el auto. A la mañana siguiente, [cuando lo vio al exjuez salir de su casa], mi madre le pidió que intercediera al doctor por mí".

En otra ocasión, el testimonio de C.T. relata una situación parecida, ante la desesperación de su familia: "Mi papá también fue a verlo al juzgado [...] y le dijo, ¿por qué no me deja salir?, ¿por qué permitía que me haya pasado eso?" (con referencia a las torturas físicas y psicológi-

38. TOF de Santiago del Estero, "Azar y otros", fs. 9812-9814.

39. TOF de Santiago del Estero, "Azar y otros", fs. 9812-9814.

cas). Y la respuesta del exmagistrado, según el testimonio de C.T., fue el siguiente: "Había tantas cosas que hacer, que él dejaba firmadas genéricamente cuestiones como las órdenes de allanamiento y esas medidas de detención".<sup>40</sup> De este modo, y de acuerdo con las afirmaciones del exmagistrado, se *podría* inferir una *indiferencia* respecto a las expectativas que se tenían sobre él, es decir, sobre cómo debería haber actuado con respecto a la víctima C.T.

En resumen, en el caso empírico, al usar el verbo condicional *podría*, no se afirma que el exjuez federal *es* responsable moralmente, puesto que se objetaría la falacia empirista de pasar del ser al deber ser; es decir, de la creencia empírica de las víctimas de que el exjuez federal S.O. es responsable, no se sigue que *debe* ser responsable. La afirmación de que el exjuez federal *debe* ser responsable moralmente no es objeto de este trabajo, puesto que hay que explorar un argumento diferente. Por esa razón, se distingue entre el contexto moral y el contexto empírico.<sup>41</sup> Aun así, se evidencian ciertas consideraciones que *podrían* responsabilizar al exjuez federal, dada la expectativa que se tenía sobre él.

### III.A.2. La relación interpersonal

Según Scanlon, una relación es un conjunto de intenciones, actitudes y expectativas entre los individuos, que están justificadas a partir de ciertas situaciones prácticas. Es un concepto normativo que especifica las condiciones bajo las cuales una relación particular de este tipo existe y las actitudes e intenciones que las partes en esa relación deben querer tener idealmente. Como los individuos pretenden justificarse ante otros, quieren tener una relación que sea moralmente ideal, al menos, que haya reconocimiento y respeto mutuo como base de cualquier interacción social. Por eso, es un concepto normativo que especifica, primero, quiénes la integran; y, segundo, el tipo de intenciones generales y actitudes que deberíamos tener frente a los demás. Ellas se reflejan a través de las demandas y las expectativas.<sup>42</sup>

40. Testimonio de Cristina Torres del 15/06/2017. Se agradece a Luis Garay por el acceso al material audiovisual del debate oral del juicio de lesa humanidad de Santiago del Estero.

41. Se agradece a José Milton Peralta por mostrar la objeción empirista.

42. SCANLON, "Interpreting blame", p. 86.

### *III.A.3. Las expectativas morales*

En el contexto moral, queda entender cuál es la definición de la *expectativa*.<sup>43</sup> Según el autor Figueroa, la expectativa puede ser entendida de dos maneras. En primer lugar, la expectativa es lo que se espera de alguien porque es un tipo de estándar, dada una relación interpersonal —por ejemplo, “espero que Diego se saque el sombrero para entrar a la iglesia”—. En segundo lugar, la expectativa es lo que adopta una persona con respecto a otra; en este sentido, se podría decir que alguien tiene una expectativa sobre otro individuo. Pareciera que la expectativa está entre dos dominios distintos: por un lado, es un tipo de estándar que surge en una relación interpersonal —lo que se espera entre los individuos—, y, por otro lado, es el tipo de estándar que el individuo adopta para evaluar, por ejemplo, la atribución de responsabilidad hacia alguien. Para el ámbito normativo, los miembros de la comunidad adoptan ciertas expectativas para la evaluación de determinados eventos que permiten a dichos miembros buscar una explicación de esos eventos.

El contenido de la expectativa es dado por los individuos que tienen una relación normativa en común. En esa relación, la expectativa surge porque los individuos consienten sobre la base de razones con ciertos principios para regular sus comportamientos. Dichas razones de los individuos son las que justifican la adopción de ciertas expectativas entre ellos, es decir, consienten regularse por ciertos principios morales que indican lo correcto e incorrecto.<sup>44</sup> Esto tiene dos efectos diferentes desde una perspectiva práctica: primero, las razones explican los esfuerzos propios del agente para cumplir las expectativas en cuestiones que tienen con otros agentes; segundo, son las bases con las que el agente demanda el cumplimiento a otros, quienes están también obligados, dado que pertenecen a la misma relación interpersonal. Por ejemplo, en un parque, se espera que un padre no omita ayudar a su hijo, dados sus deberes morales con él. O se espera que el guía de montaña indique cuál es el camino seguro a los ciudadanos que lo contrataron, dado su conocimiento sobre esa área. De la misma manera, el guardavidas no debe omitir ayuda a los nadadores que se encuentren en peligro. En general, las expectativas surgen según una cierta relación interpersonal entre los individuos de una comunidad moral.

43. FIGUEROA RUBIO, “Expectativas y atribución de responsabilidad”, pp. 93-110.

44. WALLACE, *Responsibility and the Moral Sentiments*, pp. 35-36.

En el caso empírico, ¿cuál es la expectativa que se tenía sobre el exjuez federal S.O.? Pareciera que este debía velar por los derechos que protegen a los detenidos bajo su cargo. En esa línea, por un lado, la Cámara Federal de Casación Penal afirma que:

“Durante el terrorismo de Estado, el Poder Judicial mantenía el deber de velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales y la observancia al debido proceso [...]. Muchas de estas detenciones ilegales y violaciones de domicilio fueron realizadas en el marco de una instrucción judicial fraudulenta por infracción a la ley de Subversión Económica nro. 20840 (B.O. 2/10/74), circunstancia que se vio facilitada por el incumplimiento por parte del juez instructor de los deberes propios de los magistrados [...] que, como tales, no pueden eximir de responsabilidad a quien los omite”.<sup>45</sup>

Sin embargo, otro tribunal que absolvió al exjuez entendía que no se esperaba, como expectativa, que él resguardara los derechos de los detenidos. En esa línea, la expectativa, según este otro tribunal, afirma:

“Máxime subrayando que aquel juez penal de la época era el investigador-burócrata, y no un magistrado situado en el rol de control de las garantías [...]. La jurisdicción no estaba concebida para custodiar garantías”.<sup>46</sup>

Otro ejemplo es la madre de una de las víctimas del terrorismo de Estado que tenía una expectativa con respecto al exjuez federal, casi similar a la de la Cámara Federal de Casación Penal; es decir, esperaba que el exfuncionario judicial resguardara los derechos de los detenidos que estaban a su cargo. Así, había dicho: “Ni el juez federal ni el fiscal federal le daban soluciones respecto de la situación de su hija”.<sup>47</sup> También la Asociación por

45. CFCP, “Azar y otros”, p. 298.

46. TOF de Santiago del Estero, “Azar y otros”, p. 2741.

47. TOF de Santiago del Estero, “Azar y otros”, p. 10. Ver también las fs. 4208-4248 del Expediente nro. 7782/2015.

la Memoria tenía una expectativa sobre el exjuez S.O. acerca de su deber de resguardar la vida y la integridad física de las víctimas, y no convalidar las torturas de sus autores directos. Por ejemplo, se expresó con respecto al exmagistrado:

“Sin ordenar ninguna medida tendiente a investigar los apremios recibidos por las víctimas, dicta sobreseimiento para los cuatro denunciados [...], concluye el sumario de apremios; sin pesqui-sa, convalidando las torturas y utilizando declaraciones viciadas de nulidad absoluta para condenar a las víctimas”.<sup>48</sup>

En resumen, dada la relación interpersonal de la época, se podría *inferir* que la expectativa es que el exjuez debía resguardar los derechos de las víctimas. En ese caso, eventualmente, *podría* ser responsable desde un punto de vista moral.

#### IV. EL ENFOQUE REACTIVO DE LA RESPONSABILIDAD MORAL

Desde la tesis reactiva, el punto de vista es desde *quienes responsabilizan* y, de acuerdo con ello, se define *quién es el sujeto responsable*. A pesar de que no hay relación causal entre los actos y el sujeto responsable, sin embargo, las víctimas y sus familiares podrían tener sentimientos morales negativos, no solo contra los autores directos de los actos inmorales, sino también contra quienes omitieron y tuvieron complicidad con aquellos hechos ¿Qué es lo que está presente cuando *se responsabiliza* en las diferentes situaciones prácticas? ¿Por qué razón las víctimas inculpan por ciertas acciones, omisiones, roles y complicidades a determinados sujetos, es decir, definen a aquellos como *seres responsables*? La respuesta es la actitud reactiva de resentimiento de las víctimas e indignación de los familiares, por la violación de las expectativas que se tenían sobre los funcionarios judiciales de la época, dadas las relaciones interpersonales de la

48. Ver fs. 12948 y vta. del Expediente nro. 7782/2015.

comunidad.<sup>49</sup> Aquellas actitudes reactivas explican<sup>50</sup> a quiénes se inculpa<sup>51</sup> y a quiénes no.<sup>52</sup>

La idea de responsabilidad se suele utilizar tanto en el ámbito moral como en el penal.<sup>53</sup> En el primer caso, el contexto moral, se sostiene que alguien es responsable cuando se debe decidir qué actitud, qué acción o qué reacción tomar, en el caso de delitos de lesa humanidad, hacia el exjuez federal S.O.<sup>54</sup> La emoción moral reactiva surge porque se violaron las expectativas y por ende se atribuye responsabilidad moral, es decir, se lo critica o se le demanda una respuesta. Pero eso no implica justificar el reproche; puesto que se requiere que él dé sus propias razones de por qué ha actuado de determinada manera. En ese sentido, también en el ámbito penal, cuando se atribuye responsabilidad, se exploran cuáles son las razones que se tienen para responsabilizar al sujeto y luego cuáles son las defensas que el responsable tiene para excusarse o justificarse.<sup>55</sup> En este hecho, el acusado S.O. reconoce la demanda legítima de una autoridad por la cual es llamado a responder por su actuación como exjuez federal en la época de la dictadura argentina.<sup>56</sup> Si S.O. no tiene defensas que lo excusen o justifiquen como exjuez federal, entonces, merecería el reproche moral. El reproche es otro dispositivo convencional con el cual se expresa resentimiento, indignación o juicios de desaprobación hacia alguien, ya sea por una autoridad moral u otra en cuyo nombre se reprocha.<sup>57</sup>

Si una persona responsable no actuó, omitió o fue cómplice, esto se puede explicar si se afirma que esa persona violó la expectativa que se

49. SEGATO, "Antropología y derechos humanos: alteridad y...", p. 20.

50. NUSSBAUM, *La ira y el perdón. Resentimiento, generosidad y justicia*, p. 335; ESQUILO, "Las euménides", pp. 497 y ss.

51. WALLACE, "Dispassionate Opprobrium: on blame and the...", pp. 348-372.

52. Una visión contraria es la de Scanlon, ver: SCANLON, *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame*, p. 136.

53. Dos objeciones a la tesis reactiva. Ver NINO, *Juicio al mal absoluto*, p. 228. Una visión a favor de incluir o tener en cuenta las emociones en las relaciones interpersonales. Ver: LA-RIGUET, "Un estudio crítico de *Political emotions* de Marta Nussbaum", pp. 95-118; COHEN, "Incentives, Inequality, and Community", pp. 263-329.

54. NOZICK, *Philosophical explanations*, pp. 366 y ss.; SCAVUZZO, "¿Retribución o venganza? Un problema en...", p. 209; FERNÁNDEZ FIKS, "¿Retribucionismo solo para delitos de lesa...?", pp. 247-267.

55. DUFF, *Answering for crime*, p. 23.

56. SHOEMAKER, "Moral Address, Moral Responsibility, and the...", pp. 70-108.

57. FEINBERG, "The Expressive Function of Punishment", pp. 95-118. Aunque podría ser el caso que la víctima inculpe al exjuez federal, pero no lo exprese. Ver SHER, *In Praise of Blame*, p. 72.

esperaba de él. Desde la tesis reactiva, se *podría* justificar cómo la Asociación por la Memoria y la querrela por las víctimas de los delitos de lesa humanidad tienen una emoción reactiva de resentimiento e indignación por los hechos inmorales hacia S.O. durante el terrorismo de Estado. Por consiguiente, los sentimientos morales negativos que surgen hacia este exjuez *podrían* ser ciertos porque había expectativas que no se han cumplido, principalmente, aquella relativa al resguardo de los derechos humanos de las víctimas.

## V. CONCLUSIÓN

El trabajo tiene dos partes. En primer lugar, de acuerdo al caso del Expediente nro. 7782/2015, se intentó presentar la situación práctica entre el exjuez federal S.O. y las víctimas o sus familiares. En segundo lugar, de acuerdo con el contexto moral, se intentó presentar la responsabilidad moral reactiva considerando tres elementos: a) la actitud reactiva, b) la relación interpersonal moral y c) la expectativa moral. Luego, cada elemento, eventualmente, *podría* ser utilizado para evaluar moralmente la responsabilidad del exjuez federal del Expediente nro. 7782/2016. En resumen:

- i) Se presentó una concepción de la responsabilidad moral: la situación práctica empieza a definirse desde quienes responsabilizan al sujeto responsable.
- ii) Cuando se responsabiliza en una comunidad moral, se debe dar cuenta de las actitudes reactivas, las relaciones interpersonales y las expectativas que se tenían en una determinada situación práctica.
- iii) En el caso empírico, el juicio de lesa humanidad, la actitud reactiva como el resentimiento serían los testimonios de las víctimas nro. 1, 2 y 3. Y la actitud reactiva como la indignación sería, por ejemplo, la madre de la víctima nro. 4 y la querrela de la Asociación por la Memoria. Dichas emociones reactivas inculpan al exjuez federal S.O.
- iv) Por último, se concluyó que, eventualmente, el enfoque reactivo de la responsabilidad podría evaluar no solo el contexto moral, sino también el penal.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BALARDINI, Lorena, ROCHA, Andrea, MILBERG, Luciana y otras/os, "La trayectoria de la cuestión civil en el proceso de justicia argentino", en Centro de Estudios Legales y Sociales, *Derechos Humanos en Argentina*, Siglo XXI, 2015, Buenos Aires, pp. 109-160.
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala 4, "Azar, Antonio Musa y otros s/ homicidio agravado (art. 80 inc. 8), privación ilegal de la libertad (art. 144 bis inc. 1), imposición de tortura (art. 144 ter inc. 1), infracción art. 23 del Código Penal según Ley nro. 26842, allanamiento ilegal y asociación ilícita-querellante: secretaria de derechos humanos de la Nación y otros", 03/07/2019.
- COHEN, Gerald, "Incentives, Inequality, and Community" en TANNER, Obert C., *The Tanner Lectures on human values*, Stanford University Press, 1991, California, pp. 263-329.
- Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), *Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Eudeba, 1984, Buenos Aires.
- DARWALL, Stephen, *The Second-Person Standpoint*, Harvard University Press, 2006, Cambridge.
- DUFF, Antony, *Answering for crime*, Hart Publishing, 2007, Oxford.
- ESQUILO, "Las Euménides", en *Tragedias*, Gredos, 1993, Madrid, traducción de PEREA MORALES, Bernardo.
- FEINBERG, Joel, "The Expressive Function of Punishment", en *Doing and Deserving. Essays in the theory of punishment*, Princeton University Press, 1970, Princeton, pp. 95-118.
- FERNÁNDEZ FIKS, Tomás, "¿Retribucionismo solo para delitos de lesa humanidad?", en *Lecciones y Ensayos*, N° 99, 2017, Buenos Aires, pp. 247-267.
- FIGUEROA RUBIO, Sebastián, "Expectativas y atribución de responsabilidad" en *Revus*, N° 26, 2015, pp. 93-110.
- GANDSMAN, Ari, "Narrative, Human Rights and the Ethnographic Reproduction of Conventional Knowledge", en *Anthropological*, N° 55, 2013, pp. 1-14.
- GELMAN, Juan, "La culminación de los dos demonios", en *Prosa de Prensa*, Zeta, 1997, Buenos Aires, pp. 24-25.
- LARIGUET, Guillermo, "Un estudio crítico de 'Political emotions' de Marta Nussbaum", en *Crítica, Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Vol. 47, N° 141, 2015, pp. 95-118.



- MALAMUD GOTI, Jaime, "What's good and bad about blame and victims", en *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 9, N° 3, 2005, pp. 629-646.
- MCKENNA, Michael, "Direct Blame and Conversation", en COATES, Justin & TOGNAZZINI, Neal (eds.), *Blame. Its Nature and Norms*, Oxford University Press, 2013, Oxford, pp. 119-141.
- NINO, Carlos S., *Juicio al mal absoluto*, Siglo XXI, 2015, Buenos Aires.
- NOZICK, Robert, *Philosophical explanations*, Harvard University Press, 1981, Cambridge, Massachusetts.
- NUSSBAUM, Marta, *La ira y el perdón. Resentimiento, generosidad y justicia*, Fondo de Cultura Económica, 2018, México, traducción de ALTAMIRANO, Víctor.
- SALINAS, Pablo G., "Juicio a los jueces y fiscales de Mendoza", en BOHOSLAVSKY, Juan Pablo (ed.), *¿Usted también, doctor? Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura*, Siglo XXI, 2015, Buenos Aires.
- SCANLON, Thomas M., *What we owe to each other*, Harvard University Press, 1998, Cambridge.
- , "Interpreting blame", en COATES, Justin & TOGNAZZINI, Neal (eds.), *Blame. Its Nature and Norms*, Oxford University Press, 2013, Oxford, pp. 84-99.
- , *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame*, Harvard University Press, 2008, Cambridge.
- , "Forms and conditions of Responsibility", en CLARKE, Randolph, MCKENNA, Michael & SMITH, Angela (comps.), *The Nature of Moral Responsibility*, Oxford University Press, 2015, Oxford, pp. 89-111.
- SCAVUZZO, Natalia, "¿Retribución o venganza? Un problema en el marco de la justificación de los juicios por violación de derechos humanos", en BOUVIER, Hernán, IOSA, Juan & GULLI, Belén (eds.), *El juzgamiento de los delitos de lesa humanidad en la Argentina postdictatorial*, Ferreyra Editor, 2014, Córdoba.
- SEGATO, Rita, "Antropología y derechos humanos: alteridad y ética en el movimiento de los derechos universales", en *Serie Antropología*, N° 356, 2004, Brasilia, pp. 1-25, URL [www.unb.br/ics/dan](http://www.unb.br/ics/dan).
- SHER, George, *In Praise of Blame*, Oxford University Press, 2006, Oxford.
- SHOEMAKER, David, "Moral Address, Moral Responsibility, and the Boundaries of the Moral Community", en *Ethics*, N° 118, 2007, pp. 70-108.
- SMITH, Angela, "Control, responsibility and moral assessment", en *Philosophical Studies*, N° 138, 2008, pp. 367-392.

- STRAWSON, Peter F., "Freedom and Resentment", en *Freedom and Resentment and other Essays*, Routledge Taylor & Francis Group, 2008, London, pp. 1-28.
- , "Freedom and Resentments", en WATSON, Gary (ed.), *Free Will*, 2º ed., Oxford University Press, 2003, Oxford, pp. 72-93.
- THOMPSON, Dennis, *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Gedisa, 1999, Barcelona.
- Tribunal Oral Federal de Santiago del Estero, "Azar, Antonio Musa y Otros s/Homicidio Agravado (art. 80 inc. 8), Privación Ilegal de la Libertad (art. 144 bis inc. 1), Imposición de Tortura (art. 144 ter inc. 1), Infracción art. 23 del Código Penal según Ley nro. 26842, Allanamiento Ilegal y Asociación Ilícita - Querellante: Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y Otros", 26/03/2018, *Sentencia, Expediente Principal en Tribunal Oral nro. TO01-7782/2015*.
- WALLACE, Jay, *Responsibility and the Moral Sentiments*, Harvard University Press, 1996, Cambridge.
- , "Dispassionate Opprobrium: on blame and the reactive sentiments", en WALLACE, Jay, KUMAR, Rahul & FREEMAN, Samuel (eds.), *Reasons and recognition. Essays on the Philosophy of T. M. Scanlon*, Oxford University Press, 2011, Oxford, pp. 348-372.
- WATSON, Gary, "Two faces of responsibility", en *Philosophical topics*, Vol. 24, N° 2, 1996, pp. 227-248.

# ENSAYOS



## **FUERZA MAYOR Y TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (CNUCCIM) Y EN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES\***

FEDERICO GASTÓN VIEYRA\*\*

**Resumen:** En este trabajo se examinan los conceptos de fuerza mayor y teoría de la imprevisión en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de mercaderías y en los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Para ello, se expone una breve introducción, se conceptualizan las figuras y se detallan sus efectos, y se realiza un análisis comparativo entre los distintos instrumentos jurídicos a la par que se evalúa su aplicación a conflictos suscitados por la pandemia de Covid-19.

**Palabras clave:** fuerza mayor — teoría de la imprevisión — exoneración — responsabilidad por daños — convención de viena — compraventa internacional de mercaderías — unidroit — covid-19

**Abstract:** This essay examines the concepts of force majeure and hardship in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. It provides a brief introduction, conceptualizes the figures and details their effects, making a comparative analysis between the different legal instruments while assessing their application to conflicts arising from the Covid-19 pandemic.

**Keywords:** force majeure — hardship — exemption — liability for damages — vienna convention — international sale of goods — unidroit — covid-19

\* Recepción del original: 05/02/2021. Aceptación: 30/04/2021.

\*\* Estudiante de Derecho, UBA.

## I. INTRODUCCIÓN

La Cámara de Comercio Internacional ha definido el Covid-19 como una catástrofe sanitaria que está perturbando masivamente la economía mundial.<sup>1</sup> Esta crisis representa una amenaza sin precedentes para las cadenas de producción y distribución en el ámbito del comercio internacional. El avance y los rebrotes del virus imponen la adopción de medidas drásticas por parte de los distintos Estados, que distan de ser uniformes y coordinadas. En este contexto, las partes de los contratos pueden verse impedidas de cumplir con sus obligaciones. La pandemia que enfrentamos nos lleva inexorablemente a volver sobre los institutos jurídicos de la fuerza mayor y la teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad sobreviniente.

Mediante el presente trabajo repasamos, en el ámbito de la contratación internacional, las figuras conducentes a la exoneración de la responsabilidad por daños consagradas en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante, la CISG, la CNUCCIM o la Convención) y por los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante, los UPICC o los Principios). Evaluamos cómo se configuran sus requisitos en relación con las situaciones derivadas de la pandemia de Covid-19 y si representan remedios adecuados para las partes afectadas.

## II. FUERZA MAYOR: CONCEPTUALIZACIÓN

### II.A. CNUCCIM

El art. 79.1 CNUCCIM contiene la base del sistema de exoneración de responsabilidad por daños en la Convención. Una parte no será responsable del incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar: (i) que tuviese en cuenta el impedimento al momento de la celebración del contrato; o (ii) que evitase o superase el impedimento; o (iii) que evitase o superase las consecuencias del impedimento. Surge así que el impedimento debe ser imprevisible, inevitable e insuperable.

1. ICC Digital Library, "Nota de orientación de la CCI...", 09/04/2020, párr. 1.

Se desprende, aun de una lectura rápida, que el ámbito de aplicación del art. 79.1 CNUCCIM comprende los supuestos de fuerza mayor. Cabe entonces ensayar una definición autónoma de sus rasgos, que prescindiera de elementos locales y pueda resultar uniformemente aplicada en el ámbito del comercio internacional.

### *II.A.1. Imprevisible, inevitable, insuperable: carácter acumulativo de los requisitos*

En primer lugar, debemos preguntarnos si los requisitos de imprevisibilidad, inevitabilidad y carácter insuperable del impedimento son de naturaleza concurrente y acumulativa, o si basta con la configuración de uno de ellos para que proceda la exoneración.

Según una postura minoritaria, Garro y Zuppi señalan que para la CNUCCIM basta que el impedimento no haya podido ser razonablemente evitado o superado para que constituya causal de exoneración. Comprenden que una causa de impedimento que, a pesar de haber sido razonablemente prevista, fuera inevitable o insuperable en su producción o en sus efectos, seguirá estando dentro del ámbito de aplicación de la norma.<sup>2</sup>

La postura mayoritaria sostiene que no puede encontrarse ausente ninguna de las condiciones señaladas, ni siquiera la relativa a la imprevisibilidad, aun cuando el impedimento se presentase como inevitable e insuperable.<sup>3</sup> Los requisitos aparecen como acumulativos y concurrentes,<sup>4</sup> y constituyen un filtro sucesivo. Si una parte ha logrado prever la ocurrencia de un evento impeditivo, deberá actuar en consecuencia y redistribuir los riesgos mediante cláusula expresa; caso contrario, se entenderá que ha asumido los riesgos de su producción.

Esta diferencia de criterios resulta crucial, pues de ella depende que supuestos como los previsible rebrotes de Covid-19 y las medidas imperativas que los acompañen puedan dar lugar a un caso de fuerza mayor. La postura minoritaria, en nuestra opinión, peca por su laxitud, al dejar de lado el requisito de imprevisibilidad que la Convención recoge. Si éste no fuera exigible, y la fuerza mayor pudiera configurarse ante situaciones

2. GARRO & ZUPPI, *Compraventa Internacional de Mercaderías. La Convención de Viena de 1980*, cap. XII.I.e, párr. 4.

3. SCHWENZER, "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts", p. 719.

4. CHENGWEI, *Force Majeure Perspectives from the CISG...*, título 4.1.

esperables, se estaría cargando a una parte con la falta de diligencia de la otra, lo que atenta contra la seguridad jurídica que exige el comercio internacional.

*II.A.2. Imprevisible: "y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato..."*

En segundo lugar, debemos dilucidar cuándo es razonable esperar que se tenga en cuenta el impedimento al momento de la celebración del contrato. A fin de determinar la previsibilidad, cabe tomar como parámetro el accionar de una persona razonable ubicada en la misma situación, no sólo respecto del impedimento en sí mismo sino también sobre el momento de su producción.<sup>5</sup>

En relación con la pandemia de Covid-19, debe tenerse especialmente presente la fecha de celebración del contrato, el lugar en que se encuentran los establecimientos de las partes y evaluar la coyuntura en que fue negociado, a los efectos de descartar la previsibilidad de la toma inminente de medidas y sus efectos. Debe hacerse énfasis en la información disponible en cada momento, su nivel de difusión, y la diligencia que las partes deberían haber puesto para acceder a ella y comprender su real y potencial implicancia.

Entendemos que no sólo la información científica y/o especializada puede quebrar el requisito de imprevisibilidad, sino también —y hasta en mayor medida— aquella más general difundida por fuentes secundarias y medios masivos, en tanto las partes de un contrato internacional no revisan el carácter de científicos ni investigadores sino de comerciantes atentos a las especulaciones del tráfico negocial.

Asimismo, es indiscutible que los efectos del impedimento ya conocido al momento de la celebración del contrato no pueden reputarse imprevisibles.<sup>6</sup> Desde principios del año 2020, los medios de comunicación divulgaron información sobre la velocidad de circulación del virus y sobre la necesidad de adoptar medidas restrictivas en cada Estado. La Organización Mundial de la Salud el 30 de enero de 2020 declaró que el Covid-19

5. TALLON, "Article 79", título 2.6.3., párr. 4.

6. UNCITRAL, *Digest of Case Law on the...*, p. 377, párr. 17.



constituía una emergencia sanitaria internacional, para luego el 11 de marzo de 2020 reconocerlo como pandemia. En relación con los contratos negociados a partir de estas fechas, la posterior circulación del virus y las medidas imperativas dictadas no resultan imprevisibles, pues las alertas de que podrían acontecer eran de público conocimiento y las partes debieron considerarlas.

Además, como el comerciante se expone por propia voluntad a las vicisitudes del mercado, las finanzas y la economía, no cualquier imprevisto puede considerarse ajeno a su parte.<sup>7</sup> Como el art. 79 CNUCCIM no altera las reglas generales sobre asunción y transmisión del riesgo de los arts. 66 a 70 de la Convención,<sup>8</sup> debe analizarse si la parte que pretende la exoneración los había o no asumido, pues el impedimento debe siempre ser exógeno<sup>9</sup> y nunca inherente a su negocio. Si un impedimento se encuentra dentro de la esfera de control de una parte, salvo pacto en contrario, se debe entender que ha asumido el riesgo y las consecuencias de su producción.

Por ejemplo, se comprende que el vendedor asume el riesgo de adquirir las mercaderías que se obligó a entregar.<sup>10</sup> Así, en el marco de la pandemia de Covid-19, las partes vendedoras de mercaderías que no pueden acceder a ellas ante las medidas restrictivas que pesan sobre sus proveedores, no podrían fundar un caso de fuerza mayor por tratarse de un riesgo asumido. De todas maneras, cabría explorar la posibilidad de invocar un supuesto de excesiva onerosidad sobreviniente si las pocas vías alternativas disponibles, ante la súbita restricción de la oferta, impusieran precios que atentasen contra la integridad económica del deudor.

Se entiende también que la incapacidad de una parte para financiar el cumplimiento de su prestación constituye un riesgo propio de la actividad que desarrolla.<sup>11</sup> La parte perjudicada difícilmente pueda invocar la afectación de las cadenas de pagos generada por la pandemia de Covid-19, pues debió razonablemente tener en cuenta tales situaciones —independientemente de su origen en la circulación de un virus— al planificar financieramente su actividad.

7. LOOKOFSKY, “The 1980 United Nations Convention on...”, sección 302, párr. 3.

8. LOOKOFSKY, “The 1980 United Nations Convention on...”, sección 301, párr. 3.

9. CHENGWEI, *Force Majeure Perspectives from the CISG...*, título 6.1.

10. Tribunal Federal de Justicia, Alemania, “Vine wax case”, pto. II.2.a.

11. UNCITRAL, *Digest of Case Law on the...*, pp. 376-377, párr. 15.

*II.A.3. Inevitable e insuperable: "y si no cabía razonablemente esperar [...] que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias"*

En tercer lugar, corresponde analizar cuándo es razonable esperar que se evite o supere el impedimento o sus consecuencias. Lo que es imprevisible no siempre resulta insuperable, por lo que no necesariamente constituirá fuerza mayor conforme el art. 79 CNUCCIM. Las partes tienen la obligación de reaccionar y tomar las medidas necesarias contra los eventos que puedan amenazar su aptitud para cumplir con el contrato. Ahora bien, la CNUCCIM no contempla el costo que puede implicar evitar o superar este obstáculo, lo que nos conduce a preguntarnos ¿es razonable que el deudor deba incurrir en abultados gastos para evitar o superar el impedimento?

Lo que se requiere es que la parte deudora haga todo lo que esté razonablemente a su alcance para cumplir su obligación, pero no al extremo de atentar contra su propia existencia.<sup>12</sup> No puede esperarse que el deudor tome precauciones o incurra en gastos desproporcionados respecto del potencial impedimento que se pretende evitar o superar. En tal caso, ya sea bajo la figura de la fuerza mayor o de la excesiva onerosidad sobreviniente, la parte afectada podrá acceder a la exoneración. La medida estará dada por la costumbre y por lo que otras personas razonables habrían realizado en la misma situación.<sup>13</sup> El concepto, sin embargo, permanece indeterminado, y requiere un detenido análisis en cada caso concreto.

La jurisprudencia ha reconocido determinados supuestos que no suelen constituir eventos inevitables o insuperables. Así, se intentó sin éxito alegar el incumplimiento de un tercero proveedor —ya sea por el envío de mercadería defectuosa<sup>14</sup> o por no llegar a producirla a tiempo—<sup>15</sup> para justificar el propio incumplimiento y se negó la exoneración en casos en que el vendedor bien podía adquirir otros bienes en reemplazo<sup>16</sup> o un sustituto comercialmente razonable.<sup>17</sup>

12. SOUTHERINGTON, "Impossibility of Performance and Other Excuses...", título 3.3.2.(4).

13. CHENGWEL, *Force Majeure Perspectives from the CISG...*, título 4.5.

14. Tribunal Federal de Justicia, Alemania, "Vine wax case", cons. II.2.a).

15. Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, "Metallic sodium case", cons. 5.

16. Cámara de Apelaciones de Hamburgo, Alemania, "Tomato concentrate case", párr. 12.

17. Centro Internacional de Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje, "Macromex SRL. v. Globex International Inc. – interim award", título II.B.ii.

En el contexto de la pandemia de Covid-19, cobra relevancia la adopción de protocolos y la gestión de las habilitaciones necesarias para que el deudor pueda cumplir con su obligación. De haber existido la posibilidad de tramitar una excepción a las normas imperativas que impidiesen el cumplimiento, ella debió haber sido diligentemente requerida, pues de lo contrario se habría dejado pasar una valiosa oportunidad para superar sus efectos.

Asimismo, como las medidas restrictivas sobre la producción operan sobre un plano territorial, pueden superarse subcontratando la ejecución de la prestación impedida a un tercero con establecimiento en otro Estado. Para que proceda la exoneración, deberá demostrarse que ello no fue razonablemente posible, por ejemplo, por no haber subcontratistas capacitados, o por exigirse precios abusivos.

Tratándose de obligaciones de entrega de mercadería fungible, difícilmente prospere la exoneración por fuerza mayor, pues la parte afectada prácticamente siempre podría acceder a ella por vías alternativas. La falta de provisión de fondos o el quiebre en la cadena de pagos tampoco daría lugar a la exoneración, pues el dinero es un bien enteramente fungible.

#### *II.A.4. El concepto de impedimento*

Continuando con la caracterización de la fuerza mayor, nos encontramos seguidamente con el concepto de impedimento. En una decisión arbitral se lo definió como un riesgo inmanejable o un evento totalmente excepcional, tal como la fuerza mayor, la imposibilidad económica o la excesiva onerosidad.<sup>18</sup> Si bien la Convención no hace referencia a una u otra figura, se asocian a la fuerza mayor aquellos impedimentos configurados por sucesos que tornan imposible o prácticamente imposible la prestación, y corresponden al campo de la excesiva onerosidad sobreviniente aquellos relacionados con dificultades económicas extremas.

El impedimento puede ser tanto material como jurídico. El primer supuesto se configura ante imposibilidades operativas que afectan fatalmente la posibilidad de cumplir, mientras que el segundo obedece a la ilegalidad sobreviniente del cumplimiento. Solo una norma legal con aptitud suficiente podrá fundar el impedimento jurídico.

18. Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Hamburgo, "Chinese goods case, partial award of 21 March 1996", párr. 12.

Cabe destacar que el art. 79.1 *in fine* diferencia entre el "impedimento" en sí y sus consecuencias, lo que nos lleva a concebir al "impedimento" no tanto como un efecto sino más bien como una causa generadora de consecuencias impeditivas; de lo contrario, la diferencia señalada en el texto de la Convención devendría sobreabundante y superflua. De la misma diferenciación surge que lo imprevisible debe ser el impedimento y no sus consecuencias.

En relación con la pandemia de Covid-19, debe tenerse presente que en la mayoría de los casos el impedimento no será la pandemia en sí misma. En cambio, el hecho impeditivo estará constituido: (i) por las medidas que adoptan los Estados y que afectan directamente a la parte deudora del contrato; y/o (ii) por el impacto indirecto que todas esas medidas tienen sobre el comercio y la economía en general, que acaba afectando al deudor. Si bien en última instancia ambos impedimentos tienen su origen en la pandemia, se configuran grados de causalidad distintos y deberán probarse diferentes supuestos.

Observamos que los casos cubiertos por la primera categoría poseen mayor potencial para fundar una exoneración, porque en ellos existe una precisa norma prohibitiva que bien podría configurar un impedimento jurídico además de uno material. En cambio, la afectación indirecta o "de rebote" comprendida en la segunda categoría no podría nunca dar lugar a un impedimento jurídico sino solo a uno material, pues aquellos fenómenos económicos no poseen fuerza jurídica para determinar la ilegalidad del cumplimiento de la obligación. En este último supuesto, la diversidad de grados y matices fácticos dificultará la prueba de la configuración del impedimento con sus requisitos y su nexo causal suficiente con el incumplimiento.

#### *II.A.5. Ajenidad del impedimento*

El impedimento debe ser ajeno a la voluntad de la parte. La versión en inglés utiliza la expresión "fuera de su control", fórmula más precisa y concreta en tanto se despega del ámbito volitivo para hacer énfasis en una faceta más bien objetiva.<sup>19</sup> De todas maneras, la interpretación no varía: si el impedimento se encuentra dentro de la esfera de control del deudor, no podrá invocarlo como ajeno o externo, y no corresponderá la exoneración.

19. TALLON, "Article 79", título 2.6.2, párr. 1.

El requisito de ajenidad se perfila sobre dos situaciones diferentes.<sup>20</sup> Por un lado, se enfoca en la conducta de la parte incumplidora: la exoneración no tendrá lugar si el deudor no se ha comportado como el contrato requería, en lo que respecta a la buena fe y a la obligación de realizar aquellos actos que estuvieran a su alcance para evitar o superar el impedimento. Por el otro, apunta a la caracterización del impedimento como externo a la actividad de la parte que lo invoca: en caso de ser propio de su giro comercial, el deudor asume su riesgo, por lo que nunca un impedimento interno podría dar lugar a una exoneración de responsabilidad.

Reiteramos en este punto la importancia que reviste, en el marco de la pandemia de Covid-19, la pronta y diligente adopción de los protocolos necesarios para poder cumplir con las obligaciones contraídas. Si el deudor fuera renuente en adoptarlos, el impedimento dejaría de ser completamente ajeno a su conducta, y mal podría pretender exonerarse de responsabilidad alguna.

#### *II.A.6. Nexo causal*

La falta de cumplimiento tiene que ser una consecuencia del impedimento que cumpla con todas las condiciones señaladas previamente: se exige así un nexo causal suficiente. De esta manera, y a modo de ejemplo, una parte no podría invocar la imposición de prohibiciones al desarrollo de su actividad como consecuencia de la pandemia de Covid-19 luego de haberse negado por propia voluntad a cumplir el contrato.

Asimismo, a partir de una lectura integral del art. 79 CNUCCIM, se señala que el hecho impeditivo debe ser necesariamente la causa exclusiva del incumplimiento exonerado.<sup>21</sup> Caso contrario, entraría en juego la propia conducta negligente de la parte y obstaría a la configuración de la exoneración por no verificarse la ajenidad del evento.

#### *II.A.7. Carga de la prueba*

Será la parte que invoque la configuración de la exoneración la que deberá probar todos los supuestos enunciados en el art. 79.1 CNUCCIM.

20. TALLON, “Article 79”, título 2.6.2, párrs. 2-3.

21. TALLON, “Article 79”, título 2.6.6, párr. 2.

Ello no solo se deduce del texto del artículo comentado, sino que surge de la regla que indica que quien alega un hecho debe probarlo, principio general en que la CNUCCIM se funda y mediante cuya aplicación deben colmarse sus lagunas (art. 7.2 CNUCCIM).

#### *II.A.8. Duración de la exoneración*

Prevé el art. 79.3 CNUCCIM que la exoneración surtirá efecto mientras dure el impedimento. Al cesar el impedimento, la parte volverá a ser responsable por el cumplimiento de sus obligaciones.

Se plantea la duda sobre el caso en que el impedimento cesase, pero las circunstancias existentes fueran radicalmente distintas a las bases sobre las cuales se contrató. Piénsese en la "nueva normalidad" en materia de comercio y consumo que se predica en relación con el Covid-19 ¿la parte podría seguir exonerada? La respuesta pareciera ser afirmativa. Si bien una propuesta para incorporar previsiones expresas en este sentido fue rechazada, se acordó como solución de compromiso eliminar la palabra "solamente" que hasta entonces precedía a "surtirá efecto mientras dure el impedimento": la intención fue dejar abierta la posibilidad para extender la exoneración más allá de la existencia del impedimento.<sup>22</sup>

No creemos que esta interpretación sea beneficiosa. En el contexto de la pandemia de Covid-19, introducir como variable la finalidad de la celebración del contrato solo aportaría mayor incerteza al tráfico mercantil. A menos que así hubiera sido pactado, el desinterés sobreviniente de una parte no debiera fundar un impedimento que la exonere de sus obligaciones, so pena de desvirtuar la fuerza vinculante del contrato y subvertir la asunción de riesgos.

Al mismo tiempo, la redacción del art. 79.3 CNUCCIM nos parece criticable. Debió haberse hecho referencia no a la duración del impedimento en sí mismo sino a la duración de sus consecuencias impositivas, pues son ellas las que determinan la imposibilidad de cumplir. Por ejemplo, ante el levantamiento de las medidas restrictivas impuestas sobre una fábrica en el marco de la pandemia de Covid-19, la exoneración debería cubrir también el tiempo que la producción demore razonablemente en reanudarse. Ello asimismo guardaría sentido con el tratamiento diferenciado que estos conceptos

22. CHENGWEI, *Force Majeure Perspectives from the CISG...*, título 9.

reciben en el art. 79.1 *in fine* de la Convención. Entendemos que así debe interpretarse el artículo comentado, para evitar exoneraciones más breves o extensas que lo estrictamente necesario que afecten la seguridad jurídica.

#### *II.A.9. Comunicación a la otra parte*

El art. 79.4 CNUCCIM establece que la parte incumplidora deberá comunicar a la otra el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplir. Esta comunicación le servirá a la parte no afectada para tomar las medidas necesarias y superar las consecuencias que la falta de cumplimiento podría provocarle. El incumplimiento de esta carga se vería reñido con el principio de buena fe.

Enrolándose en la teoría de la recepción, prevé el art. 79.4 CNUCCIM que, si la parte no afectada no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable luego de que la parte incumplidora tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción. A los efectos de determinar cuándo la comunicación ha sido recibida, cabe aplicar analógicamente el art. 24 CNUCCIM.<sup>23</sup> Los daños a los que se refiere este punto son solamente aquellos que se derivan por la falta de recepción de la comunicación, y no los derivados de la falta de cumplimiento de la obligación contractual de que se trate.<sup>24</sup>

#### *II.A.10. Incumplimiento provocado por la falta de cumplimiento de un tercero*

El art. 79.2 CNUCCIM prevé el caso en que el impedimento se deba a la falta de cumplimiento de un tercero al que se le haya encargado la ejecución total o parcial del contrato. Para que proceda la exoneración, tanto la parte del contrato que la invoca como el tercero incumplidor deben encontrarse alcanzados por los términos del art. 79.1 CNUCCIM, aun cuando a la relación contractual con el tercero no le fuera aplicable la Convención. Debemos entonces preguntarnos ¿quiénes son esos terceros? Usualmente, surge la duda respecto a los proveedores del vendedor.

23. CHENGWEL, *Force Majeure Perspectives from the CISG...*, título 7.

24. RIMKE, "Force Majeure and Hardship: Application in...", título IV.C.4.

Se discute si debe tratarse de proveedores subcontratados en sentido estricto o si cualquier “proveedor general” quedaría incluido en el art. 79.2 CNUCCIM. Existe consenso en realizar una interpretación restrictiva y excluir a los proveedores generales,<sup>25</sup> y exigir que la tarea realizada por el tercero se refiera únicamente al cumplimiento del contrato en concreto.<sup>26</sup> Los antecedentes legislativos apoyan esta posición: del reporte de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) de 1977 surge que, si bien no fue utilizado el término “subcontratista” por desconocérselo en algunos sistemas jurídicos, la intención fue excluir a los proveedores, dado que no podrían ser considerados como terceros a quienes el vendedor encargó la ejecución de parte del contrato en particular.<sup>27</sup> En este sentido, la jurisprudencia entendió que solo pueden considerarse terceros aquellas personas a quienes el vendedor, luego de la celebración del contrato, les encargó el cumplimiento de sus obligaciones existentes hacia el comprador —por ejemplo, transportistas—,<sup>28</sup> y no a productores o fabricantes genéricos.<sup>29</sup>

Así las cosas, solamente tratándose de incumplimientos de subcontratistas deberá estarse al estándar agravado del art. 79.2 CNUCCIM, mientras que tratándose de proveedores generales regirá el art. 79.1 CNUCCIM. Recordamos, de todas maneras, que el vendedor asume el riesgo de la adquisición de las mercaderías que se obligó a entregar (ver punto II.A.2), y que muchos de los imprevistos relacionados con proveedores no se consideran inevitables o insuperables (ver punto II.A.3).

Entendemos que la concepción restrictiva del art. 79.2 CNUCCIM, especialmente en el marco de la pandemia de Covid-19, debe superarse. Siendo el incumplimiento generalizado de los subcontratistas una de las principales causas que impide la ejecución de los contratos, encontramos infundado restringir aún más las condiciones de procedencia del remedio. Tanto los proveedores generales como los subcontratistas son terceros cuyas prestaciones resultan igualmente necesarias para el cumplimiento del

25. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under...*, sección 434, párr. 3.

26. TALLON, “Article 79”, título 2.7.1, párr. 2.

27. UNCITRAL, “Article 50”, p. 56, pts. 448 y 449.

28. Cámara de Apelaciones de Lugano, Cantón del Ticino, Suiza, “N... P... v. H... SA”, considerando 2.1.

29. Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Hamburgo, “Chinese goods case, partial award of 21 March 1996”, párr. 12.



contrato; en ambos casos se trata de incumplimientos de terceros de los que el vendedor eligió depender. ¿Por qué la extensión de la responsabilidad de la parte afectada debiera ser mayor en un supuesto que en otro? Creemos que los requisitos de ajenidad, imprevisibilidad, inevitabilidad y carácter insuperable ya constituyen filtros suficientes, y no encontramos premisas que justifiquen la razonabilidad del distingo.

En este sentido, Garro señala que el art. 79.1 CNUCCIM resulta suficiente por sí mismo para hacerse cargo de todos los casos de fuerza mayor, incluidos aquellos relacionados con subcontratistas. Ello es así, pues, aunque el incumplimiento del subcontratista pueda exonerarse conforme el art. 79.2 CNUCCIM, la parte afectada seguirá estando obligada a evitar o superar dicho impedimento frente a su contraparte. Concluye que resulta innecesario adentrarse en el meollo de diferenciar distintos tipos de terceros, y que los propios requisitos del art. 79.1 CNUCCIM relativos a la configuración del impedimento cubren todos los supuestos a considerar.<sup>30</sup>

## I.B. UPICC

El art. 7.1.7 (1) UPICC posee una redacción sumamente similar a la del art. 79.1 CNUCCIM al establecer que el incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba: (i) que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control; y (ii) que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperarlo, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias. Se destacan así las exigencias sobre el nexo de causalidad, la ajenidad, la imprevisibilidad, la inevitabilidad y el carácter insuperable. Por tratarse de elementos comunes, remitimos al análisis realizado al tratar la fuerza mayor bajo el régimen de la CNUCCIM.

El art. 7.1.7 (3) UPICC impone a la parte afectada la carga de la comunicación del impedimento y los efectos sobre la posibilidad de cumplir. Ante la falta de recepción, la parte incumplidora será responsable por los daños emergentes de la falta de comunicación. También posee una redacción sustancialmente parecida a la del art. 79.4 CNUCCIM. Remitimos asimismo al análisis realizado al tratar la fuerza mayor bajo el régimen de la CNUCCIM.

El art. 7.1.7 (2) UPICC prevé que cuando el impedimento sea temporal, la excusa tendrá efecto durante el período de tiempo que sea razonable

30. GARRO, *Comparison between provisions of the CISG...*, título 2, párrs. 7-8.

en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato. Esto significa que, a diferencia del art. 79.3 CNUCCIM, el plazo durante el cual surta efecto la exoneración podrá exceder (o incluso ser menor) al propio plazo del impedimento, en función de las particulares circunstancias del caso. Por ejemplo, levantadas las prohibiciones dictadas en el marco de la pandemia de Covid-19 sobre determinada actividad industrial, los procesos de producción podrían demorar semanas en reanudarse efectivamente: ese plazo adicional estaría cubierto dentro de la exoneración. Entendemos que la regulación de este punto en los Principios supera a la elaborada en la Convención, en tanto ésta sólo refiere a la duración del impedimento y no a sus efectos. Remitimos a la crítica realizada en el punto II.A.8.

Resulta notorio que los UPICC no hayan previsto el caso del incumplimiento por un tercero subcontratista, tal como lo hace el art. 79.2 CNUCCIM. ¿Qué sucedería en estos casos? Tal como lo explica Garro, resulta innecesario establecer una previsión expresa al respecto, pues el concepto de impedimento y todos los requisitos que lo rodean resultan suficientes para predicar la procedencia o improcedencia de cualquier caso de fuerza mayor, incluso relacionado con incumplimientos de terceros.<sup>31</sup> Así las cosas, cumplidas todas las condiciones, bien podría invocarse el supuesto. Esta regulación supera las críticas realizadas al texto de la Convención en el punto II.A.10.

Finalmente, y en forma coincidente con el concepto amplio previsto en la Convención, no se requiere que el impedimento sobre el que se basa el art. 7.1.7 UPICC sea absoluto. Existe la posibilidad de que el mismo supuesto fáctico constituya tanto un caso de fuerza mayor como de excesiva onerosidad sobreviniente; la parte afectada debe decidir qué figura invocar, ya que bajo los Principios poseen distintos efectos.<sup>32</sup> El impedimento podrá ser tanto físico como jurídico.

31. GARRO, *Comparison between provisions of the CISG...*, título 2, párrs. 7-8.

32. UNIDROIT Secretariat, Note of the UNIDROIT Secretariat on..., párrs. 50-51.

### III. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN: CONCEPTUALIZACIÓN

#### III.A. CNUCCIM

En su momento, fue objeto de debate si el art. 79 CNUCCIM solamente resultaba aplicable ante imposibilidades absolutas de cumplimiento o si cabía extender su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en que, siendo la prestación material y jurídicamente posible, su cumplimiento hubiera devenido excesivamente gravoso para el deudor. Esto es, en concreto, si el art. 79 CNUCCIM incluía o no los supuestos comprendidos por la teoría de la imprevisión, también conocida como excesiva onerosidad sobreviniente o *hardship* (a los efectos de este trabajo, utilizamos los tres términos como sinónimos).

La discusión fue zanjada en favor de la recepción de la teoría de la imprevisión. El Consejo Asesor de la CNUCCIM en su Opinión No. 7 reconoció que el concepto de impedimento no se restringe a las circunstancias que hagan al cumplimiento absolutamente imposible, ya que puede invocarse la teoría de la imprevisión bajo el art. 79 CNUCCIM.<sup>33</sup> Así también lo ratificó en su Opinión No. 20, al agregar que la teoría de la imprevisión puede configurarse tanto por un incremento en los costos de ejecución como por una caída en el valor de la contraprestación.<sup>34</sup> El Consejo señala que traspasado cierto límite de sacrificio no se puede esperar razonablemente el cumplimiento del obligado, en tanto se encuentra afectado por una imposibilidad económica para hacerlo.<sup>35</sup>

Así las cosas, la teoría de la imprevisión se deriva del mismo art. 79.1 CNUCCIM que fuera analizado previamente para el caso de la fuerza mayor. Siendo que el articulado es el mismo y que los requisitos son idénticos, a aquel análisis remitimos, aunque dejando en claro que en este caso el impedimento consistirá en un cambio material de circunstancias que torne al cumplimiento excesivamente oneroso y no en una imposibilidad de cumplimiento.

Cabe preguntarnos entonces ¿cuándo el cumplimiento resulta excesivamente oneroso? La jurisprudencia mantiene hasta el día de hoy una postura

33. CISG Advisory Council, "Opinion No. 7", pto. 3.1.

34. CISG Advisory Council, "Opinion No. 20", pto. 5.1.

35. CISG Advisory Council, "Opinion No. 7", párr. 38.

sumamente restrictiva, no habiéndose establecido límites de sacrificio o topes fijos. Según una investigación del Consejo Asesor de la CNUCCIM, de ocho pronunciamientos analizados en los que resultaba de aplicación la Convención, en siete se negó la exoneración. En las cuatro decisiones en que se trató concretamente el punto del límite de sacrificio, fueron declarados insuficientes umbrales del 50 %, 100 %, 200 % y 300 % respectivamente.<sup>36</sup>

Así, por ejemplo, se ha sostenido que tratándose de contratos altamente especulativos —contratos sobre materias primas— el límite de sacrificio debe ser elevado, por asumir las partes una cuota de riesgo mayor,<sup>37</sup> o que las variaciones significativas en los precios son previsibles en relaciones contractuales de largo plazo, por lo que deben las partes incluir cláusulas de estabilización o revisión para redistribuir los riesgos.<sup>38</sup>

En favor de la procedencia de la exoneración, se destaca únicamente una sentencia de la Corte Suprema de Bélgica. De acuerdo con una integración conforme el art. 7.2 CNUCCIM de lo que entendió que era una laguna de la Convención, acudió a los UPICC para justificar la procedencia de la exoneración y renegociación del contrato ante un aumento del 70 % en el precio de los bienes que el vendedor se obligó a entregar.<sup>39</sup>

Esta sentencia es objeto de agudas críticas. En primer lugar, se señala que no hay vacío alguno a ser colmado, pues el concepto de impedimento del art. 79.1 CNUCCIM ya comprende en su seno a la teoría de la imprevisión.<sup>40</sup> En segundo lugar, aun si por mera hipótesis hubiera una laguna, los UPICC no surgirían como el instrumento a consultar para colmarla. En los términos del art. 7.2 CNUCCIM, los Principios difícilmente puedan constituir "principios generales" en los que se basa la Convención, pues ellos se fundan más en el derecho continental europeo que en un sistema mixto como el de la CNUCCIM.<sup>41</sup> Flechtner indica que la sentencia entraña una interpretación perversa y distorsiva, orientada por las ansias de justificar la facultad judicial de adaptar el contrato.<sup>42</sup>

36. CISG Advisory Council, "Opinion No. 20", párr. 4.

37. Cámara de Apelaciones de Hamburgo, Alemania, "Tomato concentrate case", pto. 2(d).

38. Cámara de Apelaciones de Colmar, Francia, "Société Romay AG v. SARL Behr France", párr. 40.

39. Corte Suprema, Bélgica, "Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.", pto. IV.2.

40. CISG Advisory Council, "Opinion No. 20", párr. 7.11.

41. FLECHTNER, "The Exemption Provisions of the Sales...", párr. 32.

42. FLECHTNER, "The Exemption Provisions of the Sales...", párr. 34.

En relación con la pandemia de Covid-19, la determinación del límite resulta especialmente crítica por sus efectos sistémicos. Fijar estándares bajos puede perjudicar aún más a las cadenas de producción, pues sus eslabones económicamente afectados se acogerían a la exoneración y generalizarían la parálisis. Esto incluso podría reforzar situaciones abusivas: por ejemplo, si la vendedora afectada tuviera una posición contractual dominante, y la compradora necesitase con urgencia la mercadería, la primera podría exigir condiciones de renegociación perjudiciales para la segunda, teniendo presente que la única alternativa de la compradora sería resolver el contrato en un contexto adverso o mantenerse vinculada por él, aunque no puede exigir su cumplimiento. Por su parte, fijar estándares muy altos podría desplazar del mercado a pequeños y medianos comerciantes, para quedar concentrado solo en grandes actores con enorme respaldo financiero y operaciones diversificadas. Tratándose de un verdadero dilema, la decisión cobra matices políticos que exceden el espíritu uniformador de la CNUCCIM y los argumentos jurídicos esgrimibles.

### III.B. UPICC

Los UPICC se ocupan particularmente de la teoría de la imprevisión en su capítulo 6, sección 2, al regular la ejecución de los contratos. A lo largo de tres artículos se formula una definición autónoma, y se detallan los requisitos que hacen a su configuración y sus efectos sobre los derechos y obligaciones de las partes.

El art. 6.2.1 UPICC hace énfasis en el carácter excepcional de la teoría de la imprevisión, al establecer, de acuerdo con el principio *pacta sunt servanda* (art. 1.3 UPICC), que el contrato deberá ser cumplido sin perjuicio de la mayor onerosidad o grandes pérdidas con las que deba cargar una de las partes del contrato.<sup>43</sup> Esta regla no es absoluta, y cede justamente en aquellos casos de excesiva onerosidad sobreviniente.

El art. 6.2.2 UPICC se ocupa de definir qué constituye excesiva onerosidad sobreviniente. Así, debe tratarse de una alteración fundamental en el equilibrio económico del contrato como consecuencia de eventos que: (i) acontecen o llegan a ser conocidos por la parte afectada luego de la

43. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, Art. 6.2.1, pto. 1, p. 217.

celebración; (ii) no pudieron ser razonablemente previstos; (iii) escapan al control de la parte afectada; y (iv) no fueran asumidos por la parte en desventaja.

A continuación, haremos un breve análisis de cada uno de los supuestos. Aclaremos, para no resultar reiterativos, que concurren a su interpretación los principios generales vertidos al analizar la configuración de caracteres en común con la fuerza mayor y la teoría de la imprevisión bajo el régimen de la CNUCCIM (por ejemplo, en lo que respecta al concepto de imprevisión, de ajenidad, de asunción de riesgos, etc.). A ellos cabe remitir para un análisis más detallado de las pautas generales que los institutos comparten.

### *III.B.1. Alteración fundamental*

Tal como señalamos al comentar sobre la teoría de la imprevisión en el ámbito de la CNUCCIM, no pueden establecerse pautas fijas para determinar el carácter fundamental de la alteración. Si bien los comentarios a la primera edición de los UPICC sugerían un tope del 50 %, las posteriores ediciones eliminaron tal referencia.<sup>44</sup>

La alteración puede revelarse ya como un aumento excesivo en los costos del cumplimiento, ya como una disminución excesiva en el valor de la prestación recibida. Esta última puede responder tanto a alteraciones drásticas en el mercado (p. ej., un pico de inflación que licúa los precios pactados) como a la frustración de la finalidad que determinó la celebración del contrato (p. ej., ante la imposición de medidas restrictivas que afectan la reexportación de mercadería).<sup>45</sup>

En el marco de la pandemia de Covid-19, surgen innumerables supuestos de disminución del valor de la prestación recibida en relación con contratos sobre el uso y goce de cosas. Piénsese en una locación de un predio fabril ante las restricciones para explotarlo, o de un restaurante sito en un aeropuerto ante la enorme reducción de la actividad aerocomercial. En esos casos, el valor de ese uso y goce puede verse reducido incluso a cero, por lo que la contraprestación por él pactada devendrá desproporcionada.

44. SCHWENZER, "Force Majeure And Hardship In International Sales Contracts", p. 716.

45. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, art. 6.2.2, pto. 2.b, pp. 219-220.

### *III.B.2. Eventos que acontecen o llegan a ser conocidos después de la celebración del contrato*

Se delimita el marco temporal: el evento debe acontecer o hacerse conocido luego de celebrado el contrato. En caso en que el evento ya hubiera acaecido, pero no hubiera llegado a ser conocido por la parte afectada, deberá prestarse especial atención a las condiciones de imprevisibilidad y ajenidad: no puede consentirse que la parte se beneficie de su falta de diligencia.

### *III.B.3. Imprevisibilidad del evento*

Se exige que el evento sea razonablemente imprevisible, esto es, que el acontecimiento esté tan fuera de los límites de la probabilidad que incluso personas razonables y diligentes no hubieran podido preverlo.<sup>46</sup> En caso de haber sido previsto, se considerará que la parte lo ha asumido como riesgo propio.

Téngase presente que en lo que respecta a precios, siempre podrá establecerse un rango de tendencias: solo podrá constituir excesiva onerosidad sobreviniente un evento extraordinario que se aparte sustancialmente de la propia dinámica de los mercados. Si el cambio comenzó antes de la celebración del contrato, no se configurará excesiva onerosidad sobreviniente a menos que su ritmo aumente drásticamente durante su vigencia.<sup>47</sup>

### *III.B.4. Ajenidad del evento*

El evento debe resultar ajeno al ámbito de control de la parte en un doble sentido: por un lado, no puede tener su origen en los actos u omisiones de la parte afectada; por el otro, el evento debe ser externo a la actividad de la parte que lo invoca y a su giro comercial.

El concepto de control es amplio y bajo los UPICC se integra con el requisito implícito de inevitabilidad: si la parte pudo en algún momento evitar la producción del evento en sí y/o de sus consecuencias, quiere decir que se encontraba dentro de su esfera de control y actuación.

46. PERILLO, "Force Majeure and Hardship under the...", p. 122.

47. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, art. 6.2.2, pto. 3.b, p. 220.

### III.B.5. No asunción del riesgo de producción del evento

No puede invocarse la teoría de la imprevisión si la parte afectada había asumido el riesgo de su producción. Esta asunción podrá ser expresa o implícita según la naturaleza del contrato.<sup>48</sup> Así, una parte que celebre un contrato especulativo deberá soportar una cuota de riesgo mucho más amplia. Señala Momberg Uribe que, si bien las partes son libres para pactar la asunción de riesgos *ex ante*, aquella cláusula debe interpretarse restrictivamente, ya que agrava la responsabilidad del deudor.<sup>49</sup>

La asunción implícita ha sido utilizada por la jurisprudencia para rechazar reclamos fundados en la teoría de la imprevisión. Así, en una decisión arbitral se entendió que, en el marco de un contrato en que la parte agraviada se obligaba a proveer vegetales a la otra, debía rechazarse la invocación de la teoría de la imprevisión ante eventos climáticos relacionados con "El Niño" que destruyeron la cosecha. Los árbitros sostuvieron que, por el tipo de contrato de que se trataba, el riesgo había sido implícitamente asumido por la afectada.<sup>50</sup> En el marco de la pandemia de Covid-19, lo mismo podría predicarse respecto al vendedor de mercadería que se obliga a producirla en una zona con circulación comunitaria del virus: luego no podrá invocar como impedimento la falta de mano de obra disponible para producirla o la imposición de medidas restrictivas.

### II.B.6. Nexo causal

Se exige que el evento que cumpla con todos los requisitos anteriores sea la causa de la alteración económica fundamental. El hecho en cuestión deberá ser la única causa, pues en caso de concurrir otras conductas u omisiones de la parte afectada, el requisito de ajenidad se vería quebrado por ellas.

48. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, Art. 6.2.2, pto. 3.d, p. 221.

49. MOMBERG URIBE, "Change of circumstances in international instruments...", p. 255.

50. Centro de Arbitraje de México, "30/11/2006", considerandos 244-247.



### *III.B.7. Comunicación*

Finalmente, la parte que se encuentre afectada por excesiva onerosidad sobreviniente deberá comunicarlo sin demora a la otra, en la oportunidad establecida por el art. 6.2.3 (1) UPICC.

## IV. EFECTOS

Una vez detectada la configuración de un supuesto de fuerza mayor o de teoría de la imprevisión, ya sea bajo el régimen de la CNUCCIM o conforme los UPICC, debemos preguntarnos por sus efectos sobre el contrato y los derechos y obligaciones de las partes. A continuación, analizaremos en cada instrumento qué consecuencias se le reconocen a los distintos institutos en cuestión.

### IV.A. CNUCCIM

Como fue descripto anteriormente, el art. 79 CNUCCIM comprende en su seno tanto los casos de fuerza mayor como a los de excesiva onerosidad sobreviniente. La regulación es idéntica para ambos, por lo que sus efectos no han de diferir y serán tratados conjuntamente.

El art. 79.1 CNUCCIM prevé que la parte exonerada no será responsable por su incumplimiento mientras dure el impedimento. A su vez, el art. 79.5 CNUCCIM establece que nada impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por falta de cumplimiento. Así, la parte afectada se haya exonerada únicamente de la responsabilidad por daños que estén relacionados con su imposibilidad para cumplir, incluidos daños tarifados y cláusulas penales.<sup>51</sup>

La parte no incumplidora podrá ejercer todos sus otros derechos y remedios, entre los que cabe destacar: (i) el derecho a reducir el precio (art. 50 CNUCCIM); (ii) el derecho a diferir su cumplimiento (art. 71 CNUCCIM); (iii) el derecho a resolver el contrato (arts. 49 y 64 CNUCCIM); y (iv) el derecho a reclamar intereses independientemente de los daños (art.

51. SCHWENZER, "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts", p. 719.

78 CNUCCIM). De todas maneras, a partir de una interpretación armónica, se reconoce la imposibilidad de ejercer el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación.<sup>52</sup>

En el marco de la pandemia de Covid-19, el reconocimiento del derecho a resolver el contrato deviene crucial, al permitir a las partes no afectadas desligarse de sus aquejadas contrapartes y agilizar la normalización del tráfico mercantil.

En ciertas disposiciones domésticas y en los UPICC, un efecto de la teoría de la imprevisión es la renegociación del contrato. Bajo el régimen de la CNUCCIM, esta alternativa resulta inviable. Ni los antecedentes legislativos ni el texto de la CNUCCIM indican la existencia de principio general alguno que permita la renegociación o adaptación judicial.<sup>53</sup> El Consejo Asesor de la CNUCCIM en su Opinión No. 20 destaca que la obligación de renegociar resulta ineficiente por carecer de medios de ejecución<sup>54</sup> y por ser lenta y tediosa en el contexto dinámico del comercio internacional.<sup>55</sup> Schwenzler indica que, si bien no existe en la Convención deber alguno de renegociar, sí hay una carga de mitigar daños (art. 77 CNUCCIM) que bien podría exigir llegar a un acuerdo con la parte incumplidora.<sup>56</sup> Téngase presente que siempre podrán las partes renegociar entre ellas si así ambas lo quieren, pero no sobre la base de algún efecto implícito sino con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad y libertad de contratación.

## IV.B. UPICC

En los UPICC la fuerza mayor y la teoría de la imprevisión poseen regulaciones independientes y sus efectos difieren. Se impone por lo tanto la necesidad de un análisis particularizado.

### *IV.B.1. Fuerza mayor*

El principal efecto de la figura es liberar a la parte afectada de la responsabilidad por incumplimiento mientras duren las consecuencias del

52. CISG Advisory Council, "Opinion No. 20", párr. 9.3.

53. FLAMBOURAS, "The Doctrines of Impossibility of Performance...", título V.C., párr. 1.

54. CISG Advisory Council, "Opinion No. 20", párr. 11.6.

55. CISG Advisory Council, "Opinion No. 20", párr. 11.7.

56. SCHWENZLER, "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts", p. 725.

impedimento. No se prevé la renegociación o la adaptación por un tribunal como remedio, como sí sucede en el caso de la teoría de la imprevisión bajo los UPICC. Así, su regulación resulta coincidente con la de la CNUCCIM.

Conforme el art. 7.1.7 (4) UPICC, la otra parte no verá restringidos sus derechos a: (i) resolver el contrato; (ii) suspender su cumplimiento; o (iii) reclamar intereses por el dinero debido. Se plantea, sin embargo, la duda acerca del alcance sobre los demás derechos de la otra parte que no se encuentran listados en el art. 7.1.7 (4) UPICC ¿La regla es su prohibición o su operatividad?

De una lectura literal, podría llegar a interpretarse que los derechos no enumerados estarían restringidos. Sin embargo, el comentario oficial al artículo señala que lo único que se excusa es la responsabilidad por daños de la parte incumplidora,<sup>57</sup> por lo que no cabría restringir las demás acciones a las que tuviera derecho la otra parte. Debe prevalecer una interpretación que reconozca a la otra parte el ejercicio de los derechos no señalados, en el entendimiento de que la enumeración del art. 7.1.7 (4) UPICC es simplemente ejemplificativa.

#### *IV.B.2. Teoría de la imprevisión*

El art. 6.2.3 UPICC regula los efectos de la teoría de la imprevisión sobre la base troncal de la renegociación del contenido del contrato. A diferencia de la fuerza mayor, la teoría de la imprevisión por sí sola nunca exonera el incumplimiento, sino que compele la renegociación y autoriza a los tribunales a adaptar y revisar el contrato a los efectos de paliar las alteraciones fundamentales.<sup>58</sup>

Según el art. 6.2.3 (1) UPICC, la parte afectada deberá comunicar sin demora a la otra su voluntad de renegociar el contrato. El plazo comenzará a correr desde el momento en que se alegue que la excesiva onerosidad sobreviniente ha ocurrido. De todas maneras, la parte afectada no pierde su derecho a requerir la renegociación simplemente por haber fallado en comunicarlo a tiempo,<sup>59</sup> aunque podría la otra parte tomar esa demora

57. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, art. 7.1.7, pto. 2, p. 241.

58. PERILLO, "Force Majeure and Hardship under the...", p. 127.

59. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, art. 6.2.3, pto. 2, p. 224.

como argumento para discutir la efectiva configuración del desequilibrio económico, o encontrarla reñida con la buena fe (art. 1.7 UPICC) y con la doctrina de los propios actos (art. 1.8 UPICC). La comunicación deberá contener los fundamentos sobre los que se pretende renegociar, y permitir a la otra parte determinar si el requerimiento se encuentra o no justificado; de lo contrario, se la considerará como no presentada a tiempo.

Conforme el art. 6.2.3 (2) el reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento, sino que se requieren circunstancias extraordinarias que lo justifiquen.<sup>60</sup> No queda del todo claro, sin embargo, qué circunstancias extraordinarias resultan exigibles, que vayan aún más allá de la excepcionalidad propia de la excesiva onerosidad sobreviniente.<sup>61</sup>

A todo esto, debemos preguntarnos ¿la otra parte se encuentra realmente obligada a renegociar? Momberg Uribe entiende que sí: observa que el art. 6.2.3 (1) establece que la parte puede reclamar la renegociación, reconociéndole así un auténtico derecho que como contracara representa un deber para la otra parte.<sup>62</sup> La Corte de Arbitraje de la CCI asimismo señaló que el "deber" de renegociar se encuentra presente en los Principios.<sup>63</sup> Los comentarios a los UPICC también se refieren al "derecho" a requerir la renegociación. El contenido de este deber será la negociación entre las partes en un marco de buena fe (art. 1.8 UPICC) y cooperación (art. 5.1.3 UPICC), y no puede de ninguna manera interpretarse que las partes tengan la obligación a llegar a un acuerdo. Por nuestra parte, entendemos que más que un deber se trata de una carga, pues para la parte no incumplidora ello representa solamente un imperativo del propio interés: su cumplimiento no resulta exigible por ningún medio, aunque su inobservancia la pondrá en una situación desventajosa ante los tribunales.

Creemos que la obligación de renegociar es insustancial y problemática. Imagínense, por ejemplo, en las dificultades que importaría una renegociación obligatoria en el marco de la pandemia de Covid-19. Es sabido que los precios incorporan en mayor o menor medida la información que circula en el mercado. Ahora bien, en un contexto cambiante donde no se conoce

60. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, art. 6.2.3, pto. 4, p. 225.

61. PERILLO, "Force Majeure and Hardship under the...", p. 131.

62. MOMBERG URIBE, "Change of circumstances in international instruments...", p. 259.

63. Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, "9994", párr. 1 *in fine*.

hasta cuándo durarán las restricciones al comercio o si devendrá una “nueva normalidad” que cambie la dinámica del tráfico internacional y los hábitos de consumo, ¿sobre qué base podría negociarse razonablemente? Aunque las partes acuerden una solución de compromiso, probablemente al cesar los eventos extraordinarios aquella devenga inadecuada, y tendrán que adaptarla nuevamente con los costos y demoras que ello implica. Aún más, si las partes no hubieran pactado en esta instancia la obligación de renegociar nuevamente, correrían el riesgo de permanecer vinculadas por términos atípicos que, en un contexto ordinario, beneficiarían a una y perjudicarían a la otra.

Alertamos también que, ante una renegociación obligatoria, una parte podría aprovechar la contingente situación de dependencia de la otra para concluir modificaciones abusivas. Piénsese, por ejemplo, en un vendedor de mercaderías afectado por excesiva onerosidad sobreviniente, pero que, por encontrarse sus competidores paralizados por medidas restrictivas relacionadas con la pandemia de Covid-19, y ante la necesidad del comprador de contar con los bienes, logra imponer sus términos. Mantener la renegociación en el ámbito de la libertad de contratación, tal como lo hace la Convención, evitaría a la parte débil transitar aquel camino, y podrá optar por permanecer vinculada según el contrato original o resolverlo.

Creemos que bajo los UPICC los incentivos aparecen distorsionados, ya que las partes acabarían renegociando más para evitar la adaptación del contrato por un tribunal en caso de falta de acuerdo que para recomponer la relación que las vincula.

Los arts. 6.2.3 (3) y 6.2.3 (4) UPICC prevén que, en caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes podrá acudir a un tribunal —judicial o arbitral—, el cual determinará si concurre una situación de excesiva onerosidad y podrá tanto resolver el contrato como adaptarlo para reestablecer su equilibrio.

La adecuación judicial aparece como un remedio fundado en el principio de conservación del contrato. El juez o el árbitro no necesariamente deberá modificar el monto de las prestaciones dinerarias, y está dotado de la flexibilidad suficiente para readecuar el contrato a su criterio, y distribuir las pérdidas. Así, se advierte que la adaptación no necesariamente reflejará en su totalidad los perjuicios provocados por el cambio de circunstancias.<sup>64</sup>

64. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, art. 6.2.3, pto. 7, p. 226.

No opinamos que la adaptación por un tribunal configure un remedio adecuado. Las partes son las más calificadas para modificar y enmendar los desequilibrios sobrevinientes; si ellas no han tenido el interés o la iniciativa suficiente para alcanzar un acuerdo, no vemos por qué éste deba serles impuesto ante el pedido unilateral de una de ellas. La seguridad jurídica puede verse gravemente amenazada si cada vez que ocurre un evento desequilibrante la parte no afectada corre el riesgo de ver alterados los términos del contrato y permanecer vinculada por ellos. Piénsese tan solo en las consecuencias que ello acarrearía en el marco de la pandemia de Covid-19: en nombre del principio de conservación del contrato, se estaría dificultando a las partes no afectadas desligarse de las cadenas de producción o de pagos perjudicadas, lo que obstaculiza la reanudación general de los flujos comerciales, solo para acabar imponiendo modificaciones que no las conformarán y que, cesados los efectos del impedimento, las partes habrán de renegociar.

Creemos que un enfoque como el de la Convención, que parte de la modificación contractual voluntaria y de la posibilidad de resolver inmediatamente el contrato en caso de incumplimiento esencial, otorga mucho más margen para superar los escollos de la pandemia de Covid-19.

En caso de resolución, las partes deberán restituirse las prestaciones recibidas. No podrán reclamarse daños por el incumplimiento,<sup>65</sup> al no ser la extinción imputable a ninguna de las partes.<sup>66</sup> Efectivamente, se configura un caso en que el incumplimiento es excusable (art. 7.4.1 UPICC). De nuevo, el juez o el árbitro estará dotado de flexibilidad para fijar la fecha y las condiciones de resolución, por lo que podría matizar la regulación genérica sobre los efectos de la resolución contractual. Entendemos, a la luz del art. 7.3.1 UPICC, que la resolución no podría ser decidida en caso de no encontrarse que el incumplimiento fuera esencial, caso en que correspondería adecuar el contrato.

65. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, art. 7.4.1, pto. 1, p. 276.

66. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, art. 6.2.3, pto. 7, p. 226.

## V. CONCLUSIONES

Luego de este análisis, podemos afirmar que los institutos analizados no brindan remedios adecuados para todos los impedimentos derivados de la pandemia de Covid-19. El criterio excesivamente restrictivo de la Convención para tratar los casos que involucran subcontratistas, los deficientes efectos previstos por los UPICC en casos de teoría de la imprevisión, y la imposibilidad de fijar límites de sacrificio previsible que eviten tanto desplazar del mercado a los actores con menor espalda financiera como generalizar las crisis en las cadenas de producción, son parte de sus elementos perfectibles.

De todas maneras, tampoco sería justo esperar que ellos lo solucionasen todo. Ninguno de estos institutos fue diseñado para proteger negocios frágiles ni para liberar a las partes de sus malas decisiones comerciales. De lo que se trata es de preservar la seguridad jurídica que requiere el tráfico mercantil.

Lo cierto es que, aun con sus falencias, los institutos analizados parten del consenso internacional en la materia, ubicándose por delante de cualquier solución de derecho local. Es lógico que ante un verdadero cisne negro surjan problemas interpretativos, mas ninguno de ellos resulta insuperable.

Así las cosas, aún queda mucho camino por andar. Esperamos que estos clásicos institutos puedan servir para proyectar un mejor futuro.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Cámara de Apelaciones de Colmar, Francia, “*Société Romay AG v. SARL Behr France*”, 12/06/2001.
- Cámara de Apelaciones de Hamburgo, Alemania, “*Tomato concentrate case*”, “1 U 143/95 and 410 O 21/95”, 04/07/1997.
- , “*Iron molybdenum case*”, “1 U 167/95”, 28/02/1997.
- Cámara de Apelaciones de Lugano, Cantón del Ticino, Suiza, “*Modular wall partitions case*”, “N... P... v. H... SA”, 29/10/2003.
- Centro de Arbitraje de México (CAM), 30/11/2006, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1149> consultado 05/02/2021.
- Centro Internacional de Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje, “*Macromex SRL. v. Globex International Inc. – interim award*”, 23/10/2007.

- CHENGWEI, Liu, *Force Majeure Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*, 2ª ed., Pace Law School Institute of International Commercial Law, 2005.
- CISG Advisory Council, "Opinion No. 7: Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG", 12/10/2007.
- , "Annex 1 CISG AC Opinion No. 20 Case Law on the CISG and Hardship", 05/02/2020, URL [http://cisgac.com/file/repository/Annex\\_1\\_Opinion\\_No\\_20\\_Case\\_Law\\_CISG\\_on\\_Hardship.pdf](http://cisgac.com/file/repository/Annex_1_Opinion_No_20_Case_Law_CISG_on_Hardship.pdf) consultado: 05/02/2021.
- , "Opinion No. 20: Hardship under the CISG", 05/02/2020, URL [http://cisgac.com/file/repository/Opinion\\_No\\_20\\_CISG\\_and\\_Hardship\\_Official\\_.pdf](http://cisgac.com/file/repository/Opinion_No_20_CISG_and_Hardship_Official_.pdf) consultado 05/02/2021. URL <https://cisgac.com/opinions/cisgac-opinion-no1-copy/> consultado 01/05/2023
- Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, "9994", 12/2001, URL <http://www.unilex.info/principles/case/1062> consultado 05/02/2021.
- Tribunal Federal de Justicia, Alemania, "Vine wax case", "VIII ZR 121/98", 24/03/1999.
- Corte Suprema, Bélgica, "Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.", 19/06/2009.
- Corte de Casación, Francia, "Société Romay AG v. SARL Behr France", 30/06/2004.
- FLAMBOURAS, Dionysios P., "The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula re sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis" en *Pace International Law Review*, Vol. 13, 09/2001, pp. 261-293.
- FLECHTNER, Harry M., "The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on Hardship Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court" en *Belgrade Law Review*, Año LIX, N° 3, 2011, pp. 84-101.
- GARRO, Alejandro M. & ZUPPI, Alberto L., *Compraventa Internacional de Mercaderías. La Convención de Viena de 1980*, Abeledo Perrot, 2012, Buenos Aires.
- GARRO, Alejandro M., Comparison between provisions of the CISG regarding exemption of liability for damages (Art. 79) and the counterpart provisions of the UNIDROIT Principles (Art. 7.1.7), Pace Law School Institute of International Commercial Law, 2005.
- HONNOLD, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3ª ed., Kluwer Law International, 1999.



- ICC Digital Library, "Nota de orientación de la CCI sobre Posibles Medidas Destinadas a Mitigar los Efectos de la Pandemia del Covid-19", 09/04/2020, URL <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/05/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-spanish.pdf> consultado 05/02/2021.
- LOOKOFSKY, Joseph, "The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods" en *International Encyclopaedia of Laws – Contracts*, Suplemento N° 29, 12/2000, pp. 1-192.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo, "Change of circumstances in international instruments of contract law. The approach of the CISG, PICC, PECL and DCFR" en *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2011, 15(2), pp. 233-266.
- PERILLO, Joseph M., "Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts" en *Contratación internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit*, 1998, Serie H, N° 27, pp. 111-133, URL <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/138/9.pdf> consultado 05/02/2021.
- SCHWENZER, Ingeborg, "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts" en *Victoria University of Wellington Law Review*, 2008, Vol. 39, N° 4, pp. 709-725, URL <http://www.nzlii.org/nz/journals/VUW-LawRw/2008/39.html> consultado 05/02/2021.
- SOUTHERINGTON, Tom, "Impossibility of Performance and Other Excuses in International Trade" en *Publication of the Faculty of Law of the University of Turku, Private law publication, series B:55*, 2001.
- RIMKE, Joern, "Force Majeure and Hardship: Application in International Trade Practice with Specific Regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts" en *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2001, 1999-2000, pp. 197-243.
- TALLON, Denis, "Article 79", en BIANCA, Cesare M. & BONELL, Michael J., *Commentary on the International Sales Law - The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, 1987, Milán.
- Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, "Metallic sodium case", "155/1994", 16/03/1995.
- Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Hamburgo, "Chinese goods case", "Partial award of 21 March 1996", 21/03/1996.
- UNCITRAL, A/CN.9/SER.A/1977, YEARBOOK, VOLUME VIII, 1977.

—, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Naciones Unidas, 2016.

UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, International Institute for the Unification of Private Law, 2016, URL <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf> consultado 11/06/2023.

UNIDROIT Secretariat, Note of the UNIDROIT Secretariat on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Covid-19 health crisis, 15/07/2020, URL <https://www.unidroit.org/english/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-e.pdf> consultado 05/02/2021.

## RESPONSABILIDAD PARENTAL EN MUJERES CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL O PSICOSOCIAL\*

DANIEL STEVEN CORONADO BARAJAS\*\*

*"Todos somos genios. Pero si juzgas a un pez por su habilidad de trepar árboles, vivirá toda su vida pensando que es un inútil"*

ALBERT EINSTEIN

**Resumen:** En el desarrollo del presente trabajo se expresan las cuestiones principales que engloban la responsabilidad parental de las mujeres con discapacidad intelectual o psicosocial en nuestro país, esto es, el marco normativo que las ampara y los procesos judiciales que suelen atravesar (restricción de la capacidad o privación de la responsabilidad parental). Asimismo, se tiene en cuenta el Sistema de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, el cual pone de manifiesto los derechos y las medidas diseñadas para prevenir, respetar y garantizar el trato que deben tener los niños como sujetos de derecho en torno a estos procesos. El trabajo también tiene por objetivo revelar en qué medida el Estado argentino cumple con el derecho tanto de la madre como del hijo a vivir en familia. El camino elegido es a través de seis sentencias que abordan de manera sistémica el maternaje de estas mujeres. Cada caso es único e irrepetible, mas a partir de ellos se delinean algunos estándares que debieran aplicarse en este asunto que al día de hoy no resultan del todo claros.

**Palabras clave:** responsabilidad parental — interés superior del niño — mujeres con discapacidad intelectual y psicosocial — adopción — restricción a la capacidad

\* Recepción del original: 23/05/2021. Aceptación: 19/08/2021.

\*\* Estudiante de Abogacía. Agradezco a la Profesora María Soledad da Silva por la motivación brindada.

**Abstract:** Throughout this article, the main issues that encompass the parental responsibility of women with intellectual or psychosocial disabilities in our country are addressed, namely, the regulatory framework that protects them and the judicial processes they usually go through (restriction of capacity and/or deprivation of parental responsibility). It also takes into account the System for the Comprehensive Protection of the Rights of Children and Adolescents, which highlights the rights and measures designed to prevent, respect, and guarantee the treatment that children and adolescents should have as subjects of law in these processes. The article also aims to reveal to what extent the Argentine State complies with the right of both mother and child to live with a family. The path chosen is through six sentences that systematically address the motherhood of these women. Each case is unique and unrepeatably, but from them we delineate some standards that should be applied in this matter, which are not entirely clear today.

**Keywords:** parental responsibility — best interests of the child — women with intellectual and psychosocial disabilities — adoption — restriction of capacity

## I. INTRODUCCIÓN

La Organización Mundial de la Salud informa que hay alrededor de mil millones de personas con discapacidad en el mundo.<sup>1</sup> El ochenta por ciento de ellas vive en países en desarrollo, en muchos casos sobre o bajo la línea de pobreza. Dicha organización entiende a la discapacidad como el efecto social de la interacción entre la propia deficiencia y el entorno social y material. Esta definición se plasma en el primer tratado de Derechos Humanos del siglo XXI: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual incluye a personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, aunque es un tema que se mantiene en constante evolución.<sup>2</sup>

En materia de discapacidad, las definiciones deben ser de carácter coyuntural para una adecuada comprensión. El presente trabajo aborda las

1. OMS & BM, Resumen del informe mundial sobre la discapacidad, p. 5.

2. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 03/05/2008, preámbulo, inc. e).

siguientes categorías: discapacidad intelectual o del desarrollo y discapacidad psicosocial. La primera se caracteriza por la existencia de limitaciones significativas tanto en el funcionamiento intelectual como en la conducta adaptativa, que abarca habilidades sociales y prácticas cotidianas. Se entiende que esta discapacidad se origina antes de los dieciocho años. La segunda se refiere a las limitaciones de las personas que presentan disfunciones temporales o permanentes de la mente para realizar una o más actividades cotidianas, sumado a los factores sociales negativos asociados a ella, como el estigma, la discriminación o la exclusión.

Ahora bien, se sabe que ejercer la maternidad es un derecho personalísimo de toda mujer, y las mujeres con discapacidad intelectual o psicosocial también gozan de este derecho. Pero hay que reparar en el hecho de que la responsabilidad parental no es un derecho absoluto, sino que admite excepciones, y más cuando hay intereses de niños en juego.

Actualmente, la ingeniería social y jurídica apunta a reconocer la situación de vulnerabilidad de ambos sujetos, no obstante, las prácticas y discursos discriminatorios que subyacen en este tipo de casos ponen en jaque el goce de sus derechos. Por ejemplo, *a priori* se piensa que estas madres nunca van a poder ofrecer los cuidados que necesitan sus hijos, por lo cual —dicen—, deben ser puestos en adopción. Esta es una mirada prejuiciosa. Una mirada que, sin embargo, es común verla en no pocos casos o situaciones.

El objetivo de este trabajo es dar a conocer las características de esta problemática. Para ello, se toman como referencia seis fallos de diversas instancias y jurisdicciones y se plasman brevemente los hechos: discapacidad de la madre, cantidad de hijos, lugar de residencia, contexto familiar y existencia o no de apoyos para que la madre ejerza la crianza de sus hijos, entre otros. Posteriormente, se hará un análisis de estos casos de manera integral según los estándares actuales aplicables en la materia. Por último, se traza una breve conclusión donde se hace hincapié en la oportunidad que tiene el sistema judicial y administrativo para romper con un círculo vicioso de larga data.

Antes de dar inicio con el desarrollo de las sentencias, para un adecuado entendimiento de ellas, se sobrevolarán primero ciertos puntos que están íntimamente relacionados entre sí. Se trata, por un lado, de los institutos jurídicos de la capacidad restringida, la responsabilidad parental y la adopción, y por el otro, el plexo normativo que ampara los derechos del niño y de la madre. Se iniciará con estos últimos, ya que son estos los sujetos de este trabajo.

## II. DERECHOS E INSTITUCIONES JURÍDICAS

### II.A. Derechos del niño

El sistema jurídico argentino le concede al menor de edad (persona que no ha cumplido dieciocho años) un estatus jurídico especial. Según la Convención de los Derechos del Niño, el menor de edad tiene derecho a que, en todo procedimiento en el que se pueda ver afectado, la decisión que se tome gire en torno a su interés superior (art. 3, párr. 1). Asimismo, tiene derecho a no ser separado de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria para su interés superior (art. 9, párr. 1).

La Ley Nro. 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en su artículo 3, entiende al interés superior como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías", y finaliza diciendo que "cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros". Esto último es lo que se conoce como el principio *favor minoris*.

Esta ley también prevé medidas de protección en caso de que se vean amenazados o violados sus derechos, bien sea por parte de sus progenitores, sus familiares, la sociedad o el Estado, por acción u omisión. En tal caso, el órgano administrativo con competencia local deberá velar por la protección integral de ellos. No obstante, deja en claro que "la falta de recursos materiales de los padres [...] sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia" (art. 33). Y es que según apunta la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH"), la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal. Es así como "debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél".<sup>3</sup>

Ahora bien, centrando el análisis en esta última cuestión, la ley antes citada ordena que, una vez comprobada la amenaza o violación de derechos, las medidas que se apliquen tendrán por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares, debiéndose

3. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 5 (resaltado propio).

brindar ayuda y apoyo con miras al mantenimiento de esos vínculos. Pero si los niños se hallan privados de su medio familiar o su superior interés exige que no permanezcan en ese medio, entonces se aplicarán medidas excepcionales (medidas de abrigo), que deberán ser limitadas en el tiempo y pueden ser prorrogadas mientras subsistan las causas que les dieron origen (arts. 34 a 40).

La aplicación de dichas medidas excepcionales debe guiarse según los criterios del artículo 41. Es decir, por un lado, la permanencia temporal de los menores de edad en ámbitos familiares alternativos (o sea, la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad). Por otro lado, solo en forma subsidiaria y por el más breve lapso posible, puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar el regreso de los niños a su medio familiar, a través de mecanismos rápidos y ágiles. Estas medidas deben estar fundadas y ser notificadas en un plazo no mayor a veinticuatro horas a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción, o la que corresponda al centro de vida de los niños.

Además, la ley otorga a los menores de edad ciertas garantías al enfrentar este tipo de procesos. En particular: a ser oído ante la autoridad competente; a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta; a ser asistido por un letrado; a participar activamente en todo el procedimiento; y a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte (art. 27).

Por último, téngase en cuenta que, a partir de la reforma constitucional del año 1994, los niños deben ser puestos en igualdad real de oportunidades a través de medidas de acción positiva que favorezcan el pleno goce y ejercicio de sus derechos humanos (art. 75 inc. 23 CN). Esto no es casual pues, sus derechos deben ser considerados criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.<sup>4</sup>

4. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 3.

## II.B. Derechos de las mujeres con discapacidad

El artículo anteriormente citado (art. 75 inc. 23 CN) también abarca a las mujeres con discapacidad. Sin embargo, la ley que las ampara por antonomasia es la Ley Nro. 26.378, que aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. A ello se suma la Ley Nro. 27.044, que le otorga jerarquía constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución.

Aunque si bien existen otros instrumentos jurídicos de capital importancia (nacionales e internacionales), el bloque normativo que mejor salvaguarda los derechos de las mujeres con discapacidad se basa en: la Convención propiamente dicha, la Ley Nro. 22.431 (Sistema Integral de los Discapacitados) y la Ley Nro. 24.901 (Sistema de Prestaciones Básicas e Integrales a favor de las Personas con Discapacidad).

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce particularmente derechos a las mujeres y a las niñas y niños con discapacidad (arts. 6 y 7, respectivamente). Pero a los fines de este trabajo, son dos los derechos que sobresalen: por un lado, el igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12), y por el otro, el respeto del hogar y de la familia (art. 23).

En cuanto al artículo 12, la Convención afirma que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica y capacidad jurídica en todas sus partes; esto es, en su capacidad de hecho y de derecho.<sup>5</sup> Para aquellas personas que se les dificulte ejercer su capacidad jurídica por sí mismas, el Estado está obligado a proveer apoyos que respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, asegurándose que no haya conflictos de intereses, que sean proporcionales y adaptados a las circunstancias de la persona y que estén sujetos a exámenes periódicos por parte de la autoridad competente.

Según apunta el Comité de la Convención, "apoyo" es un término amplio que engloba arreglos de distintos tipos e intensidades, por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones.<sup>6</sup> Ese tipo de decisiones, como

5. Comité CRDP, CRPD/C/GC/1, párr. 13.

6. Comité CRDP, CRPD/C/GC/1, párr. 17.



se verá más adelante, pueden y deben constituir una salvaguardia idónea para el ejercicio de la responsabilidad parental.

En cuanto al artículo 23, la Convención resalta el hecho de que los Estados deben tomar medidas efectivas para poner fin a la discriminación en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás. Asimismo, hace énfasis en que, en ningún caso, se separará a un niño de sus padres debido a una discapacidad de él, de ambos padres o de uno de ellos. En tales casos, los Estados deberán garantizar los derechos y obligaciones en lo que respecta a su custodia, prestándose asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de sus hijos.

Además, estipula que los Estados harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar. Naturalmente, también se hace referencia a que, en todos los casos se velará al máximo por el interés superior de los niños.

En cuanto a la normativa infra convencional, la Ley Nro. 22.431 establece un sistema de protección integral a favor de las personas con discapacidad, tendiente a asegurarles atención médica, educación, seguridad social, empleo, transporte, accesibilidad, entre otras. Según el artículo 3, para acceder a estas prestaciones solo hace falta solicitar el Certificado Único de Discapacidad (C.U.D).

Por su parte, la Ley Nro. 24.901 instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, las que deberán ser prestadas por las obras sociales, por las empresas de medicina prepaga o, en su defecto, por el Estado.<sup>7</sup> En el año 2009 fue modificada por la Ley Nro. 26.480, que incorpora la figura del asistente domiciliario (art. 39, inc. d). Esta figura es relevante a los fines de brindar apoyo a las tareas de maternaje que puedan necesitar las madres con discapacidad intelectual o psicosocial.

7. SEDA, *Discapacidad y derechos: impacto de la...*, pp. 57-59.

## **II.C. Restricción a la capacidad de ejercicio**

Es un instituto jurídico regulado por el Código Civil y Comercial (en adelante, "CCyC") (arts. 31 a 40). Básicamente, se trata de que el juez pueda restringir ciertos actos de una persona mayor de trece años que se vea afectada por una alteración mental de suficiente gravedad, siempre que estime que, del ejercicio de su plena capacidad, pueda resultar un daño para sí como para sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe especificar las funciones y actos que se limitan, y procurar que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Para ello debe designar a una o más personas en carácter de apoyo que velarán por las preferencias de la persona protegida.

Para este proceso es imprescindible, por un lado, una entrevista entre la persona a proteger, el o los apoyos y el juez, así como con el Ministerio Público y, por otro lado, un abordaje interdisciplinario. La sentencia deberá ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. No se trata de una sentencia definitiva ni mucho menos, pues a los tres años de dictada, el juez debe hacer una revisión en los mismos términos. En caso de que el juez no lo haga de oficio, el Ministerio Público está obligado a instarlo.

Sin embargo, es común que se reprochen estas sentencias por no realizarse bajo un enfoque interdisciplinario sino solo psicológico y jurídico; por no establecerse un régimen de protección personalizado y que favorezca la mayor autonomía posible; por restringir actos de manera discrecional (sin estar fundados en los dictámenes socioambientales),<sup>8</sup> entre otros. Lo cierto es que las funciones y actos que se limitan a mujeres con discapacidad intelectual o psicosocial son aquellos inherentes a la persona, a saber, actos que cambien su estado civil, como el reconocimiento de hijos, las obligaciones alimentarias o el ejercicio de la responsabilidad parental.

## **II.D. Responsabilidad parental**

La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección especial, desarrollo y formación integral mientras sea menor

8. Cámara Civil y Comercial de Gualeguaychú, Sala I, "I. A. F. R. S", considerando III.

de edad (art. 638 CCyC). Se rige por los principios del interés superior del niño y de la autonomía progresiva, y por su derecho a ser oído (art. 639 CCyC). Los progenitores tienen el derecho y la obligación de cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo conforme a su condición y fortuna (arts. 646 y 658 CCyC).

Los progenitores pueden ser privados o suspendidos de la responsabilidad parental. En ambos casos se trata de causales objetivas. Las más comunes que se invocan para separar a las madres con discapacidad intelectual o psicosocial de sus hijos son el abandono del hijo (dejarlo en un estado total de desprotección) o la puesta en peligro de la seguridad o la salud física o psíquica del hijo (art. 700, incs. b y c, respectivamente). Estas causales deben ser objeto de prueba, acreditación y valoración en cada caso particular, pues tratándose de una privación que afecta al hijo, es imprescindible que se constate la existencia de un perjuicio real o eventual, pues no se trata de meras especulaciones.<sup>9</sup>

Debe tenerse en cuenta que no cualquier disfunción o incumplimiento del ejercicio de esta importa una declaración de abandono. Esta se configura en situaciones en que los progenitores no cumplen con las obligaciones básicas: alimentos, educación, salud, afecto, etcétera. En cuanto a poner la integridad psicofísica del niño en peligro, esta debe ser grave. Esto no quiere decir que tales conductas deban ser reiteradas y voluntarias, sino que por su envergadura requieran que el niño sea separado del adulto que las efectuó o que por su omisión las procure.<sup>10</sup>

El CCyC estipula que, si uno de los progenitores es privado de la responsabilidad parental, el otro continúa ejerciéndola. En su defecto, se procede a iniciar los procesos correspondientes a la tutela o adopción, según el interés superior del niño (art. 703 CCyC).

## II.E. Adopción

La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estas no puedan ser proporcionadas por su

9. PELLEGRINI, "Comentario al Artículo 700", p. 538.

10. Cámara Civil y Comercial de Azul, "S.A.X.C.I.", considerando IV.

familia de origen (art. 594 CCyC). Se rige por los principios y supuestos que marca la Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Incluyen, entre otros, el respeto por el derecho a su identidad, la preservación de los vínculos fraternos y el derecho a conocer sus orígenes; y es obligatorio que se requiera su consentimiento a partir de los diez años (art. 595 CCyC).

La declaración de la situación de adoptabilidad se formaliza con la sentencia que da por agotadas las acciones tendientes a la permanencia del niño en la familia de origen y ante un desamparo acreditado que se dilucidó con las garantías procesales para todos los intervinientes.<sup>11</sup> Es menester apuntar que la decisión que tome el organismo administrativo no excederse del plazo de ciento ochenta días. Luego, como ya se dijo, debe comunicarse la decisión al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas, y este deberá resolver en un plazo máximo de noventa días (art. 607 CCyC).

Por último, recuérdese que el CCyC reconoce tres tipos de adopción, no obstante, a los fines de este trabajo, solo se tendrá en cuenta la adopción plena y simple. La primera confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen. La segunda confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes (art. 620 CCyC). Sin embargo, jurisprudencialmente se han dado casos donde se configura un triángulo adoptivo, es decir, una relación entre los padres biológicos, los adoptivos y el adoptado.<sup>12</sup>

### III. SENTENCIAS SOBRE EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL DE MUJERES CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL O PSICOSOCIAL

#### III.A. Suprema Corte de Buenos Aires, "G., A.M. s/ Insania y curatela", 04/11/2015

La presente causa se inicia a partir de la medida de abrigo dispuesta por el organismo de protección de derechos de los niños de la localidad de Quilmes, Buenos Aires, respecto de las niñas R y M el 26/07/2010.

11. GONZÁLEZ DE VICEL, "Comentario al artículo 621", p. 429.

12. CSJN, "S., C." s/ ADOPCIÓN.

Asimismo, el 31/08/2010 se dicta otra medida de abrigo del niño J (de cinco meses de edad). Ello en virtud de que la progenitora, la Sra. G, poseía un "retraso mental moderado y epilepsia" que le impedían responsabilizarse adecuadamente de sus hijos. La medida excepcional dispuso el traslado de los niños a un hogar. Allí se constató que J es hijo de la Sra. G y de su propio padre, quien habría abusado de ella en forma reiterada, al igual que se corroboraron conductas nocivas por parte de la madre de G hacia a ella y sus hijos.

El 20/10/2010 el Tribunal de Familia declaró la legalidad de ambas medidas. La madre, con patrocinio de la Defensoría Oficial, reclamó la revinculación y restitución de los niños. Se llevaron a cabo tres intentos de vinculación en los meses de enero y febrero de 2011. Allí el equipo técnico del hogar señaló que la revinculación resultaría positiva. A raíz de ello, la jueza interviniente estableció un régimen de visitas a efectuarse en el hogar. La Asesoría de Incapaces (representante de los niños) se opuso alegando que la patología de la progenitora le impediría responsabilizarse adecuadamente de sus hijos, sumado a que su contexto familiar es altamente nocivo.

A fecha de 18/09/2011, se agregó el dictamen interdisciplinario realizado respecto de la capacidad de la Sra. G (según el Código Civil entonces vigente), indicándose que la misma no puede contraer matrimonio ni ejercer la patria potestad respecto de sus hijos. Se designó como apoyo un curador oficial. Inmediatamente después, el Tribunal dictó sentencia declarando el estado de abandono y adoptabilidad de los niños J, M y R, y orientó los procesos hacia una adopción simple. La Sra. G interpuso recurso de reconsideración, modificándose tan solo lo atinente a la imposibilidad de contraer matrimonio. Frente a esta decisión y la que declara el estado de adoptabilidad de los niños, interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que alegó que la sentencia en crisis vulnera su derecho a ejercer la patria potestad respecto de sus hijos, dentro de las posibilidades actuales y reales, con debida asistencia y apoyo.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires decide tratar conjuntamente las causas y emitir un solo fallo. Por mayoría, resuelve confirmar la sentencia.

### **III.B. Cámara Civil y Comercial de Gualeguaychú, Sala I, "Z., E. C y otras s/ Guarda con fines de adopción", 06/11/2015**

Esta causa se inicia por una medida cautelar promovida por la Defensora de Menores e Incapaces el 14/11/2012, a partir de informes de varios organismos con competencia en materia de menores de edad de la Municipalidad de Galarza, Entre Ríos, que indicaban episodios de violencia entre los progenitores Sr. Z y Sra. N —quien padecía problemas psiquiátricos sin tratar—, así como el descuido de las niñas E, C y G, el incumplimiento de horarios en el establecimiento escolar y la falta de higiene y de controles médicos, especialmente en G, quien requería atención especial.

Pero fundamentalmente la solicitud cautelar se debió a una denuncia penal realizada por la madrina de C —quien entonces tenía tres años— que indicaba que el padre de aquella le había quebrado un brazo de una patada. A partir de ello, el Ministerio Pupilar toma la medida excepcional de separar a las tres niñas de su núcleo familiar y las traslada a una residencia socioeducativa el 03/01/2013. El respectivo control de legalidad de la medida de protección excepcional se llevó a cabo el 19/02/2013 donde a través de varios informes de profesionales se ideó un plan para desarrollar durante la medida, la cual incluyó fortalecer la vinculación con su progenitora y garantizarles a las niñas el contacto con sus hermanos (en total eran cinco hermanos más, todos ellos también habían atravesado medidas excepcionales). Este plan se prorrogó en dos ocasiones.

En el Juzgado de Familia se realizaron más informes forenses donde además de confirmarse las lesiones graves de parte del progenitor hacia su hija G, se corroboró, a través de una cámara Gesell, que también había sido abusada sexualmente. Z había sido imputado, pero se quitó la vida antes de llevarse a cabo la audiencia en sede penal. Esto provocó que la situación de adoptabilidad de G corriera por separado. Ya en el año 2014, la directora de la residencia donde se hallaban las otras niñas (E y C) solicitó que se modificara el plan, pues la comunicación con la madre generaba gran inestabilidad emocional en ellas. A raíz de ello, se dieron por concluidas las medidas excepcionales tendientes al fortalecimiento de los vínculos familiares (tras dos años y siete meses) y se declaró el estado de preadopción de las niñas.

La madre apela la decisión alegando que las medidas tomadas no han logrado atender el desamparo económico y social en el que se encuentra sumida la familia. La Cámara confirma la decisión. En el mismo sentido,

el asesor legal del organismo de protección y el Ministerio Pupilar, concuerdan en que en el caso se agotaron las posibilidades de que las niñas sean reintegradas a su núcleo de origen, lo cual resultaría contrario al principio del interés superior del niño, ya que se constató el evidente estado de desamparo en el que la progenitora colocó a sus hijas por omisión de sus obligaciones parentales.

### **III.C. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "I., J. M. s/ Protección especial", 07/06/2016**

Esta causa se inicia a partir del informe socioambiental, producido en mayo de 2012, sobre el proceso de restricción de la capacidad de M, hermana de C. Allí la trabajadora social además de evaluar el entorno de M logró constatar la "grave situación de vulnerabilidad" en que se encontraba J, hijo recién nacido de la Sra. C. A raíz de ello, el Ministerio Pupilar inició una medida de protección especial que motivó que el niño fuera trasladado a un hogar de menores en la Ciudad de Buenos Aires, en el que permaneció desde el 06/07/2012 hasta la sanción de la presente sentencia, es decir, cuatro años.

La Sra. C, al igual que sus dos hermanos, presenta un "retraso mental de carácter moderado", pero no tiene su capacidad jurídica restringida. Concorre a una escuela de educación especial. Los directores de esta institución, aún antes de nacido J, apuntaban sobre la necesidad de que madre e hijo se alojaran juntos. Frente a dicha insistencia, se requirió al Hospital Moyano que se estudiara si ella podía ejercer su capacidad maternal en forma independiente, a lo que la junta evaluadora informó que C "se encuentra en condiciones de convivir y realizar el cuidado de su hijo, bajo control y supervisión periódica". La jueza interviniente del control de legalidad de la medida excepcional instó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a que proveyera un cupo en una institución para tal fin, a lo que se contestó que en la Ciudad no existen dispositivos adecuados para ese requerimiento. No obstante, se dispuso una adaptación en un hogar, sin perjuicio de que esta estrategia fracasó.

Asimismo, las visitas que realizaba la Sra. C a su hijo se vieron limitadas a causa de la precariedad económica, la distancia entre su domicilio y el hogar, la falta de apoyo, su propia deficiencia e inconvenientes en su salud (estuvo internada a causa del nacimiento de su segundo hijo). Con todo ello, la jueza intimó a la progenitora a que, en un plazo de cinco días,

presentara cuál era su proyecto de vida para con el menor y, ante su silencio, decretó el estado de abandono y adoptabilidad del niño. C, a través de la institución del gestor procesal, presentó recurso de nulidad de lo así decidido por carecerse de defensa letrada. De igual manera, se interpuso recurso de apelación en tanto la decisión priva al niño de su derecho a ser criado por su madre biológica, en el seno de su familia. También alega que desde las presentes actuaciones se han utilizado conceptos estigmatizantes en relación con la posibilidad del ejercicio de su maternidad por causa de su discapacidad, pues nunca se demostró su incapacidad en la crianza de su hijo, sino que C fue separada de él pocos días después de dar a luz.

La Alzada confirmó la resolución, mas dejó a salvo la posibilidad de que existan contactos entre madre e hijo y los pretensos adoptantes (relación triangular). Contra ese pronunciamiento, C interpuso un recurso extraordinario federal, cuya denegación motivó un recurso de hecho. La Corte Suprema se remitió a los fundamentos de la Procura Fiscal subrogante, la cual opinó que correspondía hacer lugar a la queja, admitir el recurso, revocar la sentencia y disponer el reintegro de J con su madre.

### **III.D. Cámara Civil y Comercial de Gualeguaychú, Sala I, “A. J. y A. J. G. s/ Declaración de estado de abandono y guarda para futura adopción”, 10/11/2016**

La presente causa se inicia a partir de la denuncia telefónica realizada por la vecina de la Sra. A el 08/12/2014 por motivos de “violencia familiar”. Informó que se escuchaban gritos en el domicilio de A. Allí, en la localidad de Gualeguay, Entre Ríos, vivía A —quien padece un trastorno esquizoide sin tratamiento— con su hijo JN, de un año y medio (aunque recientemente había dado a luz a JG, quien estaba al cuidado de una vecina). Una vez presente el personal policial, logró constatar el llanto desahogado del niño y los incongruentes gritos de la Sra. A.

Con pie en tales circunstancias, el Ministerio Público dispuso medidas de protección el 10/12/2014. La psicóloga del organismo informó sobre la “situación de vulneración de derechos y abandono de los niños”. Asimismo, destaca que la madre no cuenta con una red de contención familiar ni económica, se desconoce la existencia de familia ampliada y que la Sra. A se niega a revelar la identidad del progenitor. También tuvo en cuenta el antecedente de sus otras dos hijas, quienes atravesaron procesos de institucionalización y posterior adopción.



Sobre esa base, se efectúa el control de legalidad de la medida excepcional el 12/01/2015, y el 20/01/2015 el juez obrante ordena el traslado de los niños a una residencia socioeducativa en el Municipio de Paraná. Paralelamente, decreta la prohibición de acercamiento entre la Sra. A y sus hijos JG y JN por cualquier medio. Las medidas son prorrogadas en dos ocasiones hasta que el equipo técnico de la residencia informa sobre la necesidad de acortar la estadía de los niños y brindar la posibilidad de que convivan en una familia que garantice su desarrollo. A todo ello, la Sra. A continuaba pidiendo que se levantara la medida de restricción y se dispusiera un régimen de visitas, lo cual nunca fue resuelto.

Finalmente, el 10/10/2015, el juez de la causa decreta el estado de adoptabilidad de los niños. La Sra. A interpone recurso de apelación calificando de arbitraria la decisión y alegando subsidiariamente la nulidad de lo así decidido por considerar que nunca se intentó siquiera la revinculación, y peor aún, todo a partir de denuncias no confirmadas que solo estaban sostenidas en el antecedente de sus otras hijas.

La Cámara rechaza el recurso y confirma la sentencia. En el mismo sentido se expresó la Defensora Pública y el Tutor Especial (ambos en representación de los niños). La Defensora sostuvo que la ausencia de recursos posibilitadores de acompañar a la progenitora en el ejercicio de su maternidad tornaba aconsejable lo decidido. El Tutor opinó igual, mas resaltó que la medida excepcional pudo haberse cumplido en un lugar más cercano a la residencia de la madre, con un menor impacto para ella, y que también debieron estudiarse estrategias de acercamiento y revinculación como fue pedido. También la Cámara sostuvo que la mirada protectora aquí desplegada fue incompleta o sesgada desde el punto de vista convencional. Es así como afirma que es hasta un contrasentido haber prohibido el acercamiento y luego reprochar la inexistencia de intentos de contacto con sus hijos. Asimismo, apunta que se tuvo una mirada inspirada en los derechos humanos del niño, pero no en los de la madre.

### **III.E. Cámara Civil y Comercial de Salta, Sala IV, "R., M. L. s/ Protección de personas", 30/01/2017**

Esta causa se inicia el 21/05/2004 a instancias de la Defensoría de Incapaces Nro. 4 de Salta, con el fin de preservar la integridad psicofísica de M (de entonces un año), quien se encontraba sola en su domicilio junto con su hermano C (de entonces once años), ya que la madre, la Sra. R, que padece

psicosis crónica, esquizofrenia paranoide y adicción al alcohol había sido internada por un cuadro de asma, sin que nadie se hiciera cargo de ellos, por lo que se dispuso la internación provisoria de ambos en un hogar de dicha ciudad.

Luego, el 03/06/2004, una vez dada de alta, la Sra. R se presentó ante el juzgado solicitando que los niños vuelvan con ella. Se le informó que primero debía iniciar un tratamiento contra su adicción, a lo cual accedió. Con fecha 12/07/2004, se presentó un matrimonio vecino de la Sra. R dispuesto a ayudarla con la crianza de sus hijos, al poder los niños permanecer con ellos durante el día. Posteriormente, en un informe socioambiental de fecha 19/07/2011, se detalla la violencia física y psicológica a la cual estaba expuesta la niña, quien se exacerbaba cuando su progenitora estaba alcoholizada y, en virtud de lo cual se ausentaba regularmente del colegio y no era alimentada adecuadamente. A raíz de todo esto, M se acostumbró a estar en la calle: deambulaba sola de noche, sin límites y sin obedecer a nadie.

En consecuencia, el 08/05/2012 se dispuso otorgar la guarda judicial de M, previo a haber fracasado la búsqueda de referentes en la familia de origen, en un hogar para menores. Allí la Sra. R rara vez la visitaba. Innumerables informes dan cuenta de la infructuosa revinculación. M expresó que no quiere ver más a su progenitora y, en cambio, quiere ser adoptada por una familia que tenga una hermana de su edad para jugar. Atento a ello, el *a quo* decretó el estado de adoptabilidad de M e inició la búsqueda de pretensos adoptantes que se adecuen a las características de M. La representante del Ministerio Público (en favor de la Sra. R) interpuso recurso de apelación alegando que no se ponderaron ni pruebas ni normas que apunten a mantener el vínculo madre-hija.

La Alzada confirmó la sentencia y rechazó el recurso. Sostuvo que, en el caso, se han agotado todas las medidas tendientes para la revinculación familiar sin que dieran resultados positivos. Apuntó que se ha procurado con excesivo celo la revinculación de la niña con su madre biológica, sin que esta sea posible. No se trataba solamente de la discapacidad de la madre, sino también de su alcoholismo y de su conducta violenta, las cuales no han sido superadas en más de una década.

### **III.F. Suprema Corte de Buenos Aires, "G., S. B y OT s/ Guarda de personas", 10/05/2017**

En la presente causa no se expresan de manera asidua los hechos ni su contexto. Se sabe que el Sr. P y la Sra. L, ambos progenitores con

discapacidad psicosocial, aunque sin especificar, bajo supuestas conductas abandonicas respecto de sus hijas M y S, fueron privados de su responsabilidad parental por un Juzgado de Familia de la Localidad de Dolores, Buenos Aires. La guarda integral de las niñas fue conjuntamente otorgada a una de las hermanas de la Sra. L y a la Sra. AL, y será esta última quien debe ejercer el sostén, apoyo y guía de la joven BB. Contra dicha decisión, la progenitora de las niñas interpuso recurso de apelación, que fue rechazado por la Alzada y confirmó la sentencia del *a quo*. Por tanto, la madre interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por mayoría, rechazó el recurso y confirmó la sentencia. Sostuvo que, de las constancias de la causa, se evidencia la presencia de obstáculos insalvables para la restitución. Por su parte, el magistrado Lázzari remarcó que en el caso se han evidenciado errores. Uno de ellos tiene que ver con el encuadrado por el equipo técnico del organismo de protección que calificó a ambos padres de "familia anómala; ambos discapacitados mentales". El sentenciante opinó que ello denota la presencia de calificativos que producen prejuicios y que conllevan a la exclusión y desventaja social, de tal manera que se juzga sobre la base de un modelo de familia normal.

#### IV. REFLEXIONES SOBRE LOS ESTÁNDARES DE APLICACIÓN

En la presente sección se hace un desarrollo integral sobre los estándares que se aplican y los que debieran aplicarse en la materia.

Es oportuno recordar que el CCyC deja en cabeza de ambos progenitores el ejercicio de la responsabilidad parental respecto de los hijos, aunque según se pudo ver, los menores de edad no suelen contar con reconocimiento filial paterno, por lo cual aquella queda en cabeza estas madres. Madres que presentan dificultades para una adecuada maternidad; esto es, brindar bienestar al niño, inclusive sus necesidades materiales, físicas, educativas, culturales, espirituales y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto, seguridad, pertenencia, estabilidad y protección.<sup>13</sup>

Claro está que la monomarentalidad es un fenómeno común en las sociedades contemporáneas, pero que no debe ser juzgada bajo conceptos

13. SCBA, "M., S.A.", voto del juez Pettigiani, cons. 1, párr. 8.

tradicionales de familia, mucho menos para justificar una eventual separación, pues la restricción de un derecho en este contexto exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, ya que se invierte, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio.<sup>14</sup>

De igual manera vale resaltar que la ausencia de recursos socioeconómicos no es razón suficiente para separar a un niño de su núcleo familiar. Se había dicho que, si los progenitores no pueden hacerse cargo de los hijos que trajeron al mundo, el Estado debe buscar e individualizar miembros de la familia ampliada a fin de que permanezca con ellos, si esto redundaría en su mayor interés. No obstante, en los casos previamente citados, se puede observar claramente las limitaciones a este respecto. Lo que pone en jaque a estas madres.

Este no es un punto menor, ya que en varios de los casos se justifica la separación en función de que, para que exista un cambio real en las condiciones personales y materiales de la madre, la implementación de las medidas de apoyo requiere de tiempo, y justamente es el paso del tiempo, sin que haya resultados positivos, lo que motiva la separación. Aparentemente, esta es la razón determinante que justifica la separación.

Ante estas circunstancias es obvio que el Estado debe tomar medidas de acción positiva para que estas madres puedan vivir con sus hijos, si así lo desean.<sup>15</sup> Es por ello por lo que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad da la herramienta para salir de ese jaque: los ajustes razonables.

“Por ‘ajustes razonables’ se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.<sup>16</sup>

14. Corte IDH, “Caso Atala Riffo y niñas”, párr. 124.

15. Comité DESC, E/1995/22, párr. 30.

16. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 13/12/2006, art. 2, párr. 4.

Un ajuste razonable se aplica a cada caso en particular. Por lo cual es fundamental que lo solicitado en concepto de ajuste razonable verdaderamente lo sea. Esto implica tener en cuenta los siguientes factores, a saber: qué grado de apoyo requiere la madre para las tareas de maternaje; si cuenta o no con referentes familiares o afectivos con vivienda, trabajo o subsidios adecuados; qué expectativas tiene de la crianza de sus hijos; y si sus limitaciones personales no implican un perjuicio para ellos.

Estar preparada para responder a estas cuestiones implicará que el juez, en un proceso de restricción a la capacidad o de suspensión de la responsabilidad parental, desplegará una batería de acciones para que se respete su derecho a la maternidad. Por ejemplo, podrá —como ya se dijo—, intimar a la prestataria de salud a fin de que designe un asistente domiciliario que le preste apoyo a los quehaceres del maternaje, que se le brinden servicios de salud mental o asignaciones estatales en materia económica o habitacional, y defensa pública, entre otros.

Cabe reparar en estas acciones, pues en la práctica representan una falencia. En primer lugar, la ley que incorpora la figura del asistente domiciliario no se encuentra reglamentada, motivo por el cual las obras sociales y las empresas de medicina prepaga se suelen negar a proveerlo. Asimismo, los servicios ofrecidos en materia de salud mental, económica o habitacional son precarios y, además, las madres y sus familias suelen desconocer dichas prestaciones. Y lo que es más grave aún, la defensa que se supone debe propiciar el Ministerio Público es casi nula. Todo esto se puede ver en el caso de la Sra. A, a quien nunca se le brindó ningún tipo de contención y hasta se le prohibió acercarse a sus hijos.

Por otro lado, si el ajuste no resulta razonable, es decir, si no se hace un estudio detallado y sincero, se correrá el riesgo de que los niños, que son el eje de todo proceso, se vean marcados negativamente.

Lo anterior no quiere decir que ante cualquier limitación o descompensación de la madre se justifique la separación. Pero es obvio que los niños no pueden depender enteramente de las promesas de su progenitora de cambiar o mantener un tratamiento. No obstante, esta no es la causa del problema sino la consecuencia: el abandono estatal.

Ante este escenario es indudable que resulta aplicable el principio *favor minoris*. Pero ¿dónde queda el favor que le cabe a estas madres? ¿En la discrecionalidad de los profesionales o jueces? Si esto es así, es de reiterar, ciertamente, que la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia queda totalmente desvirtuada si estos se limitan a decidir

problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias que la ley les manda concretamente a valorar.<sup>17</sup>

Esto aplica para el caso de la Sra. L, quien fue valorada como "madre anómala". Dicha nominación es fiel reflejo de una ideología: la de la normalidad. Claro que esta valoración no es la regla sino la excepción. Pero pareciera entonces que las excepciones son la regla, pues, en el caso de la Sra. R, no hubo una separación en ciento ochenta días sino tras más de una década ¿Acaso los estándares de la materia varían entre estas posturas antagónicas?

No debiera ser así puesto que en materia de menores de edad cada caso es único. El principio de la realidad debe ajustarse a las circunstancias especiales de cada caso en particular. Acá el rol de los operadores jurídicos siempre debe ser activo; esto es, dejar de lado los rigorismos formales, y evaluar y determinar el interés superior del niño, haciendo una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en la vida del niño.<sup>18</sup>

Además, vale resaltar que el tiempo es un factor de capital importancia: no debe extenderse irrazonablemente sino más bien, debe ser manejado con una diligencia y celeridad excepcional.<sup>19</sup> Mas esto no implica obnubilarse y no reconocer otros factores transversales, como la discriminación estructural.

Pocos magistrados, en los casos analizados, repararon en este punto; es decir, en una perspectiva de género. Es paradigmático el caso de la Sra. G, quien fue violada por su padre —con quien tuvo un hijo—, a quien denunció pidiendo la separación —que nunca ocurrió—, lo que agravó aún más su dependencia física, económica y simbólica. Debiendo hacerse malabares para evitar lo que la moral y la ley no permiten: lazos sanguíneos en una doble condición, o sea, de padre y abuelo, y de madre y hermana.

Los jueces están llamados a ser agentes de cambio. No serlo, es decir, no implementar ajustes razonables, implica discriminar<sup>20</sup> o, mejor dicho, perpetuar violencia institucional,<sup>21</sup> tal cual lo vivió la Sra. N, a quien por la ausencia de apoyo se la separó de sus ocho hijos.

17. CSJN, "G., M.G.", considerando 5, párr. 3.

18. Comité CDN, CRC/C/GC/14, párr. 6, inc. c).

19. Corte IDH, "Caso Fornerón e hija", párr. 51.

20. Comité CRDP, CRPD/C/GC/6, párr. 18, inc. c.

21. SCBA, "G., A.M.", voto del juez Lázzari, cons. d, párr. 23.

Es por ello por lo que es pertinente resaltar la tarea que cabe a los jueces en estos casos según el criterio actual de nuestro máximo tribunal: el caso de la Sra. C. Por un lado, que el instituto de la adopción procederá donde se compruebe que la permanencia con la familia de sangre implica un agravio al mejor interés del niño. Y por el otro, que el Estado no está habilitado para acudir a ese mecanismo sin haber intentado efectivamente la prestación de servicios de apoyo y ajustes adecuados a las características del problema.<sup>22</sup>

La pauta anterior hace hincapié en la realización de ajustes razonables, sin embargo, realizar esta operación en torno a aquellas madres alojadas en establecimiento de salud mental, es prácticamente imposible. No debe pensarse que los estándares sean distintos, sino solo que allí tampoco están dadas las condiciones para la maternidad.<sup>23</sup>

## V. CONCLUSIONES

En el desarrollo del presente trabajo se expresan las cuestiones principales que engloban la responsabilidad parental de mujeres con discapacidad intelectual o psicosocial en nuestro país. Se hizo hincapié en los procesos judiciales que suelen atravesar ellas y sus hijos, y la normativa aplicable en dichos casos. Para una mejor comprensión del tema se reprodujeron seis sentencias en donde se puede observar que aún hoy los tribunales en materia de familia presentan una mirada convencional. De lo anterior se concluye que, si bien el Estado argentino tiene normativa vanguardista, sus prácticas son, a todas luces, una barrera que restringe el goce del derecho a vivir en familia, en igualdad de condiciones que las demás.

Aunque el eje en estos casos es el interés superior del niño, en no pocos casos se invoca este principio justamente como subterfugio para separar a la madre biológica de sus hijos sin una debida fundamentación<sup>24</sup> y, más grave aún, sin haber desplegado ajustes razonables. Se reprocha el abandono de estas madres respecto de sus hijos sin reparar antes en la extrema situación de vulnerabilidad en que se encuentran.

22. Procuración General de la Nación, "I. J. M.", dictamen, punto V, párr. 25.

23. Órgano de Revisión de Salud Mental de la Nación, Resolución Nro. 03/2019.

24. MOLINA & VALENTE, "Maternidad y discapacidad mental", p. 182.

Lo anterior deja en evidencia el jaque social en el que se encuentran estas madres. Pero es un jaque que puede ser sorteado si el Estado, desde el primer momento, o sea, el embarazo, ofrece medidas idóneas como, por ejemplo, educación sexual integral, subsidios por maternidad o un asistente domiciliario, las cuales existen en las leyes, pero no se efectivizan.

A esto también hay que agregar la discriminación estructural, pues esta aqueja particularmente a las mujeres con discapacidad, sobre todo a aquellas con deficiencias mentales o del desarrollo.<sup>25</sup> Los estereotipos instalados a nivel sociocultural desgarran la vida de estas mujeres. Socialmente se piensa que no deberían tener hijos ni siquiera relaciones sexuales; que, si no pueden cuidarse a sí mismas, mucho menos a otros; que son una carga para su familia y la sociedad; que, si no se entiende lo que dicen mucho menos lo que denuncian.<sup>26</sup>

Así, tener hijos y criarlos siendo una mujer con discapacidad intelectual o psicosocial, es casi luchar contra la corriente: una lucha aún más cruel si se está en contextos de encierro. Todo esto es discriminación, pero, sobre todo, violencia moral y hábitos sociales que reproducen, de generación en generación, los estatus relativos de las categorías sociales subordinadas.<sup>27</sup>

Juzgar omitiendo analizar esta cadena que pesa sobre estas mujeres es juzgar parcialmente. Cada caso es único y los jueces están llamados a resolverlo. A tal efecto, deberán arbitrar los medios necesarios para que madre e hijos gocen del derecho a vivir en familia, con apoyos y sin injerencias arbitrarias, según los estándares nacionales e internacionales, tal cual indica la jurisprudencia actual de la Corte Suprema.

Por último, reitero que la visión jurídica en estos casos debiera ser menos formal y más pragmática, de manera que fuera por sobre todo respetuosa de ambos bienes jurídicos, pero que a la vez sea dinámica, creativa y ecléctica. El punto de inflexión es el interés superior del niño, naturalmente, pero es falaz suponer que el interés del niño es contrario al de la madre; es más, ambos son sujetos en situación de vulnerabilidad y, por ende, son titulares de una protección especial.<sup>28</sup> Es esta la mirada que debe regir y no el uso indiscriminado del principio del mayor interés del niño como válvula de escape, sin que haya una debida fundamentación.

25. Comité CRDP, CRDP/C/GC/3, párr. 17.

26. INADI, *Sexualidad sin barreras: derechos sexuales y...*

27. SEGATO, *Las estructuras elementales de la violencia*, p. 107.

28. Corte IDH, "Caso Ximenes Lopes", párr. 103.



## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, "S.A.X.C.I. s/ guarda de personas", 04/10/2012.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Gualguayachú, Sala I, "Z., E. C y otras s/ guarda con fines de adopción", 06/11/2015.
- , "I. A. F. R. s/ declaración de incapacidad", 31/03/2016.
- , "A. J. y A. J. G. s/ declaración de estado de abandono y guarda para futura adopción", 10/11/2016.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, Sala IV, "R., M. L. s/ protección de personas", 30/01/2017.
- Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/14, Observación General nro. 14, El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 29/05/2013.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/1995/22, Observación General nro. 5, Las personas con discapacidad, 09/12/1994.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/GC/1, Comentario General nro. 1, Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, 19/05/2014.
- , CRPD/C/GC/3, Comentario General nro. 3, Las mujeres y las niñas con discapacidad, 25/11/2016.
- , CRPD/C/GC/6, Comentario General nro. 6, La igualdad y la no discriminación, 26/04/2018.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 13/12/2006, Nueva York, Estados Unidos, e.v. 03/05/2008, *UNTS 2515:3*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile", Fondo, Reparaciones y Costas, 24/02/2012.
- , "Caso Fornerón e hija Vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, 27/04/2012, Serie C nro. 242.
- , "Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil", Fondo, 04/07/2006, Serie C nro. 149.
- , Opinión Consultiva OC-17/02, Condición jurídica y derechos humanos del niño, 28/08/2002, Serie A nro. 17.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, "G., M.G s/ protección de persona", 16/09/2008, *Fallos: 331:2047*.
- , "S., C. s/ adopción", 02/08/2005, *Fallos: 328:2870*.
- GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela, "Comentario al Artículo 621", en CARAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián & HERRERA, Marisa (dirs.), *Código*

- Civil y Comercial de la Nación comentado*, Infojus, 2015, Ciudad de Buenos Aires.
- Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo, *Sexualidad sin barreras: derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad*, 2015, Ciudad de Buenos Aires.
- MOLINA, María & VALENTE, Soledad, "Maternidad y discapacidad mental", en *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, Vol. 2, Nro. 2, 2018, pp. 169-184.
- Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial, *Resumen del informe mundial sobre discapacidad*, 2011, Ginebra.
- Órgano de Revisión de Salud Mental de la Nación, "Derechos sexuales y reproductivos. Derecho al maternaje de las mujeres y otras personas gestantes con discapacidad mental alojadas en establecimientos de salud mental", Resolución nro. 03/2019, 11/10/2019.
- PELLEGRINI, María, "Comentario al Artículo 700", en CARAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián & HERRERA, Marisa (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Infojus, 2015, Ciudad de Buenos Aires.
- SEDA, Juan, *Discapacidad y derechos: impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Jusbaire, 2017, Ciudad de Buenos Aires.
- SEGATO, Rita, *Las estructuras elementales de la violencia*, Universidad Nacional de Quilmes, 2003, Buenos Aires.
- Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, "G., A.M. s/ insania y curatela", 04/11/2015.
- , "M., S.A. s/ guarda", 16/03/2016.

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



## EL ARBITRAJE DEL MAR DE CHINA MERIDIONAL: JURISDICCIÓN E IMPLICANCIAS\*

MARÍA AZUL GIMÉNEZ LOSANO\*\*

**Resumen:** El Mar de China Meridional no está exento de tormentas jurídicas. Es así que China reclama para sí derechos históricos sobre ciertas islas y otros elementos marinos, mientras que Filipinas contesta que el reclamo es incompatible con las obligaciones internacionales asumidas por la potencia asiática. Este conflicto desembocó en el “Arbitraje del Mar de China Meridional”, iniciado por Filipinas en el marco del Anexo VII de la Convemar, que regula el procedimiento arbitral aplicable al conflicto. Sin embargo, China rechazó comparecer ante el tribunal arbitral argumentando que este carecía de competencia para pronunciarse en la materia. La presente investigación pretende abordar los problemas de jurisdicción emergentes de este laudo. Para ello, las complejidades del tema abordado en este ensayo motivan analizar la jurisdicción del tribunal arbitral constituido para entender en el caso y, en consiguiente, las consecuencias que el laudo produjo para China. A tales efectos, se desarrollará el marco teórico aplicable de la Convemar y de la Corte Permanente de Arbitraje para comprender las pretensiones de Filipinas, las posibles limitaciones a la jurisdicción del tribunal y las implicancias de la rebeldía procesal de China. Más aún, esta tormenta provocó importantes interrogantes en el ámbito jurídico y geopolítico, y reflejó cómo el examen de jurisdicción varía en las decisiones recientes para la resolución de disputas. A partir de todo lo expuesto, se concluirá que el tribunal arbitral para el “Arbitraje del Mar de China Meridional” era competente.

\* Recepción del original: 13/03/2021. Aceptación: 29/05/2021.

\*\* Estudiante de Abogacía (UBA). Este trabajo de investigación fue realizado en el marco del curso “Sujetos y Jurisdicciones” a cargo de la profesora Natalia Luterstein, a quien agradezco.

**Palabras clave:** mar de china meridional — arbitraje — jurisdicción — con-veniar — china

**Abstract:** The South China Sea is not exempt from legal storms. China claims historical rights over its islands and other marine features, while the Philippines counters that the claim is incompatible with the UNCLOS. This dispute led to the “South China Sea Arbitration”, initiated by the Philippines under Annex VII of the UNCLOS. However, China refused to appear before the arbitral tribunal, arguing that it lacked jurisdiction to rule on the subject. The present research aims to address the jurisdictional issues arising from the award in the South China Sea dispute. Due to the complexities of the dispute, this essay seeks to analyze the jurisdiction of the arbitral tribunal constituted for the quarrel and, therefore, the effects of the award on China. For that purpose, this essay explores the applicable legal framework of the UNCLOS and the Permanent Court of Arbitration to analyze the claims of the Philippines, the possible limitations to the tribunal’s jurisdiction and the impact of China’s non-appearance on the proceedings. This storm triggered important legal and geopolitical questions, reflecting how the jurisdictional analysis varies in recent dispute settlement decisions. It will therefore be concluded that the arbitral tribunal for the “South China Sea Arbitration” was competent.

**Keywords:** south china sea — arbitration — jurisdiction — unclos — china

## I. INTRODUCCIÓN

El Mar de China Meridional, por su particular posición geográfica, es el escenario de las tormentas más violentas del continente asiático. Sin embargo, estas tormentas no provienen de la naturaleza sino de los conflictos militares y jurídicos que lo caracterizan.<sup>1</sup> El presente ensayo se propone analizar uno de estos problemas jurídicos: la jurisdicción del tribunal arbitral para el “Arbitraje del Mar de China Meridional”.<sup>2</sup>

1. Las disputas giran en torno a la soberanía de las islas del Mar de China Meridional por ser un territorio estratégico y por la presencia de petróleo en la zona. Ver VALENCIA, “The Spratly Islands: Dangerous ground in the South China Sea”, pp. 438-443.

2. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015.

Los conflictos del Mar de China Meridional afectan al mundo entero por ser la segunda ruta marítima más importante del mundo.<sup>3</sup> Más aún, el conflicto chino-filipino refleja la competencia geopolítica entre los Estados Unidos de América y la República Popular China (en adelante, China).<sup>4</sup> Por lo tanto, la tormenta legal desarrollada en el marco del arbitraje jugó un rol esencial tanto en el plano jurídico como político.

El Mar de China Meridional es un enclave del Océano Pacífico con múltiples islas, arrecifes, atolones y cayos, agrupados en diferentes archipiélagos.<sup>5</sup> Prácticamente todas ellas se encuentran deshabitadas, ya que carecen de la superficie suficiente para albergar vida humana de manera permanente.<sup>6</sup> A pesar de su inhospitalidad, se configura como una de las zonas más disputadas en el contexto geopolítico contemporáneo.<sup>7</sup>

Los Estados con costas en el Mar de China Meridional son la República de Filipinas (en adelante, Filipinas), China, el Estado de Brunei, la República de Indonesia, la República de Singapur, el Reino de Tailandia, el Reino de Camboya y la Federación de Malasia.<sup>8</sup> Las diferentes superficies son objeto de controversias en razón de derechos petroleros, reclamos territoriales, zonas económicas y seguridad nacional.<sup>9</sup>

En particular, China reclama soberanía sobre la mayoría de las superficies de la zona ya que la dominación del Mar de China Meridional implica una prioridad estratégica.<sup>10</sup> El gobierno chino reivindicó su soberanía por primera vez en mayo de 2009, en una nota verbal enviada al secretario general de Naciones Unidas.<sup>11</sup> El reclamo está fundado en razones históricas que se remontan a la dinastía Han.<sup>12</sup>

3. Bloomberg, "Fight Over Fish Fans a New...", 01/09/2020; El Economista, "Aumenta la tensión en el Mar...", 22/10/2020.

4. The Diplomat, "China Refuses to Quit on the Philippines", 22/07/2020.

5. CASTAN, "Adrift in the South China Sea...", pp. 93-107.

6. MORTON & BLACKMORE, "South China Sea", pp. 1236-1263.

7. AEI, "South China Sea of troubles", 25/11/2019.

8. FRAVEL, "China's strategy in the South China Sea", pp. 292-319.

9. WONG, "Who owns the Spratly Islands? The Case of China and Vietnam", p. 345.

10. DINH, "China's Dilemma in the South China Sea...", pp. 301-318.

11. República Popular China, "Nota verbal enviada por el gobierno...", 07/05/2009.

12. Estas incluyen las expediciones a las Islas Spratly realizadas por la Dinastía Han en 110 d.C., y por la Dinastía Ming entre los años 1403-1433. Ver GONZÁLEZ CARRILLO & BUCHER SUÁREZ, "La Corte Permanente de Arbitraje emite...", pp. 1-6.

El 4 de noviembre de 2002, en el marco de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático<sup>13</sup> (en adelante, ASEAN), sus miembros y China firmaron una Declaración de Código de Conducta,<sup>14</sup> mediante la cual las partes se comprometían a resolver las disputas territoriales suscitadas entre ellos a través de mecanismos pacíficos de resolución de conflictos —negociación y consulta—, de acuerdo con los principios universalmente reconocidos en Derecho Internacional, incluidos los mencionados en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante, Convemar o la Convención).<sup>15</sup>

El 22 de enero de 2013, Filipinas notificó a China su intención de iniciar un proceso arbitral en su contra, al amparo del artículo 287 y del Anexo VII de la Convemar.<sup>16</sup> No obstante, el 19 de febrero de ese mismo año, China envió un comunicado a Filipinas en el que rechazaba participar en el procedimiento arbitral.<sup>17</sup>

El 29 de octubre de 2015, el tribunal arbitral constituido para el “Arbitraje del Mar de China Meridional” (en adelante, Tribunal) se pronunció sobre su propia competencia y la aplicación del artículo 287 de la Convemar.<sup>18</sup> En el laudo, el Tribunal decidió de forma unánime que se había constituido de forma correcta, de acuerdo con el Anexo VII de la Convemar.<sup>19</sup> Además, se declaró competente para tratar la mayoría de las pretensiones de Filipinas y reservó las pretensiones restantes para determinar su competencia en el laudo de méritos.<sup>20</sup>

En función de lo anterior, el desarrollo de este ensayo pretende analizar el laudo arbitral sobre jurisdicción y admisibilidad entre Filipinas y China, emitido en 2015 por el Tribunal constituido bajo el Anexo VII de la Convemar.<sup>21</sup> Este se centrará en la jurisdicción del Tribunal para resolver el rol de los derechos históricos y la fuente de los derechos marítimos, la situación de ciertas características marítimas y la legalidad de ciertas

13. Ver Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, 08/07/1967. La República de Filipinas es miembro desde 1967.

14. ASEAN, Declaration on the South China Sea, 22/07/1992.

15. CONVEMAR, 10/12/1986.

16. República de Filipinas, “The notification and statement of claim...”.

17. República Popular China, “Nota verbal de la Embajada de...”, 19/02/2013.

18. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015.

19. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párr. 413.

20. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párr. 413.

21. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015.



acciones de China en el Mar de China Meridional que Filipinas alegó que violaban la Convemar.<sup>22</sup>

La jurisdicción del Tribunal se encuentra en disputa ya que China argumentó desde el inicio del proceso de arbitraje que el Tribunal carecía de competencia para pronunciarse en la materia.<sup>23</sup> Más aún, China expuso que Filipinas no pudo haber recurrido a arbitraje debido al acuerdo entre las partes de resolver sus controversias del Mar de China Meridional mediante consultas y negociaciones amistosas.<sup>24</sup> Aunque en el laudo sobre jurisdicción y admisibilidad el Tribunal concluye que posee competencia, China continúa sin aceptar la validez del laudo arbitral y declara que es nulo, inválido y que carece de fuerza vinculante.<sup>25</sup> Además, el laudo es controversial ya que el consentimiento es visto por la doctrina como la base de la jurisdicción de los tribunales internacionales.<sup>26</sup>

La hipótesis de este ensayo es que el tribunal arbitral constituido para el "Arbitraje del Mar de China Meridional"<sup>27</sup> tuvo jurisdicción para entender en el caso y, en consiguiente, su decisión es vinculante para China. Para comprobar la hipótesis planteada se analizarán las disposiciones de la Convemar, haciendo énfasis en la Parte XV y en el Anexo VII (1). A partir del marco teórico, se comprobará la jurisdicción del Tribunal (2).

## II. MARCO TEÓRICO

Para analizar la jurisdicción del Tribunal es esencial definir el marco teórico del ensayo. Para ello, en los apartados siguientes se analizará la Convemar, con los artículos y enfoque pertinentes para la problemática en cuestión (1.1). Además, se realizará una explicación de la incidencia de la Corte Permanente de Arbitraje en el procedimiento arbitral (1.2).

22. JONES, "Free the Sea: The Philippines v. China", pp. 75-86.

23. GONZÁLEZ CARRILLO & BUCHER SUÁREZ, "La Corte Permanente de Arbitraje emite...", p. 1.

24. CPA, "The South China Sea Arbitration", 29/10/2015, párr. 170.

25. KOPELA, "Historic titles and historic rights in...", pp. 181-207.

26. AMERASHINGHE, *Jurisdiction of International Tribunals*, pp. 69-90.

27. CPA, "The South China Sea Arbitration", 29/10/2015.

## II.A. La CONVEMAR

Tanto China como Filipinas son Estados parte de la Convemar.<sup>28</sup> El sistema de resolución de controversias de este tratado está regulado en la Parte XV.<sup>29</sup> En primer lugar, la Convención establece la obligación de intentar solucionar las disputas por medios pacíficos, entre ellos, la negociación diplomática, la obligación de intercambiar opiniones y la conciliación.<sup>30</sup> Sin embargo, cuando la negociación de las controversias relativas a su interpretación o aplicación no hayan resultado exitosas, la Convención indica que se someterá, a petición de cualquiera de las partes en la controversia, a la corte o tribunal que sea competente conforme a la Convemar.<sup>31</sup>

En el “Arbitraje del Mar de China Meridional”,<sup>32</sup> el Tribunal tuvo competencia en razón del artículo 287 inciso 3 de la Convemar. La norma establece que “se presumirá que el Estado parte que sea parte en una controversia no comprendida en una declaración en vigor ha aceptado el procedimiento de arbitraje previsto en el Anexo VII”.<sup>33</sup> Por lo tanto, ante la ausencia por parte de China y Filipinas de elección específica de alguno de los mecanismos ofrecidos por la Convención, se aplicó como mecanismo subsidiario el procedimiento de arbitraje del Anexo VII.<sup>34</sup>

Más aún, para determinar la jurisdicción del Tribunal fueron de importancia los artículos 5 y 9 del Anexo VII de la Convemar, según los cuales se debe garantizar que cada una de las partes tenga oportunidad de ser oída y de hacer la defensa de su caso.<sup>35</sup> Sin perjuicio de ello, la rebeldía procesal de China no es obstáculo para llevar adelante las actuaciones. Es así que, antes de dictar el laudo, el Tribunal debió asegurar su competencia en la controversia y que la pretensión esté bien fundada en cuanto a los hechos y

28. CONVEMAR, 10/12/1986.

29. CONVEMAR, 10/12/1986, parte XV.

30. CONVEMAR, 10/12/1986, arts. 279-284.

31. CONVEMAR, 10/12/1986, art. 286.

32. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015.

33. CONVEMAR, 10/12/1986, art. 287 inc. 3.

34. Esta norma dice: “Si las partes en una controversia no han aceptado el mismo procedimiento para la solución de la controversia, esta solo podrá ser sometida al procedimiento de arbitraje previsto en el Anexo VII, a menos que las partes convengan en otra cosa”. CONVEMAR, 10/12/1986, art. 287 inc. 5.

35. CONVEMAR, 10/12/1986, anexo VII, art. 5.

al derecho.<sup>36</sup> Cabe mencionar que el laudo es definitivo e inapelable y que deberá ser cumplido por las partes en la controversia.<sup>37</sup>

## II.B. La Corte Permanente de Arbitraje y el proceso de selección de árbitros

La Corte Permanente de Arbitraje<sup>38</sup> (en adelante, “CPA”) es una organización intergubernamental de carácter permanente creada para fomentar la resolución pacífica de conflictos internacionales.<sup>39</sup> En razón de ello, el Tribunal elegido de acuerdo con el Anexo VII de la Convemar solicitó a la CPA que actuase como administradora del proceso arbitral.<sup>40</sup>

Si bien la CPA ha demostrado ser el foro institucional mejor adaptado para albergar el sistema de arbitrajes *ad hoc* de la Convemar,<sup>41</sup> y si bien provee una lista de profesionales para conformar los tribunales,<sup>42</sup> los árbitros del procedimiento bajo análisis fueron designados de conformidad con las normas específicas del Anexo VII.<sup>43</sup> Tal como surge de su artículo 2, el secretario general de las Naciones Unidas establece y mantiene una lista de árbitros, definidos individualmente como “personas con experiencia en asuntos marítimos que gocen de la más alta reputación por su imparcialidad, competencia e integridad”, designados por los Estados parte.<sup>44</sup>

En el caso bajo análisis, Filipinas designó como árbitro al juez Rüdiger Wolfrum, de nacionalidad alemana. En el marco del Anexo VII, China hubiese tenido 30 días para designar un árbitro. Sin embargo, ante su negativa a participar en el proceso, Filipinas solicitó al presidente del Tribunal Internacional del Derecho del Mar que realice esa designación

36. CONVEMAR, 10/12/1986, anexo VII, art. 9.

37. CONVEMAR, 10/12/1986, anexo VII, art. 11.

38. Convención de 1907 para la Solución Pacífica de Controversias Internacional, 1907.

39. HUDSON, “The Permanent Court of Arbitration”, pp. 440-460.

40. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párr. 109.

41. VAN DEN HOUT, “Resolution of International Disputes...”, p. 650.

42. HUDSON, “The Permanent Court of Arbitration”, p. 443.

43. CPA, “Contribution of the Permanent Court of...”; Cambridge International Law Journal, “UNCLOS Annex VII Arbitration - Who, What...”, 25/03/2013.

44. Una lista completa de los árbitros designados por los Estados parte de conformidad con el artículo 2 puede ser consultada en la entrada de la Convemar en la United Nations Treaty Collection.

de conformidad con el artículo 3 del Anexo VII de la Convemar.<sup>45</sup> De la misma lista conformada según el artículo 2, el presidente designó al juez polaco Stanislaw Pawlak, en el lugar del que podría haber sido elegido por China. En cuanto a los tres restantes árbitros, ante la falta de un acuerdo entre las partes y de conformidad con el artículo 3 anteriormente mencionado, fueron también designados por el presidente del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.<sup>46</sup>

### III. LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL EN EL CASO DEL “MAR DE CHINA MERIDIONAL”

La Convemar indica que, en el caso de que exista una disputa en relación con la jurisdicción del tribunal arbitral, este último será el encargado de determinar su propia competencia.<sup>47</sup> De ese modo, el Tribunal determinó que tiene competencia en el marco de la Convención y su Anexo VII.<sup>48</sup> Sin embargo, el caso del “Arbitraje del Mar de China Meridional” es controversial por sus implicancias en la política internacional.<sup>49</sup> Por lo tanto, el Tribunal tuvo que considerar, para la determinación de su competencia, que las pretensiones legítimas de China y de terceros Estados no se vean perjudicadas con el laudo.<sup>50</sup>

Como fuere expresado anteriormente, Filipinas y China son Estados parte de la Convemar. Por lo tanto, en razón del artículo 287 inciso 3 de la Convención, ambos aceptaron el procedimiento de resolución de controversias de arbitraje del Anexo VII.<sup>51</sup> Por consiguiente, Filipinas presentó el reclamo de arbitraje contra China bajo el marco de este anexo, a partir de la declaración del 22 de enero de 2013. En general, Filipinas reclama que

45. Cambridge International Law Journal, “UNCLOS Annex VII Arbitration – Who, What, Where, When?”, 25/03/2013.

46. Cambridge International Law Journal, “UNCLOS Annex VII Arbitration – Who, What, Where, When?”, 25/03/2013.

47. CONVEMAR, 10/12/1986, art. 288 inc. 4; DIMOLITSA, “Autonomie et kompetenz-kompetenz”, p. 342.

48. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párr. 109.

49. ADVINCULA, “China’s Leadership Transition and the Future of US-China Relations...”, pp. 51-65.

50. RAO, “The South China Sea Arbitration...”, p. 307.

51. CONVEMAR, 10/12/1986, art. 287.

la mayoría de las pretensiones de China sobre el Mar de China Meridional son incompatibles con la Convemar.<sup>52</sup>

En 2006, China había presentado una declaración frente a la Convemar para excluir la competencia de todas las disputas que entrañen cuestiones de soberanía y de delimitación de límites marítimos de los procedimientos obligatorios de la Parte XV, Sección 2 de la Convención.<sup>53</sup> Sin embargo, en el presente caso, se configura una de las excepciones facultativas a la aplicabilidad de la Parte XV, Sección 2 de la Convemar, reglada por el artículo 298 de la Convención.<sup>54</sup> Por lo tanto, dichas controversias solo podrían haberse sometido a arbitraje mediando un acuerdo entre China y Filipinas.<sup>55</sup>

China argumenta que el Tribunal no tiene competencia por ser el objeto del reclamo cuestiones de soberanía. Sin embargo, el Tribunal indicó que el laudo no afectaría los reclamos de soberanía filipinos y chinos, considerando que ninguna de las peticiones filipinas requiere una determinación implícita de soberanía.<sup>56</sup> Más aún, Filipinas expresamente pidió al Tribunal que no se expida sobre estas cuestiones.<sup>57</sup>

Para determinar la jurisdicción del Tribunal, se analizarán los argumentos esbozados por Filipinas en defensa de sus pretensiones (2.1). Luego, se desarrollarán las posibles limitaciones que recaen sobre la jurisdicción del Tribunal a partir de las objeciones realizadas por China (2.2). Adicionalmente, se analizarán las implicancias de la rebeldía procesal de China en la jurisdicción del Tribunal (2.3).

### III.A. Las pretensiones de Filipinas

Las quince pretensiones presentadas por Filipinas para el “Arbitraje del Mar de China Meridional” pueden ser separadas en tres grupos. En primer lugar, las pretensiones de China en relación con la denominada “Línea de los Nueve Puntos”.<sup>58</sup> En un segundo grupo de pretensiones, Filipinas

52. TALMON, “The South China Sea Arbitration and the Finality of ‘Final’ Awards”, pp. 388-401.

53. República Popular China, “Declaración de China bajo el artículo...”, 26/08/2006.

54. CONVEMAR, 10/12/1986, art. 298.

55. CONVEMAR, 10/12/1986, art. 299.

56. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párr. 153.

57. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párr. 141.

58. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párrs. 398-399 y 402.

reclamaba al Tribunal que identificase el estatus de las formaciones rocosas del Mar de China Meridional.<sup>59</sup> En tercer lugar, Filipinas reclamaba que se condene a China por la violación de la Convención causada por las medidas ilegítimas realizadas en el Mar de China Meridional.<sup>60</sup>

Con relación al primer grupo de pretensiones, Filipinas solicitaba que el Tribunal se pronunciase sobre los respectivos derechos y obligaciones en relación con las aguas, suelo, subsuelo y formaciones marinas en el Mar de China Meridional, de acuerdo con lo establecido en la Convemar. En particular, hacía referencia a los reclamos de soberanía realizados por China a través de la “Línea de los Nueve Puntos”.<sup>61</sup>

En el laudo sobre jurisdicción y admisibilidad, el Tribunal reservó la decisión de su competencia sobre la materia para la decisión de méritos.<sup>62</sup> Luego, en la decisión sobre los méritos de la disputa, el Tribunal estableció su jurisdicción e indicó que tales derechos a la explotación del Mar de China Meridional son incompatibles con la determinación de zonas marítimas establecida en la Convemar.<sup>63</sup> El razonamiento del Tribunal es que, para tratar cuestiones de derechos sobre una zona marítima, no es un requisito analizar cuestiones de soberanía. Por lo tanto, se podrían analizar las pretensiones realizadas por Filipinas desde la óptica de China como soberano de las Islas Spratly y el Atolón de Scarborough.<sup>64</sup>

Luego, el segundo grupo de pretensiones no genera problemas de competencia del Tribunal ya que refiere al estatus de las formaciones rocosas del Mar de China Meridional. El Tribunal determinó que tiene jurisdicción para tratar la materia en el laudo sobre jurisdicción.<sup>65</sup>

En el tercer grupo de pretensiones, Filipinas reclamaba que se condene a China por vulnerar la Convención por interferir en el ejercicio de los derechos soberanos de Filipinas reconocidos en aquella, construir infraestructura y permitir la actividad pesquera que producía daños al ecosistema marino.<sup>66</sup> El Tribunal, en el laudo parcial sobre jurisdicción y admisibilidad,

59. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párrs. 400-401 y 403-404.

60. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párrs. 405-412.

61. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párr. 101.

62. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párr. 413.

63. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 12/07/2016, párrs. 276-278.

64. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párrs. 152-153.

65. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párrs. 400-401 y 403-404.

66. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párrs. 405-412.

reservó la determinación de su jurisdicción al laudo final sobre los méritos. En el laudo final, el Tribunal determinó que tiene jurisdicción para considerar las pretensiones de Filipinas.<sup>67</sup>

El Tribunal concluyó que ninguna de las pretensiones realizadas por Filipinas requerían de una determinación implícita de la soberanía.<sup>68</sup> Su decisión se sustentó en la realización de un paralelismo con el caso de Mauritania contra el Reino Unido de Gran Bretaña.<sup>69</sup> En consiguiente, el Tribunal indicó que la diferencia entre ambos casos residía en que el verdadero objeto de las pretensiones de Mauritania eran cuestiones de soberanía, por lo que el tribunal era incompetente.<sup>70</sup> En cambio, en el caso de Filipinas, el Tribunal indicó que se trataba de un cuestión de derechos y deberes sobre zonas marítimas.<sup>71</sup> Para fundamentar su decisión, utilizó la disputa legal sobre Oki-no-Tori-Shima, ya que demostró que un conflicto de derechos puede existir de manera independiente de una controversia sobre delimitación marítima.<sup>72</sup>

En el laudo de jurisdicción y admisibilidad, el Tribunal no denegó ninguna de las pretensiones de Filipinas.<sup>73</sup> En cuanto al laudo final, el Tribunal determinó su jurisdicción para la restante de las pretensiones.<sup>74</sup> El Tribunal, en este sentido y en consonancia con la presentación filipina, concluyó que poseía jurisdicción para entender en las pretensiones de Filipinas en el “Arbitraje del Mar de China Meridional”.

### **III.B. Limitaciones a la jurisdicción del Tribunal**

El Tribunal determinó su competencia en el “Arbitraje del Mar de China Meridional”. Sin embargo, dos posibles limitaciones a su jurisdicción, planteadas a través de cauces extraprocesales por China, tuvieron que ser analizadas. En primer lugar, el fondo de las pretensiones realizadas por Filipinas no podía tratarse de cuestiones de soberanía o delimitación del territorio. En segundo

67. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 12/07/2016, párr. 1028.

68. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párrs. 152-153.

69. CPA, “Chagos Marine Protected Area”, 18/03/2015.

70. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párr. 153.

71. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párr. 156.

72. TANAKA, *The South China Sea Arbitration: Toward...*, p. 32.

73. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párr. 413.

74. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 12/07/2016, párr. 1028.

lugar, el Tribunal tuvo que determinar si se cumplían los requisitos para activar los procedimientos para la solución de controversias, regido por el artículo 281 de la Convemar. El Tribunal debió realizar la determinación del carácter de la disputa legal de manera objetiva, dándole particular importancia a la formulación de las reclamaciones.<sup>75</sup> Sin embargo, el “Arbitraje del Mar de China Meridional” demuestra las controversias que surgen de dicho análisis.

El 19 de febrero de 2013, China rechazó el arbitraje en una nota enviada al Departamento de Relaciones Internacionales de Filipinas.<sup>76</sup> China fundamentó su rechazo argumentando que el objeto final de la disputa entre China y Filipinas en el Mar de China Meridional son disputas territoriales sobre islas y arrecifes. Es decir, China argumentó que, para resolver las pretensiones filipinas, inevitablemente se debía determinar la soberanía de las superficies del Mar de China Meridional.<sup>77</sup>

Más aún, expresó que, incluso si se admitiera la competencia del Tribunal, el objeto del proceso constituía una cuestión de delimitación de zonas marítimas entre dos Estados. Por otra parte, China indicó que las disputas entre China y Filipinas están todavía pendientes y sin resolver, pero ambas partes están obligadas a resolverlas mediante negociaciones bilaterales.<sup>78</sup> En consiguiente, al iniciar un arbitraje, Filipinas iría en contra de las obligaciones asumidas ante la ASEAN.<sup>79</sup>

El Tribunal analizó, para la determinación de su jurisdicción, si las pretensiones de Filipinas tenían como fin la determinación de soberanía o delimitación del territorio.<sup>80</sup> Esto se debe a que la controversia debe fundamentarse en un asunto relativo a la interpretación o aplicación de la Convención, pues, de lo contrario, los procedimientos de resolución de conflictos de la Parte IV de la Convemar no serían aplicables.<sup>81</sup> Además, el Tribunal consideró la declaración realizada por China haciendo uso del artículo 298 de la Convemar. Esta última es relevante ya que el Tribunal no tiene competencia para tratar cuestiones de delimitación de zonas marítimas entre dos Estados.<sup>82</sup>

75. CIJ, “Fisheries Jurisdiction”; CPA, “Chagos Marine Protected Area”, párr. 208.

76. República Popular China, “Nota verbal de la Embajada de...”, 19/02/2013.

77. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párrs. 366-373.

78. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párrs. 133-139.

79. ASEAN, Declaration on the South China Sea, 22/07/1992.

80. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párrs. 390-396.

81. CONVEMAR, 10/12/1986, art. 288.

82. CONVEMAR, 10/12/1986, art. 298 inc. 1(a).



Distintos casos han tratado la problemática de identificar el verdadero objeto del reclamo.<sup>83</sup> Por ejemplo, dicha controversia se vio reflejada en el caso entre Bolivia y Chile ante la Corte Internacional de Justicia, ya que Chile objetó la jurisdicción de la Corte.<sup>84</sup> Chile argumentó que el verdadero reclamo de Bolivia se basaba en cuestiones de soberanía territorial para el acceso al Océano Pacífico, y no en meras cuestiones de derecho a negociar.<sup>85</sup> Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia determinó su competencia ya que, aunque el último objetivo de Bolivia era la adquisición de soberanía, las pretensiones interpuestas tenían como único eje determinar si Chile estaba obligada a negociar de buena fe con Bolivia.<sup>86</sup>

Por otra parte, en el caso de “Chagos” ante la CPA y en el marco de la Convemar, el tribunal arbitral tuvo que resolver si para la determinación de los derechos y obligaciones en el mar adyacente, era necesario determinar antes las cuestiones disputadas de soberanía.<sup>87</sup> El tribunal determinó que el verdadero objeto de la disputa eran cuestiones de soberanía y no sobre la aplicación e interpretación de la Convemar. El razonamiento del Tribunal fue que, mientras la documentación que sustenta la disputa sobre la soberanía era extensiva, la evidencia que sustenta el deseo de Mauritania de resolver la implementación de la Convención en el Océano Índico británico era escueta.<sup>88</sup> Sin embargo, el tribunal expuso la aplicación del *Ancillary Test*,<sup>89</sup> e indicó que tendría competencia si la cuestión de soberanía fuese subsidiaria a la disputa de la interpretación y aplicación de la Convención.<sup>90</sup>

En el caso en cuestión, el Tribunal no utilizó expresamente el *Ancillary Test* para fundamentar su competencia. Sin embargo, aplicó su razonamiento ya que consideró que un tribunal puede tener competencia

83. Por ejemplo, los casos “Qatar c. Bahrein” y “Nicaragua c. Colombia” fortalecen el hecho de que las cuestiones de soberanía territorial sobre elevaciones en bajamar pueden considerarse como una cuestión menor que es subsidiaria a la interpretación o aplicación de la Convemar. Ver CIJ, “Territorial and Maritime Dispute”, 19/11/2012; CIJ, “Maritime Delimitation and Territorial Questions...”, 16/03/2001.

84. CIJ, “Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean”, 24/09/2015.

85. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párr. 26.

86. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párrs. 32 y 34.

87. CPA, “Chagos Marine Protected Area”, párr. 206.

88. CPA, “Chagos Marine Protected Area”, párrs. 209-212.

89. TALMON, “The Chagos Marine Protected Area Arbitration...”, pp. 927-951.

90. CPA, “Chagos Marine Protected Area”, párr. 221.

en los procedimientos del Anexo VII de la Convemar, aunque haya una cuestión menor de soberanía.<sup>91</sup> Más aún, se refirió al caso “Teheran Hostage”<sup>92</sup> para determinar que no correspondía declinar pretensiones por un aspecto de la disputa ya que las disputas internacionales suelen ser de carácter multifacético.<sup>93</sup>

En segundo lugar, el Tribunal determinó que se cumplían los requisitos del artículo 281 de la Convemar para activar los procedimientos para la solución de controversias.<sup>94</sup> En el caso bajo análisis, el Tribunal tuvo que decidir si la Declaración de Código de Conducta en la que los Estados miembros de la ASEAN y China se comprometían a solventar las disputas mediante negociación, implicaba la exclusión de resolver la disputa mediante el Anexo VII de la Convemar. El Tribunal resolvió que no se aplicaba la exclusión del artículo 281 de la Convención ya que ello requería de una manifestación de consentimiento concreta, no presente en el caso en cuestión.<sup>95</sup>

El análisis desarrollado por el Tribunal es opuesto al análisis del caso “Southern Bluefin Tuna”.<sup>96</sup> En este caso, el Tribunal arbitral determinó que las disposiciones de un Tratado entre las partes excluían la jurisdicción del tribunal, en razón del artículo 281 inciso 1 de la Convemar.<sup>97</sup> Por lo tanto, difiere del caso del “Arbitraje de Mar de China Meridional”, ya que este último le da énfasis al sistema de resolución de conflictos dispuesto en la Convemar. Más aún, el razonamiento seguido por el Tribunal fue reafirmado en el caso de Timor Oriental contra Australia.<sup>98</sup> La Comisión de interpretación en este último caso indicó que, para la aplicación del artículo 281 de la Convención,

91. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párr. 413.

92. CIJ, “United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran”, 24/05/1980.

93. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párr. 152.

94. Esta norma dice: “Si los Estados parte que sean partes en una controversia relativa a la interpretación o la aplicación de esta Convención han convenido en tratar de resolverla por un medio pacífico de su elección, los procedimientos establecidos en esta parte se aplicarán solo cuando no se haya llegado a una solución por ese medio y el acuerdo entre las partes no excluya la posibilidad de aplicar otro procedimiento”. Ver CONVEMAR, 10/12/1986, art. 281 inc. 1.

95. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párrs. 265-269.

96. CIADI, “The Southern Bluefin Tuna”, 04/08/2000; MCGARRY, “The Settlement of Maritime Boundary Disputes...”, pp. 24-45.

97. CIADI, “The Southern Bluefin Tuna”, párr. 58.

98. CPA, Report and Recommendations on the Compulsory...

se requiere de un acuerdo legal vinculante.<sup>99</sup> Por consiguiente, teniendo en cuenta que el caso de Timor Oriental contra Australia es posterior al caso “Southern Bluefin Tuna” y que tanto el caso de Timor Oriental como el “Arbitraje del Mar de China Meridional” fueron administrados por la CPA en el marco de la Convemar, parece razonable afirmar que es correcta la interpretación del Tribunal de darle preponderancia al Anexo VII de la Convención frente a acuerdos no vinculantes celebrados por China y Filipinas.<sup>100</sup>

En consiguiente, las posibles limitaciones a la jurisdicción en el “Arbitraje del Mar de China Meridional” fueron analizadas por el Tribunal y, de acuerdo con la jurisprudencia actual, fueron desestimadas.<sup>101</sup> Más aún, la interpretación que realizó el Tribunal del artículo 281 de la Convemar contribuye a la seguridad de la aplicación de los procedimientos obligatorios de resolución de conflictos de la Convención.<sup>102</sup>

Por último, como el tribunal arbitral estableció en el caso “Arctic Sunrise”,<sup>103</sup> el hecho de que China cuestione la jurisdicción del Tribunal no constituye una limitación para que aquel determine su propia jurisdicción y no frustre su cumplimiento efectivo.

### **III.C. La rebeldía procesal de China**

China, como fuere expresado anteriormente, se negó a participar en el procedimiento arbitral.<sup>104</sup> El tratamiento de un Estado que no se presenta al procedimiento constituye un hecho crucial ya que afecta el proceso arbitral en su totalidad.<sup>105</sup> Por lo tanto, la rebeldía procesal de China impuso al Tribunal la obligación de determinar primero su jurisdicción, antes de emitir el laudo sobre el fondo.<sup>106</sup>

Como regla general, el demandado rebelde está informado del curso de las actuaciones. Por lo tanto, se le da traslado de toda la documentación

99. CPA, Report and Recommendations on the Compulsory..., párrs. 55-58.

100. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, Laudo Final, párrs. 158-159.

101. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015, párrs. 354-396.

102. TANAKA, *The South China Sea Arbitration: Toward...*, p. 44.

103. CPA, “The Arctic Sunrise Arbitration”, 29/10/2015, párr. 368.

104. Observatorio de la Política China, “Filipinas contra China: El Mar de...”, p. 1; CPA, “The South China Sea Arbitration”, párrs. 27, 37.

105. TANAKA, *The South China Sea Arbitration: Toward...*, p. 21.

106. CONVEMAR, 10/12/1986, anexo VII, art. 9.

que corresponda, ofreciéndole los mismos plazos para formular alegaciones o realizar cualquier otra actuación procesal.<sup>107</sup> En el caso bajo análisis, el Tribunal cumplió con dichos requisitos por lo cual esto no podría ser óbice para perjudicar su competencia.<sup>108</sup>

China estuvo en rebeldía procesal durante el procedimiento. Sin embargo, decidió manifestar al Tribunal sus consideraciones haciendo uso de cauces extraprocesales.<sup>109</sup> Dicho Estado emitió numerosas alegaciones, algunas llevadas a cabo a través de notificaciones enviadas a la CPA, fuera del proceso arbitral. La CPA facilitó las objeciones a la competencia del Tribunal formuladas por China, mediante un comunicado denominado “China’s Position Paper”.<sup>110</sup> Luego, la Orden Procesal N° 4 declaró que el Tribunal tendría en cuenta los cauces de China como una objeción formal a la competencia.<sup>111</sup> Por lo tanto, a pesar de que China se comunicó por otros cauces, las comunicaciones estaban dirigidas al Tribunal. En consiguiente, este cumplió con la obligación de construir los argumentos de la demandada rebelde, así como de evaluar tales argumentos junto con los de la actora.<sup>112</sup>

Cabe mencionar que el Reglamento de Procedimiento le otorga al Tribunal un amplio margen de decisión, considerando que China ya se encontraba en rebeldía. Esto se debe a que el Reglamento de Procedimiento dispone que, ante el caso de incomparecencia, el Tribunal puede tomar cualquier otra medida que considere necesaria para que las partes puedan presentar su caso.<sup>113</sup> Más aún, interpretando los comunicados de China como una objeción a la competencia, el Tribunal reforzó su jurisdicción al garantizar la igualdad en la defensa.<sup>114</sup>

La postura tomada por el Tribunal de tener en consideración las declaraciones informales de China para resolver no es algo nuevo bajo el derecho internacional.<sup>115</sup> Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia

107. CONVEMAR, 10/12/1986, anexo VII, art. 5.

108. CPA, “The South China Sea Arbitration”, Laudo Final, 29/10/2015, párrs. 116-142.

109. PINEROS POLO, “Arbitraje del Mar del Sur de...”, p. 15.

110. CPA, “The Position Paper of the Government...”, 07/12/2014.

111. CPA, Orden Procesal No. 4, 21/04/2015.

112. SCHOENBAUM, “The South China Sea Arbitration. Decision...”, p. 454.

113. CPA, Reglamento de Procedimiento, art. 25, apartado 2.

114. YEE, “The South China Sea Arbitration...”, p. 673.

115. DAVENPORT, “Procedural Issues Arising from China’s Non-participation...”, pp. 84-85.

también ha tomado en consideración las comunicaciones informales del Estado que se negó a comparecer ante ella en múltiples casos.<sup>116</sup> Algunos autores cuestionan que de esta manera se puede posicionar al Estado rebelde en una situación más ventajosa que el Estado compareciente.<sup>117</sup> Sin embargo, al armar la posición de un Estado que no comparece, el Tribunal buscó salvaguardar los derechos procesales y adelantarse a futuras objeciones de China a su competencia.<sup>118</sup>

El tribunal arbitral en el caso “Arctic Sunrise” consideró que la Convemar no obliga a las partes a presentarse ante el tribunal para dotar a este de jurisdicción.<sup>119</sup> El antecedente del laudo es relevante tanto por ser un caso similar de rebeldía de un Estado, como también por la cercanía temporal de los hechos. Sin embargo, el Estado rebelde es una parte en el procedimiento.<sup>120</sup> Por lo tanto, en el caso en cuestión, la rebeldía procesal no afecta la obligatoriedad del laudo para China.<sup>121</sup>

Por otra parte, el Tribunal tuvo que suplir el hecho de que China no haya elegido un árbitro, a fin de evitar una posible desigualdad procesal, ya que Filipinas eligió un árbitro en razón del artículo 3(b) del Anexo VII de la Convemar. Sin embargo, la falta de nombramiento de un árbitro, ante la incomparecencia y silencio de China, fue suplida por lo reglado en el artículo 3 incisos c), d) y e) del Anexo VII de la Convención.<sup>122</sup> Luego, cuando el presidente del Tribunal se retiró,<sup>123</sup> el presidente de la Convemar eligió a otro árbitro de acuerdo con el artículo 3 incisos e) y f) del Anexo VII de la Convención.<sup>124</sup>

Por lo tanto, ante la rebeldía procesal de China y el silencio para la elección de árbitros, el Tribunal fue debidamente constituido conforme al Anexo VII de la Convemar. China no cuestionó la parcialidad o independencia

116. CIJ, “Aegean Sea Continental Shelf”, 11/09/1976; CIJ, “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua”, 27/06/1986; CIJ, “Nuclear Test”, 20/12/1974.

117. PINEROS POLO, “Arbitraje del Mar del Sur de...”, pp. 20-23; KLEIN, “Expansions and Restrictions in the UNCLOS...”, p. 415.

118. TANAKA, *The South China Sea Arbitration: Toward...*, p. 65.

119. CPA, “The Arctic Sunrise Arbitration”, párr. 367.

120. CPA, “The Arctic Sunrise Arbitration”, párr. 51.

121. CONVEMAR, 10/12/1986, art. 296 y Anexo VII, art. 11; CPA, “The Arctic Sunrise...”, párr. 367.

122. CONVEMAR, 10/12/1986, Anexo VII, art. 3 incs. c), d) y e).

123. El embajador Pinto se retira del Tribunal el 21/06/2013.

124. CONVEMAR, 10/12/1986, Anexo VII, art. 3 incs. e) y f).

de los árbitros. Sin embargo, si lo hubiese hecho, no hubiese desafiado la jurisdicción del Tribunal ya que para su selección se cumplió con las disposiciones de la Convención.<sup>125</sup>

En conclusión, el Tribunal hizo uso de la flexibilidad del proceso arbitral, e interpretó los comunicados no reglados de China como verdaderas actuaciones procesales realizadas en tiempo y forma.<sup>126</sup> Si bien se ha analizado si la rebeldía procesal de una de las partes en el proceso lleva a una situación de desigualdad procesal, esta circunstancia no es suficiente para rechazar la competencia del Tribunal.<sup>127</sup> En consiguiente, la rebeldía procesal de China frente al “Arbitraje del Mar de China Meridional” no afecta la jurisdicción del Tribunal.<sup>128</sup>

#### IV. CONCLUSIÓN

El Mar de China Meridional es el segundo mar en extensión del mundo. Sin embargo, sin duda lleva la delantera en razón de tormentas jurídicas en la actualidad. En ese agitado contexto jurídico-político, los métodos alternativos de resolución de conflictos tienen una gran relevancia al momento de intentar buscar soluciones a lo que puede denominarse uno de los mayores problemas jurídicos recientes: la tormenta del “Arbitraje del Mar de China Meridional”,<sup>129</sup> en la cual se puede advertir la complejidad de las controversias que allí se dan.

El caso bajo análisis constituye un problema jurídico con muchas aristas y sin verdades absolutas. Teniendo esto presente, se puede afirmar que el Tribunal tiene jurisdicción y que, por lo tanto, el laudo realizado por el Tribunal es vinculante para China.<sup>130</sup> Sin embargo, al no existir mecanismos para hacer cumplir la resolución del Tribunal en el marco del arbitraje, China sigue sin cumplir el laudo y desconoce la jurisdicción del Tribunal.<sup>131</sup>

China emitió un comunicado, el día siguiente a la publicación del laudo final, en el que volvió a reivindicar su soberanía sobre la zona, e hizo

125. PHAN & NGUYEN, “The South China Sea Arbitration Bindingness...”, p. 43.

126. MCDORMAN, “The South China Sea Arbitration”, p. 2.

127. TANAKA, *The South China Sea Arbitration: Toward...*, p. 25.

128. CPA, “The South China Sea Arbitration”, Laudo Final, 29/10/2015, párrs. 143-144.

129. CPA, “The South China Sea Arbitration”, 29/10/2015.

130. CPA, “The South China Sea Arbitration”, Laudo Final, 29/10/2015, párr. 1203.

131. MINCAI, “China’s responses to the compulsory arbitration...”, pp. 1-16.

alusión a los intentos a lo largo de la historia para solucionar las controversias relativas al Mar de China Meridional mediante la negociación bilateral pacífica.<sup>132</sup> Sin embargo, el laudo emitido por el Tribunal logró reactivar las negociaciones bilaterales con Filipinas y el resto de los Estados afectados por el conflicto del Mar de China Meridional.<sup>133</sup> Más aún, China y Filipinas crearon un Mecanismo Bilateral de Consultas sobre el Mar del Sur de China. Cabe mencionar que, en la primera reunión, China no mencionó la existencia del laudo e instó a las partes a negociar de forma bilateral.<sup>134</sup>

El incumplimiento de China del laudo arbitral nos lleva a analizar si el procedimiento elegido para resolver la disputa del Mar de China Meridional fue el más adecuado,<sup>135</sup> considerando que China argumenta la incompetencia del Tribunal a fin de seguir con las negociaciones con Filipinas. Sin embargo, la potencia asiática muestra una tendencia a no comparecer ante los tribunales y a no promover las negociaciones.<sup>136</sup> Por lo tanto, se puede inferir que China no hubiese cumplido con lo resuelto, aunque el procedimiento hubiese sido distinto. A pesar de la insistencia en la falta de jurisdicción del Tribunal y el consecuente incumplimiento de lo dispuesto en el laudo, dichas decisiones arbitrales ayudaron a reactivar las negociaciones y a fortalecer la postura de Filipinas.<sup>137</sup>

En conclusión, el laudo de jurisdicción y admisibilidad del "Arbitraje del Mar de China Meridional" evidencia una nueva etapa en relación con los métodos de solución de controversias. Por lo tanto, entre las múltiples implicancias de la atribución de la jurisdicción del Tribunal, se encuentra la tendencia hacia una mayor aceptación de la jurisdicción de los tribunales y cortes internacionales establecidos bajo la Convemar.<sup>138</sup>

132. ZHANG, "Assessing China's response to the South China Sea arbitration ruling", pp. 440-459.

133. China ha intentado evitar la negociación multilateral del conflicto en el seno de la ASEAN y otros foros regionales. Ver, DINH, "China's Dilemma in the South China Sea and the Arbitral...", p. 305.

134. The South China Sea Issue, "Joint Press Release for the First...", 19/05/2017.

135. KLEIN, "The Vicissitudes of Dispute Settlement under...", pp. 361-363.

136. Ver, por ejemplo, CPJI, "Denunciation of the Treaty of November..."

137. The Diplomat, "Why the South China Sea Arbitration...", 08/07/2016.

138. OXMAN, "The South China Sea Arbitration Award", pp. 280 y 281.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ADVINCULA Jr., Julian V. (h.), “China’s Leadership Transition and the Future of US-China Relations: Insights from the Spratly Islands Case”, en *Journal of Chinese Political Science/Association of Chinese Political Studies*, Vol. 20, Issue 1, 2015, pp. 51-65.
- AMERASHINGHE, Chittharanjan F., *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law International, 2003, La Haya-Londres-Nueva York.
- American Enterprise Institute, “South China Sea of troubles”, MASTRO SKYLAR, Oriana, 25/11/2019, URL <https://www.aei.org/articles/south-china-sea-of-troubles/> consultado 21/05/2023.
- Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, Declaration on the South China Sea, 22/07/1992, Manila.
- Bloomberg, “Fight Over Fish Fans a New Stage of Conflict in South China Sea”, VARLEY, Kevin & LEUNG, Adrian & DORMIDO, Hannah y otros/as, 01/09/2020, URL <https://www.bloomberg.com/graphics/2020-dangerous-conditions-in-depleted-south-china-sea/> consultado 26/03/2023.
- Cambridge International Law Journal, “UNCLOS Annex VII Arbitration – Who, What, Where, When?”, BURKE, Naomi, 25/3/2019, URL <http://cilj.co.uk/2013/03/25/unclos-annex-vii-arbitration-who-what-where-when-2/>, consultado 30/11/2020.
- CASTAN, Melissa, “Adrift in the South China Sea: International Dispute Resolution and the Spratly Islands Conflict”, en *Asia Pacific Law Review*, Vol. 6, N.º 1, 1998, pp. 93-107.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, “The Southern Bluefin Tuna”, Laudo, 04/08/2000.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 10/12/1986, Montego Bay, Jamaica, e.v. 16/11/1994.
- Corte Internacional de Justicia, “Aegean Sea Continental Shelf”, “Grecia c. Turquía”, 11/09/1976, *ICJ Reports 1976*.
- , “Fisheries Jurisdiction”, “España c. Canadá”, 04/12/1998, *ICJ Reports 1998*.
- , “Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain”, “Qatar v. Bahrain”, 16/03/2001, *ICJ Reports 2001*.
- , “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua”, “Nicaragua c. Estados Unidos de América”, 27/06/1986, *ICJ Reports 1986*.
- , “Nuclear Test”, “Australia v. Francia”, 20/12/1974, *ICJ Reports 1974*.



- , "Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean", "Bolivia c. Chile", 24/09/2015, *ICJ Reports 2015*.
- , "Territorial and Maritime Dispute", "Nicaragua c. Colombia", 19/11/2012, *ICJ Reports 2012*.
- , "United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran", "Estados Unidos de América c. Iran", 24/05/1980, *ICJ Reports 1980*.
- Corte Permanente de Arbitraje, "Contribution of the Permanent Court of Arbitration to the report of the Secretary-General on Oceans and the Law of the Sea", 2015, La Haya, Países Bajos, URL <https://docs.pca-cpa.org/2019/06/PCA-Contribution-to-DOALOS-2015.pdf>, consultado 30/11/2020.
- , "Chagos Marine Protected Area", "Mauritania c. Reino Unido de Gran Bretaña", 18/03/2015.
- , Reglamento de Procedimiento, 27/08/2013.
- , Report and Recommendations on the Compulsory Conciliation Commission between Timor-Leste and Australia on the Timor Sea, 09/05/2018.
- , "The Arctic Sunrise Arbitration", "Reino de Holanda c. Federación Rusa", 14/08/2015.
- , The Position Paper of the Government of the People's Republic of China on the Matter of Jurisdiction in the South China Sea Arbitration Initiated by the Republic of the Philippines, 07/12/2014.
- , "The South China Sea Arbitration", "República de Filipinas v. República Popular de China", Laudo de Admisibilidad y Jurisdicción, 29/10/2015.
- , "The South China Sea Arbitration", "República de Filipinas v. República Popular de China", Laudo Final, 12/07/2016.
- , Procedural Order nro. 4, The South China Sea Arbitration, 21/04/2015, URL <https://pcacases.com/web/sendAttach/1807>, consultado 01/12/2020.
- Corte Permanente de Justicia Internacional, "Denunciation of the Treaty of November 2nd, 1865, between China and Belgium", "Bélgica c. China", 08/01/1927.
- DAVENPORT, Tara, "Procedural Issues Arising from China's Non-participation in the South China Sea Arbitration", en JAYAKUMAR, Tommy, KOH, Robert & DAVENPORT, Tara y otros/as, *The South China Sea Arbitration: The Legal Dimension*, Edward Elgar Publishing, 2018, United Kingdom, pp. 65-99.

- DIMOLITSA, Antonias, “Autonomie et compétence-kompétenz”, en *Revue de l'Arbitrage*, Vol. 43, Nro.2, 1998.
- DINH, Julia L., “China’s Dilemma in the South China Sea and the Arbitral Tribunal. Implications on China’s Regional Strategy in Southeast Asia”, en *International Journal of China Studies*, Vol. 7, N.º 3, 2016, pp. 301-318.
- El Economista, “Aumenta la tensión en el Mar de la China Meridional”, CHICHERO, Damián, 22/10/2020, URL <https://eleconomista.com.ar/2020-10-aumenta-la-tension-en-el-mar-de-la-china-meridional/>.
- FRAVEL, Taylor, “China’s strategy in the South China Sea”, en *Contemporary Southeast Asia*, Vol. 33, N.º 3, 2011, pp. 292-319.
- GONZALEZ CARRILLO, Adriana & BUCHER SUÁREZ, Greta, “La Corte Permanente de Arbitraje emite Fallo sobre Situación en el Mar Meridional del Sudeste Asiático: Argumentos Centrales y eventuales Implicaciones”, en *Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques*, 2016, Ciudad de México, pp. 1-6.
- HUDSON, Manley O., “The Permanent Court of Arbitration”, en *American Journal of International Law*, Vol. 27, Nro. 3, 1933, pp. 440-460.
- JONES, Jessica, “Free the Sea: The Philippines v. China”, en *SAIS Review of International Affairs*, Vol. 36, N.º 1, 2016, pp. 75-86.
- KLEIN, Natalie, “Expansions and Restrictions in the UNCLOS Dispute Settlement Regime: Lessons from Recent Decisions”, en *Chinese Journal of International Law*, Vol. 15, Nro. 2, 2017, pp. 403-415.
- , “The Vicissitudes of Dispute Settlement under the Law of the Sea Convention”, en *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 32, N.º 2, 2017, pp. 332-363.
- KOPELA, Sophia, “Historic titles and historic rights in the law of the sea in the light of the South China Sea arbitration”, en *Ocean Development & International Law*, Vol. 48, Nro. 2, 2017, pp. 181-207.
- MCDORMAN, Ted, “The South China Sea Arbitration”, en *American Society of International Law*, Vol. 20, N.º 17, 2016.
- MCGARRY, Brian, “The Settlement of Maritime Boundary Disputes in Southeast Asia and Oceania”, en *The Journal of Territorial and Maritime Studies*, Vol. 5, N.º 2, 2018, pp. 24-45.
- MINCAI, Yu, “China’s responses to the compulsory arbitration on the South China Sea dispute: legal effects and policy options”, en *Ocean Development & International Law*, Vol. 45, N.º 1, 2014, pp. 1-16.
- MORTON, Brian & BLACKMORE, Graham, “South China Sea”, en *Marine Pollution Bulletin*, Vol. 42, N.º 12, 2001, pp. 1236-1263.

- Observatorio de la Política China, “Filipinas contra China: el Mar de China Meridional, y un veredicto que podría cambiar Asia”, LÓPEZ NADAL, Juan M., 10/07/2016, URL <https://politica-china.org/areas/seguridad-y-defensa/filipinas-contra-china-el-mar-de-china-meridional-y-un-veredicto-que-podria-cambiar-asia>, consultado 01/12/2020.
- OXMANN, Bernard, “The South China Sea Arbitration Award”, en *University of Miami International and Comparative Law Review*, Vol. 24, N.º 2, 2017, pp. 235-281.
- PHAN, Hao D. & NGUYEN, Lan N., “The South China Sea Arbitration: Bindingness, Finality, and Compliance with UNCLOS Dispute Settlement Decisions”, en *Asian Journal of International Law*, Vol. 8, N.º 1, 2018, pp. 36-50.
- PINEROS POLO, Elena, “Arbitraje del Mar del Sur de China. La Estrategia Procesal de la República Popular de China”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 35, 2018, pp. 281-303.
- RAO, Pemmaraju S., “The South China Sea Arbitration (The Philippines v. China): Assessment of the Award on Jurisdiction and Admissibility”, en *Chinese Journal of International Law*, Vol. 15, N.º 2, 2016, pp. 265-307.
- República de Filipinas, Department of Foreign Affairs, “The Notification and Statement of Claim of the Republic of the Philippines”, N.º 13-0211, 22/01/2013, Manila.
- República Popular de China, Oficina de Información del Consejo de Estado de la República Popular China, “Declaración de China bajo el artículo 298 de la Convemar”, 25/08/2006.
- , Embajada de China en Manila, “Nota Verbal de la Embajada de China en Manila al Departamento de Relaciones Extranjeras de Filipinas”, 19/02/2013.
- , Embajada de China en Manila, “Nota Verbal enviada por el Gobierno chino al Secretario General de las Naciones Unidas”, CML/17/2009, 07/05/2009, Nueva York.
- SCHOENBAUM, Thomas, “The South China Sea Arbitration. Decision and Plan for Peaceful Resolution of the Disputes”, en *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 47, N.º 4, 2016, pp. 451-477.
- TALMON, Stefan, “The Chagos Marine Protected Area Arbitration: Expansion of the Jurisdiction of UNCLOS Part XV Courts and Tribunals”, en *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 65, Nro. 4, 2006, pp. 927-951.

- , “The South China Sea Arbitration and the Finality of ‘Final’ Awards”, en *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 8, N.º 2, 2017, pp. 388-401.
- TANAKA, Yoshifumi, *The South China Sea Arbitration: Toward an International Legal Order in the Oceans*, Hart Publishing, 2019, Oxford.
- The Diplomat, “China Refuses to Quit on the Philippines”, GROSSMAN, Derek, 22/07/2020, URL <https://thediplomat.com/2020/07/china-refuses-to-quit-on-the-philippines/> consultado 26/03/2023.
- , “Why the South China Sea Arbitration Case Matters (even if China ignores it)”, DAVENPORT, Tara, 08/07/2016, URL <https://thediplomat.com/2016/07/why-the-south-china-sea-arbitration-case-matters-even-if-china-ignores-it/> consultado 26/03/2023.
- The South China Sea Issue, “Joint Press Release for the First Meeting of the China-Philippines bilateral consultation mechanism of the South China Sea”, 19/05/2017, URL [http://www.fmprc.gov.cn/nanhai/eng/wjbxw\\_1/t1463538.htm](http://www.fmprc.gov.cn/nanhai/eng/wjbxw_1/t1463538.htm), consultado 13/11/2020.
- VALENCIA, Mark J., “The Spratly Islands: Dangerous ground in the South China Sea”, en *The Pacific Review*, Vol. 1, N.º 4, 1988, pp. 438-443.
- VAN DEN HOUT, Tjaco T., “Resolution of International Disputes: The Role of the Permanent Court of Arbitration”, en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, N.º 3, 2008, pp. 643-661.
- WONG, Kam C., “Who owns the Spratly Islands? The Case of China and Vietnam” en *China Report*, Vol. 38, N.º 3, 2002, pp. 345-358.
- YEE, Sienho, “The South China Sea Arbitration (The Philippines v. China): Potential Jurisdictional Obstacles or Objections”, en *Chinese Journal of International Law*, Vol. 13, N.º 4, 2014, pp. 663-739.
- ZHANG, Feng, “Assessing China’s response to the South China Sea arbitration ruling”, en *Australian Journal of International Affairs*, Vol. 71, Nro. 4, 2017, pp. 440-459.

## MISCELÁNEAS



## **LOS AVATARES DE LA JUSTICIA: UNA TARDE EN EL JUZGADO\***

TANIA LUNA BLANCO\*\*

El funcionario del Despacho me mira de reojo. Disfruta si me equivoco, se molesta si le pregunto. Evade mi mirada a propósito. Le desagradan las abogadas noveles y sus inoportunas preguntas.

Esta es una profesión de siglos de historia, de costumbres arraigadas, de formas compartidas, de hombres destacados, de oradores contundentes. No hay tiempo para enseñar en el camino. Si quieres aprender lo haces por tu cuenta. El mundo de la Facultad de Derecho no se parece al mundo de afuera, nada te prepara para lo que viene. Él lo sabe, de alguna forma lo vivió, me ve vivirlo y lo disfruta.

Insisto en mirarlo en un intento por reconocer su humanidad así no quiera reconocer la mía. ¿Por qué no puede mirarme y responder una pregunta? Él es un tramitador. Yo soy una intermediaria. Nuestro trabajo es dejar a la humanidad por fuera de los estrados judiciales. En este espacio poco importa quiénes somos, a qué tememos o qué soñamos. Se supone que nada de nosotros debe existir dentro de esos expedientes. Jugamos a la neutralidad y a la imparcialidad; el pensamiento desaparece sigilosamente. Él no es la justicia.

Existimos sin existir, pero a fin de cuentas nuestro trabajo es el mismo. Nos pagan por transformar lo humano en jurídico, lo coloquial en formal, el hecho en norma, el tiempo en términos, el papel en folios, el dicho en testimonio, el saber en peritaje, la verdad real en verdad sumarial, las historias en radicados y la pita en cuerda procesal.

Él sabe que aumentaré sus horas de trabajo porque debe atenderme, por lo tanto, hace más difícil mi quehacer con su actitud displicente y, en

\* Recepción del original: 29/05/2021. Aceptación: 10/07/2021.

\*\* Graduada y profesora colombiana en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

una venganza que dura veinte minutos, me paso de la hora de cierre del juzgado revisando acuciosamente el expediente. Lo inesperado pasa: los tres cuadernillos del expediente se desarman en el camino. La cuerda procesal no aparece. Olvido respetar el orden de los folios. Rompo sin querer la carátula del expediente y alarmada, en un acto de extrema torpeza, dejo caer al suelo del Despacho trescientos folios. ¡Las abogadas noveles tenemos tanto que aprender!

Él me mira suplicante. Me pide que reconozca su humanidad así no quiera reconocerlo. Quiere que le devuelva el expediente para que pueda organizarlo todo, cerrar el Despacho y regresar cuanto antes a casa. ¿Por qué no puedo mirarlo y entender que duplico su trabajo? Tan solo somos intermediarios, a fin de cuentas, nuestro trabajo es el mismo. Yo no soy la justicia.

Mañana será otro día de avatares en la justicia. Volveremos a desconocernos y reconocernos. Haremos nuestra magia para transformar lo humano en jurídico. Dejaremos a la humanidad por fuera de los estrados judiciales. Después de todo, no somos la justicia.



**CONCURSO XVII DE ENSAYOS BREVES  
“30° ANIVERSARIO DE LA CONVENCION DE LOS  
DERECHOS DEL NIÑO”**



## DERECHOS DE NIÑOS Y NIÑAS, Y ENTORNO DIGITAL\*

MARÍA FLORENCIA ACUÑA\*\*

*“No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana”*

CUMBRE DE LA INFANCIA

**Resumen:** El presente trabajo se propone reflexionar sobre los aspectos positivos y negativos que conlleva el acceso de niños y niñas al entorno digital, sobre la base de algunas consideraciones señaladas por el Comité de Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, en su reciente Observación General nro. 25. En tal sentido, arribaremos a una serie de propuestas orientadas al logro de la protección, amparo y resguardo de los derechos de estos y estas, frente a los diversos riesgos y peligros a los cuales están indefectiblemente expuestos.

**Palabras clave:** brecha digital — interés superior del niño — derecho al desarrollo — educación cívica digital — rol del estado — derecho a la no discriminación

**Abstract:** This work aims to reflect on the positive and negative aspects that the access of boys and girls to the digital environment entails, based on some considerations indicated by the Committee on the Rights of the Child of the

\* Este trabajo ha obtenido el Primer Puesto en el Concurso de Ensayos Breves “30° aniversario de la Convención de los Derechos del Niño”.

\*\* Estudiante de Abogacía, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Colaboradora en el Observatorio de Lenguaje Claro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Colaboradora en Proyectos de Investigación DeCyT y UBACyT (UBA). Con gran afecto, dedico este trabajo a toda mi familia.

United Nations, in its recent Observation General nro. 25. In this sense, we will arrive at a series of proposals aimed at achieving the protection and safeguarding of the rights of these, against the various risks and dangers to which they are indefectibly exposed.

**Keywords:** digital divide — best interests of the child — right to development — digital civic education — role of the state — right to non-discrimination

## I. INTRODUCCIÓN

¿Qué rol desempeña el entorno digital en la vida de los niños y las niñas? ¿Cuáles son las oportunidades y los riesgos que conlleva el entorno digital para los niños y las niñas? ¿Cómo podemos asegurar la efectiva protección, defensa y el resguardo de sus derechos? ¿Quién o quiénes son los encargados de velar por su seguridad, integridad y dignidad? Nuevas preguntas requieren nuevas respuestas.

Los tiempos que corren exigen extrema responsabilidad, conciencia y compromiso. En los últimos veinte años, el entorno digital ha arrasado y transformado de forma radical nuestra concepción sobre todo aquello que conocíamos, o creíamos conocer. Hoy vivimos en una era digital, una era en la cual niños y niñas de todo el mundo pueden ejercer una amplísima gama de derechos, pero también en la cual pueden ser pasibles de innumerables vulneraciones y violaciones. Una era que brinda inimaginables oportunidades y posibilidades de crecimiento y desarrollo como nunca antes se ha visto, pero que también peca por los enormes riesgos y peligros que acarrea y amenaza la seguridad, integridad y dignidad de niños y niñas. Una era en la cual podemos aprender, comunicar, enseñar, entretener, ayudar, salvar, desinformar, robar, lesionar, abusar e incluso matar, con tan solo presionar una tecla.

En consonancia con este nuevo y abrumador escenario de la vida social, es menester poner el foco en el rol fundamental que tiene el entorno digital en la vida diaria de niños y niñas, en tanto y en cuanto ellos configuran el escalafón más vulnerable, indefenso y desvalido de nuestra sociedad, y sobre el cual reposa el futuro y el porvenir de nuestra nación y, de hecho, del mundo. Precisamente, porque se hallan en esta extrema situación de vulnerabilidad e indefensión, son merecedoras y merecedores de la

más amplia protección legal, habida cuenta de que no pueden procurarse por sí mismos la defensa, el resguardo y el cumplimiento efectivo y pleno del ejercicio de sus derechos. En este sentido, es responsabilidad y deber de los Estados asumir con la mayor eficacia y responsabilidad posible la protección, promoción, custodia y resguardo de sus derechos, de conformidad con el respeto del principio de no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo y el respeto de su opinión, como pilares fundamentales para entender una cuestión de tamaño envergadura.

Al efecto de realizar algunas consideraciones al respecto, el presente ensayo toma la letra de la Observación General nro. 25 del Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, Observación General nro. 25), y entiende que el entorno digital abarca las tecnologías de la información y las comunicaciones, incluidas las redes, los contenidos, los servicios y las aplicaciones digitales, los dispositivos y entornos conectados, la realidad virtual y aumentada, la inteligencia artificial, la robótica, los sistemas automatizados, los algoritmos y el análisis de datos, la biometría y la tecnología de implantes.<sup>1</sup>

## II. ASPECTOS POSITIVOS DEL ENTORNO DIGITAL

Internet fue diseñado para adultos. Sin embargo, los niños y las niñas lo utilizan cada vez más, de forma tal que la tecnología digital afecta — correlativamente— cada vez más sus vidas y su futuro. En este sentido, es menester señalar las enormes oportunidades y posibilidades que el entorno digital les puede proporcionar, de forma tal que es absolutamente factible que puedan ejercer plenamente una gran gama de derechos fundamentales de los que son titulares. El entorno digital y particularmente las tecnologías de la información y la comunicación —puestas al servicio de los derechos fundamentales de la infancia— son herramientas que fortalecen el ejercicio de una gigantesca serie de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Concretamente, el entorno digital permite a niños y niñas el ejercicio de sus derechos a la información; a la libertad de expresión; a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; a la asociación y la

1. Comité CDN, CRC/C/GC/25, párr. 2.

reunión pacífica; a la identidad; a la educación; a la cultura, el ocio y el juego; a la salud, entre muchos otros que escapan a este análisis.

Por razones de brevedad expositiva, no realizaré un examen exhaustivo del ejercicio de todos estos derechos, sino que me limitaré únicamente a hacer hincapié en algunos aspectos que considero de relevancia.

Frente a la inclemente pandemia mundial que azota nuestros tiempos, se ha puesto de manifiesto la forma en que niños y niñas aprovechan las herramientas que brinda el entorno digital para educarse, informarse y comunicarse. Las clases que antes eran presenciales, ahora se desarrollan a través de plataformas, aplicaciones y programas tales como Google Classroom, Microsoft Teams, Moodle, Aula en Casa, Zoho Classes, Zoom, Google Meet, Skype, entre muchas otras más. Para buscar información ya no es necesario acudir a una biblioteca física, sino que, por el contrario, podemos encontrar en Internet —sin ningún tipo de inconveniente— miles de bibliotecas virtuales y digitales que pueden cumplir más o menos la misma función. Hace una década que la comunicación entre unos y otros ya no requiere la presencialidad. Hoy niños y niñas tienen acceso a una infinidad de información y a múltiples fuentes de conocimiento de forma simple, cómoda y fácil, de forma tal que pueden ejercer sus derechos a la educación y a la información con una rapidez y versatilidad que las generaciones pasadas jamás hubieran podido imaginar. Al respecto, es pertinente resaltar el carácter dinámico que tiene el entorno digital, en tanto y en cuanto estimula la innovación, la invención, el emprendimiento y el descubrimiento en cualquier área de conocimiento que niños y niñas se propongan explorar o abordar. Indudablemente, otro de los beneficios de vivir en un mundo globalizado es la posibilidad de conocer culturas de todo el mundo, a cualquier hora y en cualquier lugar. Esta posibilidad no escapa a su conocimiento. La interconexión posibilita que puedan conocer diversas culturas de cualquier sitio, región o país, aprender idiomas, visitar virtualmente lugares turísticos a través de recorridos interactivos. Les es posible acceder a juegos educativos en línea, películas, series, documentales o páginas web que —utilizadas de forma responsable y supervisada— brindan contenidos realmente útiles y provechosos para su enriquecimiento intelectual y académico, puesto que en edades tempranas la curiosidad resulta avasallante.

### III. RIESGOS Y PELIGROS DEL ENTORNO DIGITAL

Desde un punto de vista jurídico, son numerosos los efectos negativos que el entorno digital produce en la vida de niños y niñas. A diestra y siniestra el Estado, las empresas y los particulares vulneran sus derechos fundamentales: a la no discriminación, la intimidad, la privacidad, la dignidad, la integridad y la seguridad. Es urgente y relevante exponer estas violaciones, a fin de que se adopten y actualicen medidas urgentes y efectivas. En este sentido, humildemente propongo algunos aportes y consideraciones sobre los riesgos y peligros que trae aparejado el entorno digital respecto del ejercicio de los derechos de la infancia.

#### III.A. Brecha digital

Como señalamos precedentemente, son diversos los beneficios y las oportunidades que el entorno digital puede otorgar a niños y niñas, en particular, en lo respectivo a su educación. Pero ¿qué sucede con aquellos que no tienen acceso al entorno digital? ¿cómo se ven afectados sus derechos? La contracara de las maravillas de la tecnología indubitadamente está dada por millones de niños y niñas que aún hoy en día no tienen acceso a Internet, ni dispositivos de acceso (computadoras, celulares, *tablets*) en un mundo en el que todo es digital. Quienes por razones socioeconómicas no pueden costear los gastos de acceder al entorno digital quedan de esta forma totalmente excluidos, relegados y aislados de todo intercambio, aprendizaje o comunicación que pueda llegar a beneficiarlos. Véase lo que ha ocurrido con la educación en tiempos de pandemia. Ergo, vemos cómo fácilmente se pone en jaque el pleno ejercicio de sus derechos: a la información, la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; a la asociación y la reunión pacífica; a la educación; a la cultura, al ocio y al juego; toda vez que debiera garantizarse su protección, resguardo y defensa sin importar la situación económica, la raza, el sexo, el género, la nacionalidad, la cultura o la religión. Es así cómo se produce entonces una "brecha digital", entendida como la diferenciación o desigualdad de posibilidades que existen para acceder a la información, al conocimiento y la educación entre aquellos niños o niñas que pueden acceder a la red y quienes no pueden hacerlo.<sup>2</sup>

2. CABERO ALMENARA, "Reflexiones sobre la brecha digital y la educación", p. 2.

### III.B. Derecho a la intimidad, la privacidad y la seguridad

El Estado y el sector privado no se han adaptado al ritmo del cambio, y esto expone a los niños y las niñas a nuevos riesgos y peligros de los que son blancos fáciles, vulnerándose así sus derechos a la intimidad, la privacidad y la seguridad.

En Alemania, una muñeca llamada “Cayla” espiaba a niños y niñas en sus hogares. Esta muñeca —a través de una conexión a Internet y con un dispositivo *bluetooth*— escuchaba y hablaba con quienes jugaban con ella, y su tecnología podía revelar datos personales si era objeto de un hackeo, motivo por el cual la Agencia Federal de Redes de Alemania —que es la encargada de supervisar las telecomunicaciones en la nación europea— emitió una recomendación para que la muñeca fuera destruida inmediatamente. Pero este no es el único caso relacionado con los llamados “juguetes conectados” o “juguetes inteligentes”. En 2015, un grupo de *hackers* robó los datos personales de 3.3 millones de una comunidad de fans de *Hello Kitty*, y publicó en Internet un gigantesco fichero con sus datos, entre los cuales figuraban nombres, apellidos, fechas de nacimiento, género, países de origen, direcciones de correos electrónicos y claves de acceso de los usuarios de la comunidad online oficial. En el mismo año, la famosa compañía china de juguetes inteligentes Vtech reconoció el robo de datos de más de 6.4 millones de usuarios: nombres, edades, lugares de residencia, e incluso fotos y grabaciones realizadas por los menores y guardadas en los servidores de la compañía sin ningún tipo de protección.

### III.C. Instigación al suicidio y a lesiones

La instigación al suicidio y a lesiones no escapan al análisis sobre los derechos de la infancia en el entorno digital.

Recientemente, en la región de Sicilia, sur de Italia, una niña de diez años murió asfixiada luego de haber participado de un desafío viral extremo propuesto en la red social TikTok. La autoridad local ordenó el bloqueo de esa red y la Justicia inició una causa por instigación al suicidio. El “reto de la ballena azul” es quizá otro de los casos de instigación al suicidio más siniestros que se puede mencionar. Surgió en 2015 a través de V Kontakte (VK) —el Facebook ruso— donde rápidamente se popularizó y provocó la muerte de alrededor de ciento treinta personas. Este desafío consistía en realizar varias pruebas que iban subiendo de nivel



hasta inducir a la víctima al colapso psicológico, como, por ejemplo, mirar sin interrupciones durante más de veinticuatro horas de películas de terror, juegos de autolesión para “dibujarse” una ballena con un cuchillo sobre la piel. La prueba final, luego de cincuenta días, era suicidarse. Otro de los retos viralizados en Internet por niños, niñas y adolescentes fue el *Momo Challenge*. Este reto comenzó en 2016 y poco a poco se expandió por el mundo. Era protagonizado por la imagen de una mujer cadavérica llamada Momo, adoptada de la obra del artista japonés Keisuke Aiso. Así, los participantes enviaban un mensaje de texto a Momo, quien respondía con distintos desafíos e invitaba a menores y jóvenes a cometer actos arriesgados o violentos, entre los que se encontraban las lesiones o el suicidio.

Esta clase de desafíos alienta a los niños y las niñas a realizar acciones que no consideran temerarias, pero que —indudablemente— tienen como consecuencia que se hagan daño o intenten suicidarse. Ejemplos como los que acabamos de señalar son solo algunos, y el deber del Estado es accionar para evitar que acontecimientos trágicos —y prevenibles— como estos sucedan. En este sentido, nuestro ordenamiento legal sanciona la instigación al suicidio. Así, el artículo 83 del Código Penal Argentino<sup>3</sup> dispone que “será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado”. Se trata de un delito doloso con dos variantes. Por un lado, la instigación mediante amenazas, consejos, bromas u órdenes; y por el otro, la instigación mediante ayuda, entendida como colaboración material. En la primera variante, vemos cómo se determina directamente a otro a suicidarse, es decir, se induce o persuade a alguien a que se suicide. En cambio, en la segunda variante se presta cualquier tipo de colaboración material al suicida para que se quite la vida.

### **III.D. Utilización de niños y niñas en pornografía infantil**

La explotación sexual infantil es una gravísima violación a los derechos fundamentales de niños y niñas, y —sin duda alguna— la pornografía infantil es una de sus manifestaciones.

3. República Argentina, CP, art. 83.

La legislación argentina, a raíz de la Convención de los Derechos del Niño<sup>4</sup> y del Convenio de Cibercriminalidad de Budapest<sup>5</sup> —al cual la Argentina adhirió en 2017— decidió que era indispensable la protección de la niñez desde la infancia a través del dictado de tipos penales específicos en materia de criminalidad informática. En tal sentido, en 2008 se sanciona la Ley 26.388 sobre el delito de pornografía infantil, la cual dispone en su art. 2º que:

“será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores. Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización. Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años”.

Así, esta ley intentó abarcar la mayor cantidad de figuras típicas en su letra. El problema fue que se contemplaba únicamente la sanción penal si había intención de compartir o comercializar el material. Si no había o no se comprobaba dicha intención, no era delito poseer pornografía infantil. Por otro lado, quien no la poseía, pero sí la consumía (por ejemplo, quien lo hacía mediante *streaming*) tampoco recibía una sanción penal. Esta cuestión acarrea diversos problemas probatorios al momento de investigar el hecho, ya que era difícil determinar concretamente cuando se estaba frente a una posesión con intención de distribuir.

Se promulga entonces la Ley 27.436 que viene a dar una suerte de solución sobre esta problemática, la cual dispone que:

4. Convención sobre los Derechos del Niño, 20/11/1989.

5. Convenio sobre Cibercriminalidad, 23/11/2001.

“será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que producir, financiar, ofrecer, comerciar, publicar, facilitar, divulgar o distribuir, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizar espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores. Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior. Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización. Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años. Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años”.

Se sanciona de esta forma la tenencia simple de material pornográfico, sin importar si se lo posee con intenciones de compartirlo o comercializarlo, con una pena de cuatro meses a un año de prisión. Asimismo, el nuevo tipo penal mantiene la sanción a la posesión con fines de distribución o comercialización con una pena de seis meses a dos años, por entender que quien posee el material con fines de distribución realiza una conducta más lesiva que quien posee el material de forma simple sin esa intención. Sin embargo, el nuevo tipo penal tampoco contempla aquellos que acceden o consumen el material sin poseerlo, como quienes lo hacen vía *streaming*.<sup>6</sup>

### III.E. Ciberacoso sexual en menores

En el año 2013, con la Ley 26.904, se sanciona el delito de ciberacoso sexual a un menor, también conocido como *grooming*, el cual consiste en mantener un intercambio a través de vía telemática o de redes de

6. REALE, “Pornografía Infantil: ¿Qué dice la ley argentina?”, párr. 4.

información o de telecomunicación con un menor de edad con la finalidad de cometer un delito ulterior contra la integridad sexual de este. En este sentido, establece la norma en su artículo 1º que:

“será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.

Las consecuencias devenidas del *grooming* pueden ser de diferente gravedad, lo que depende del alcance del delito, aunque, en cualquier caso, el riesgo de daños para el menor es muy alto. La petición de imágenes o videos de carácter sexual es —en sí mismo— un abuso. Aunque a veces es el menor el que envía este contenido de forma “voluntaria”, manipulado en cualquier caso por parte del agresor, en otras ocasiones la víctima es chantajeada para que facilite los materiales comprometidos. Bien se pueden mencionar la ansiedad y la depresión como las consecuencias psicológicas más habituales, presentándose secuelas muy diversas en función del abuso, su duración, el apoyo recibido y otras variables. Asimismo, se pueden señalar otras consecuencias, tales como problemas en el rendimiento académico, en la sociabilidad y afectividad de los niños y las niñas, toda vez que enfrentarse a una situación de *grooming* afecta seriamente todos los ámbitos de la vida de los menores, desde daños a su autoestima y a la confianza en sí mismos, hasta la disminución de la concentración y la atención en clase, la pérdida de amistades, el desinterés por actividades de ocio favoritas o dificultades a la hora de relacionarse con otras personas, entre otros.

### III.F. Interfase cerebro-computadora

Cualquier dispositivo con conexión a Internet que no sea de alta tecnología, es fácilmente *hackeable*. Ello es relevante en tanto y en cuanto acarrea ciertos peligros. Hoy en día existe lo que se conoce como interfaz cerebro-computadora o en inglés *The Brain Computer Interface* (B.C.I.). Se trata de sistemas computacionales que permiten manipular un dispositivo solo a través de la actividad cerebral, es decir, sin interacción física, movimiento o voz. Estos sistemas constituyen la nueva alternativa de

comunicación para personas con discapacidades motrices al brindarles la posibilidad de transmitir su intención a través de la modulación de señales eléctricas en su actividad cerebral. Lo jurídicamente relevante de estos nuevos dispositivos es que las primeras personas en utilizarlos —además de quienes posean discapacidades motrices— van a ser niños y niñas, principalmente en videojuegos. Ello representa un extremo peligro, toda vez que resulta hackeable el dispositivo que brinda acceso a sus cerebros, dado que existe la posibilidad técnica de que —a través de estos electrodos que se incorporan al cerebro— se cambien y modifiquen muchas de las líneas de pensamiento y de voluntad, de forma tal que es perfectamente posible lesionarlo, borrarle la memoria, insertarle recuerdos no existentes, etcétera. Esto no es algo que esté por ocurrir. Esto ya ocurre y es una realidad. Por este motivo, los Estados deben comenzar a tomar medidas pertinentes, con el fin de salvaguardar los derechos de los niños a la seguridad, la privacidad, la intimidad y la integridad, por lo que deberán adoptar nuevas leyes y normas que cumplan con tal fin.

Ante estas nuevas aristas, las preguntas que ya surgen hoy en día, pero que cobrarán fuerza en un futuro muy cercano son las siguientes: ¿Qué debemos hacer frente a los usos perversos de esta clase de dispositivos? ¿Qué pasaría si un niño o niña es torturado virtualmente, pero no físicamente? ¿Podríamos hablar estrictamente de tortura? ¿Cómo se debe regular esta nueva problemática? Lo que se viene para las próximas décadas son los “neuroderechos”. En este sentido, se entiende el neuroderecho (*neurolaw*, en inglés) como la reflexión sobre la forma y el alcance en que múltiples facetas de la comprensión, producción y aplicación del derecho son afectadas por el estudio empírico del cerebro, en la medida en que este se considera parte central de la explicación de la conducta.<sup>7</sup>

#### IV. RESPETO, PROTECCIÓN Y EJERCICIO EFECTIVO DE LOS DERECHOS DE NIÑOS Y NIÑAS EN EL ENTORNO DIGITAL

Sobre la base del principio de no discriminación, el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, el interés superior del niño y el derecho a ser oído, es menester que el Estado tome medidas pertinentes a fin de

7. NARVÁEZ MORA, “Neuroderecho: El sentido de la acción no está en el cerebro”, p. 128.

asegurar los derechos fundamentales de la infancia de forma efectiva, segura, igualitaria, confiable e integral.

Sin perjuicio de ello, la reciente Observación General nro. 25 brinda una serie de propuestas y recomendaciones con respecto al tema que nos concierne. En primer término, se propone impartir formación y asesoramiento sobre la utilización adecuada de los dispositivos digitales a los padres, cuidadores, educadores y otros agentes pertinentes. Asimismo, recomienda aprobar legislación nacional y revisar y actualizar la existente, a fin de garantizar un entorno digital compatible con los derechos previstos en la Convención y sus Protocolos Facultativos. Se pone el foco en la investigación de delitos y en la reparación y el apoyo a menores que sean víctimas de esos actos. En la misma línea de desarrollo, dispone expresamente que el Estado debe asegurarse que todos los niños y las niñas, y sus representantes conozcan y tengan a su disposición mecanismos de reparación judiciales y no judiciales adecuados y eficaces para abordar las violaciones de sus derechos en relación con el entorno digital. Por otra parte, señala la necesidad de difundir información y de realizar campañas de concienciación sobre los derechos del niño en el entorno digital. Asimismo, se sugiere la elaboración, vigilancia, aplicación y evaluación de leyes, reglamentos y políticas para cerciorarse de que las empresas cumplan sus obligaciones consistentes en impedir que sus redes o servicios en línea se utilicen de forma que causen o propicien violaciones o vulneraciones de los derechos de los niños. En un sentido similar, se enfatiza la necesidad de exigir al sector empresarial que actúe con la debida diligencia en relación con los derechos de niños y niñas, en particular, que lleve a cabo evaluaciones del impacto en dichos derechos y las haga públicas, y preste especial atención a los efectos diferenciados y, a veces, graves que tiene el entorno digital en los menores.

En este punto, he señalado escuetamente algunos de los efectos negativos que acarrea el entorno digital en la vida de niños y niñas. En este sentido, y dada la naturaleza de la cuestión analizada, el presente trabajo propone poner el foco en una serie de objetivos tendientes a lograr la plena protección y resguardo de sus derechos. De este modo, resulta menester proporcionar a todos los menores de edad, acceso asequible a recursos en línea de alta calidad; protegerlos de posibles abusos, explotación, trata, acoso cibernético y exposición a materiales inadecuados, violentos y agresivos; proteger su privacidad e identidad en línea; aprovechar el poder del sector privado —en particular las empresas— para promover normas y

prácticas éticas que los protejan y beneficien en línea; y finalmente, ponerlos en el centro de la agenda de política digital, no como un tema menor, sino como la prioridad que requiere el tratamiento de problemas que afectan a la generación del mañana.

Ergo, sugiero y destaco —como punto nodal y primordial— la promoción de educación cívica digital para niños y niñas con el fin de mantenerlos informados, comprometidos y seguros en línea, conjuntamente con políticas de alfabetización digital que contribuyan a promover las competencias necesarias de estos para maximizar el uso del entorno digital.

## V. CONCLUSIÓN

Los desafíos que se vienen las próximas dos décadas son gigantes. Conforme la tecnología evolucione, también deberán evolucionar leyes, normas, reglamentos de protección de los derechos fundamentales de niños y niñas. El nivel de exposición a hackeos, abusos y violaciones de todo tipo es enorme y es inevitable. De allí la necesidad imperiosa de elaborar políticas de pedagogía digital y de brindar educación cívica digital para entender los riesgos y peligros del entorno digital, manejar los dispositivos y reconocer fácilmente cuando estemos frente a noticias falsas, falsificaciones, páginas o sitios web no confiables o inseguros. Se trata de alinearse con la Convención sobre los Derechos del Niño y considerarlos como sujetos de derecho a los que se les debe una plena protección, tanto en el aspecto económico y político, como en el aspecto social y cultural, guiándolos para que hagan uso de las oportunidades y ventajas de ser parte de un mundo digital. Se necesitan con urgencia nuevas normas para proteger a los niños y niñas. Normas que sean herramientas realmente eficaces, efectivas y operativas; normas que no sean vagas, ni ambiguas, sino que verdaderamente brinden respuestas a las problemáticas señaladas, a través de propuestas concretas, específicas y claras. Todas estas cuestiones nos deben llevar a reflexionar sobre el impacto del entorno digital en la infancia, y a reconocer que, si bien se pueden solucionar algunos problemas, en el camino se pueden generar otros. He allí la necesidad de proteger nuestro bien máspreciado: la infancia. Después de todo, *la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana* dependen de qué tan responsablemente se aborde el asunto de aquí en adelante.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- CABERO ALMENARA, Julio, “Reflexiones sobre la brecha digital y la educación”, Universidad de Sevilla, 2014, España.
- Convención sobre los Derechos del Niño, 20/11/1989, Nueva York, Estados Unidos de América, e.v. 02/09/1990.
- Convenio sobre Cibercriminalidad, 23/11/2001, Budapest, Hungría, e.v. 01/07/2004.
- Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/25, Observación general nro. 25 (2021) relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital, 02/03/2021.
- NARVÁEZ MORA, Maribel, “Neuroderecho: el sentido de la acción no está en el cerebro”, en *Revista de Teoría del derecho*, Año 1, Nro. 2, 2014, pp. 125-148.
- REALE, Julián, “Pornografía Infantil: ¿qué dice la ley argentina?”, en Argentina Cibersegura, URL: [https://www.argentinacibersegura.org/pornografia-infantil-que-dice-la-ley-argentina\\_227](https://www.argentinacibersegura.org/pornografia-infantil-que-dice-la-ley-argentina_227), consultado 02/05/2018.
- República Argentina, “Código Penal de la Nación Argentina”, Ley 11.179, 30/09/1921.



## ENTREVISTAS



## ENTREVISTA A SUSANA RUIZ CERUTTI\*

**Lecciones y Ensayos:** —*¿Qué o quién fue determinante para que decida orientar su vida hacia el mundo diplomático?*

**Susana Cerutti:** —Me gusta empezar con esta pregunta acerca de quién me inspiró, porque eso hace a por qué aparecí en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Tuve una experiencia particular en la escuela secundaria, dado que razones personales hicieron que terminara con pocos años la primaria y la secundaria. Egresé recién cumplidos los dieciséis años y fui directo a la Facultad de Derecho, ya que en el colegio secundario se había despertado mi interés por el derecho. Por el derecho, empezamos por ahí. El derecho internacional vendría más tarde.

Por aquel entonces estaba en un colegio religioso con profesores laicos. Me gustaban mucho las matemáticas, pero no tenía muy claro a qué me quería dedicar hasta el cuarto año. Quien despertó mi interés por el derecho fue una profesora de instrucción cívica, materia en donde aprendí el abecé de la organización del Estado y la sociedad. Esta profesora era una abogada que ejercía la profesión y nos transmitió un entusiasmo muy grande por el derecho. Aprendí tanto con ella que, estando en la facultad, casi no estudié para derecho constitucional porque me bastó con

\* Entrevista realizada por miembros del Consejo de Redacción de *Lecciones y Ensayos* el día 15 de junio de 2021. Susana Ruiz Cerutti es abogada (UBA). Es embajadora de carrera. Recibió la medalla de Oro y Diploma de Honor del Instituto del Servicio Exterior de la Nación. Representó al país en misiones internacionales ante ONU, OEA, FAO, OCDE, UNESCO, COI, Unión Europea, Conferencia de la UN sobre Derecho del Mar y ante la Santa Sede en la Mediación del Papa Juan Pablo II entre Argentina y Chile. Ocupó diversos cargos: fue consejera legal de la Cancillería; Vicecanciller; Ministra de Relaciones Exteriores y Culto; Embajadora ante la Confederación Suiza, el Principado de Liechtenstein y Canadá; Jefa de la delegación argentina en el arbitraje de Laguna del Desierto entre Argentina y Chile; Representante especial y miembro del Consejo Consultivo para temas del Atlántico Sur y agente de la República ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya en el Caso Argentina vs. Uruguay.

los conocimientos adquiridos en esas clases. Con esta base, a los dieciséis ingresé a la facultad y pude terminar la carrera a los veinte.

En el transcurso de esos cuatro años, la materia que más me entusiasmó fue Derecho Internacional Público. No puedo decir que haya tenido la influencia de alguien en particular. Ingresé en el año 1956 o 1957, y si bien asistí a las clases, la facultad se encontraba en una época de reorganización. Por lo tanto, había muchos que, como yo, cursamos la carrera dando exámenes cada uno o dos meses. Todo eso me facilitó egresar a los veinte años. En Derecho Internacional Público, a diferencia del colegio secundario, no tuve un referente, sino que me gustó la materia en sí misma.

Me recibí cuando la mayoría de edad aún era a los veintidós años, por lo tanto, no pude ser apoderada hasta cumplir esa edad, pero sí podía patrocinar. Trabajé en un estudio jurídico prácticamente desde que ingresé a la carrera, es por ello que conocía bien los pasillos de Tribunales. Más adelante tuve una experiencia como abogada en el ámbito civil y comercial. La única área en la que no ejercí fue derecho penal.

Extrañaba el derecho internacional. Me di cuenta de que, ejerciendo la profesión en el derecho privado, sería difícil poder dedicarme a lo que realmente me interesaba. Es por ello que comencé a preguntarme, ¿qué es el derecho internacional? Son relaciones entre Estados, pensé. Entonces, ¿dónde se practica? Allí donde uno representa al Estado y participa de negociaciones de las cuales surgen normas para regir a los sujetos de derecho internacional.

Desde que me recibí hasta mis 26 años, que me presenté al concurso del Ministerio, todo el tiempo pensaba en cómo hacer para acercarme al derecho internacional. Una alternativa era la cátedra, pero eso ya no me interesaba. Me interesaba el ejercicio práctico, "estar en la cocina" y la única cocina era la negociación diplomática.

El Instituto de Servicio Exterior de la Nación no estaba funcionando y, es por este motivo que, a finales del año 1966, principios del 1977, se pone en marcha la posibilidad de cursar una carrera de ingreso al Ministerio de Relaciones Exteriores. Fue así como en el año 1967 me presenté al primer concurso para ingresar a este Instituto, pues los colegas que habían ingresado antes de este año lo habían hecho rindiendo y aprobando exámenes, pero no por medio de concurso, como fue mi caso. Con esto, se pensaba impulsar una especie de renovación e ingreso a la carrera de gente joven con una preparación previa. Se daban materias muy variadas ya que se estaba ensayando con mi promoción que fue la primera en cursar el Instituto.

En los exámenes de ingreso fuimos seleccionadas 40 personas, pero desgraciadamente tres no pudieron terminar, así que ingresamos 37. Fue la promoción más numerosa que ingresó a la cancillería desde su creación, evidentemente toda una experiencia. A tal punto fue así que cuando ingresamos al primer año del Instituto no sabíamos que iba a haber un segundo año, nos enteramos a mitad del primer año. La cursada en el Instituto era *full time*, muchos colegas habían tenido que dejar trabajos e interrumpir su actividad rentada para ingresar al Instituto, había que estar desde la primera hora de la mañana hasta la última hora de la tarde. Pasado todo esto, ingreso.

Mi debilidad por el derecho internacional lógicamente dio como resultado que, junto con otros tres colegas, fuéramos seleccionados para ejercer actividad en la consejería legal de la cancillería. Fue ahí donde empecé realmente mi experiencia diplomática.

Comencé a tratar temas relacionados con lo multilateral, con Naciones Unidas, con la OEA. Estaba en reuniones en las cuales no solo se negociaban normas multilaterales sino también problemas limítrofes que todavía tenía el país, y esto de alguna forma, me llevó a especializarme en esos asuntos.

Mis primeras aproximaciones a las relaciones de Argentina con el exterior fueron con nuestros vecinos. Por ejemplo, en Uruguay todavía no estaba definida la situación en el Río de la Plata o, por otro lado, en Chile había varios temas pendientes desde hacía tiempo. Desde la consejería legal nos dedicamos a estudiar y ver las posibles soluciones a estos conflictos. De alguna manera estos procedimientos internacionales ligados a la solución pacífica de controversias marcaron mis primeros pasos dentro de la cancillería.

La primera experiencia práctica fue, junto con mi primera salida al exterior, el arbitraje con Chile sobre el Beagle. Yo era tercera secretaria, estaba en el anteúltimo escalón pues en ese entonces el último era agregado de embajada. En esa oportunidad, trabajé con un equipo excelente donde aprendí muchísimo y conocí a quien yo considero fue mi mentor en los primeros años de cancillería, el embajador Ernesto de la Guardia (padre), porque tiene un hijo que se llama igual y es un colega en actividad actualmente.

En ese entonces, en el año 1971, se instaló una agencia arbitral en Ginebra, por ser esta una ciudad que es tradicionalmente sede de arbitrajes importantes internacionales. Allí, se llegó a un acuerdo entre Argentina y Chile para instalar las respectivas agencias arbitrales y librar la batalla

jurídica en esa sede. Estuvimos ahí hasta el año 1977, fueron intensos trabajos de desarrollo del tema ante un tribunal arbitral que culminó con un resultado que no fue favorable para Argentina y creó muchos problemas para después.

Esto que relaté es un poco para que vean por qué no me bastaba con el derecho interno y me hacía guiños el derecho internacional. Eso me conduce al concurso para ingresar al Instituto del Servicio Exterior y luego a la carrera y cuáles fueron las primeras experiencias con el derecho internacional en la práctica.

**Lecciones y Ensayos:** —*Debe haber sido una experiencia muy importante y también la relata como tal, más si era full time.*

**Susana Cerutti:** —Era *full time*, yo me arreglaba en las horas nocturnas para seguir atendiendo algunos casos de mi estudio, pero casi que tuve que dejar toda la actividad profesional porque realmente era muy exigente el Instituto, había materias, idiomas, trabajos prácticos realmente era de tiempo completo.

**Lecciones y Ensayos:** —*¿Cuál fue su intervención en el conflicto del Canal de Beagle? ¿Y cuáles fueron los aspectos técnicos de ese arbitraje?*

**Susana Cerutti:** —Este, tal como les mencioné, fue el primer caso ante un tribunal en el que me tocó participar. El tema de solución de controversias con Chile es muy interesante, pero yo aconsejo hacerlo porque es realmente un modelo para resolver problemas limítrofes.

Como verán, tenemos la tercera frontera terrestre más larga del mundo, lo cual no es sencillo y sobre todo entre dos países latinoamericanos que provienen de una colonización española que se caracterizó por cierta incertidumbre en cuanto a los límites de las respectivas jurisdicciones. Debido a esto, cuando nos asomamos a la vida independiente, lo primero que hicimos fue firmar un acuerdo en 1826 donde nos comprometimos a no pelear y dejar todo reservado para cuando pudiéramos tratar más en profundidad la cuestión. En el mientras tanto, acordamos que nuestra norma era el *uti possidetis iuris* esto quiere decir “poseerás como poseíste” con lo cual los dos países íbamos a reconocer recíprocamente aquellos territorios que teníamos cuando éramos colonia.

En 1839, si no me equivoco, tenemos otro acuerdo reiterando el *uti possidetis* y reservándolo para un tratamiento posterior, pero fue en 1881 finalmente cuando llegó el momento de tener el tratado de límites que nos debíamos. En este acuerdo, decidimos adoptar los altos picos de la cordillera de los Andes como líneas divisorias de las aguas desde la puna hasta

el estrecho de Magallanes. En el medio de esta negociación, acordamos declarar que el estrecho de Magallanes estaba reservado a la navegación de todas las banderas y que no iba a estar sujeto a ninguna obstrucción. En otras palabras, acordamos la libre navegación por el estrecho.

Negociado esto, llegaba el momento de demarcar esos límites. Fue en este momento cuando se presentaron los problemas porque no había un conocimiento geográfico suficiente respecto a esos extensos tramos de fronteras que venían desde la puna y terminaban en el estrecho de Magallanes. Es decir, la cordillera no era igual en toda la extensión desde el principio hasta el fin del continente. Entonces, ¿qué pasaba con la cordillera cuando llegaba a la altura más o menos del sur de Mendoza? Empezaba a bifurcarse. En vez de ser una sola cadena con una línea de altas cumbres bien clara, se empezaban a crear otras cadenas. Ya no existía esa línea clara de altas cumbres divisoria de aguas. Había, por ejemplo, valles transversales y lagos que se cruzaban. En definitiva, eso es lo que llevó a que las partes adoptarán posiciones divergentes en cuanto a dónde iba el límite, sobre todo en la parte austral del continente.

Fue así como en 1896, esta situación nos llevó a solicitar por primera vez el arbitraje británico para todas aquellas partes en las que no nos habíamos puesto de acuerdo. Por un lado, Chile sostenía que la divisoria entre los dos países era la línea divisoria continental, o sea la línea que separaba las aguas que iban al Atlántico de las que iban al Pacífico. La realidad es que al producirse estas reivindicaciones que mencioné en la cordillera, esta no pasaba por las altas cumbres sino pasaba por el medio de la Patagonia. Entonces, la divisoria continental hubiera significado, estrictamente aplicada, enormes cantidades de extensiones de tierra en el sur que hubiesen quedado en el lado chileno. Es por ello que esta interpretación de las altas cumbres que dividen las aguas no fue aceptada por Argentina. Por el contrario, nosotros sosteníamos que no había que buscar hasta donde llegaban las aguas que caían de las altas cumbres y como se diversificaban. Esta diferencia fue lo que provocó que haya varias zonas, particularmente en el sur del país, en las cuales no hubo arreglo y se solicitó el arbitraje británico que culminó con un laudo en 1902. En este se comprobó que, ni la línea argentina ni la línea chilena, eran las más adecuadas para dividir estas zonas de controversia porque no respondían a la naturaleza del terreno donde debían ser aplicadas.

De esta manera, la línea que aprueba y razona el árbitro no va ni en el extremo que quería Argentina ni en el que pretendía Chile. Era una línea intermedia entre estas dos posiciones. Como resultado de todo esto, ese

mismo año, los dos países celebraron un tratado general de arbitraje donde apuntaron como principal árbitro a la corona británica y, como alternativa a esta, al gobierno suizo. Este tratado general de arbitraje tenía una vigencia de diez años y podía ser reconducible por igual plazo, sin necesidad de manifestación alguna. Así fue sucesivamente, hasta el año 1972, puesto que Argentina decidió proponer y negociar una solución judicial de controversia, la cual se aprobó y entró en vigor. A partir de esta, ya no se recurría a la corona británica. Hay que pensar que, detrás de todo esto teníamos la cuestión Malvinas con el Reino Unido. Era un poco contradictorio tener a la corona británica como árbitro entre estos dos países vecinos. Entonces, en esa época, se decidió negociar y poner en vigencia un tratado de solución judicial de controversia, ¿por quién se reemplaza la corona británica? Por la Corte Internacional de Justicia.

Antes de esto, en 1971 —un año antes de haber celebrado el tratado de solución judicial de controversia— Chile y Argentina deciden utilizar el tratado de 1902, que incluía a la corona británica, para solucionar el conflicto del Paso de Pino Hachado. Como existía resistencia por parte de Argentina de utilizar como árbitro al Reino Unido para la solución de un problema semejante, se interpuso entre el árbitro y el problema un “consejo asesor”. Se trató de una especie de comisión, integrada por cinco jueces de la Corte Internacional de Justicia. Ellos actuaron en el fondo como los árbitros reales; es decir, recibieron las exposiciones de las partes en las audiencias orales, recibieron también los escritos que se presentaron: memoria, contramemoria, réplica y dúplica. Luego, llegó el momento en el que dictaron su opinión. Según lo que habían acordado Argentina y Chile, esa opinión podía ser aceptada en todas sus partes o rechazada en todas sus partes por el árbitro, pero este no la podía modificar. En consecuencia, cuando la comisión se pronuncia, entrega al árbitro su opinión y el árbitro tiene solo las alternativas de aprobar, rechazar y luego comunicar a las partes.

Evidentemente, ante ese resultado lo más visible del caso eran las islas Picton, Nueva y Lennox, quedaban dentro del territorio, el cual, según el tribunal, había sido asignado a Chile por el tratado de 1881. Además, había otro aspecto del caso que era favorable para Argentina: la línea media del Canal de Beagle. Chile pretendía que, cuando el tratado estipulaba que el límite de Tierra de Fuego llegaba hasta tocar el Canal de Beagle, todas las aguas del canal serían chilenas. Esto implica decir que, de ahí para el sur, desde la costa argentina del Canal de Beagle, todo sería de Chile. Sin



embargo, el tribunal le otorgó menos importancia a ese aspecto que a las tres islas principales de la boca del canal, las cuales le fueron de alguna manera atribuidas a Chile por el resultado de este arbitraje. Esta era la situación en la que estaban las dos partes en el año 1977. Mi lectura de este caso se podría resumir en lo siguiente: las dos partes, Argentina y Chile, que estuvieron realmente muy cerca de un enfrentamiento armado en el año 1978, para solucionar este caso usaron todos los medios de solución que prevé la Carta de las Naciones Unidas. ¿Por qué digo esto? Estuvo el arbitraje, con un elemento de la Corte Internacional de Justicia que coincidía —de alguna manera— con el nuevo tratado de solución judicial que ya estaba en vigencia pero que no fue aplicado al caso del Beagle. Es decir, tuvo dos elementos de solución judicial y el arbitraje.

De todas formas, a pesar de toda la tensión que hubo, en el año 1978, la Santa Sede decidió tomar intervención. Juan Pablo II, el nuevo Papa, decidió intervenir para que la violencia no escale y eligió a un enviado especial: el cardenal Samoré. Las dos partes del conflicto decidieron aceptar su misión de buenos oficios. Así, entre el 1978 y 1979, se desarrolló la gestión entre Buenos Aires y Santiago. Es decir, el cardenal hacía una propuesta en Buenos Aires, viajaba a Santiago y hacía la misma propuesta, recogía las expresiones y repetía. En esos días la Santa Sede propuso a las dos partes una mediación papal posterior a los buenos oficios. Para la mediación papal había un texto de un acuerdo y, a su vez, había una especie de acuerdo complementario de *statu quo* para evitar cualquier acción que pudiera alterar la paz entre los dos países. Estos dos acuerdos se firmaron en Montevideo en enero de 1979 y de su contenido surgió que ambos países enviarían al Vaticano una misión especial para informarle a la Santa Sede todas las características del caso según los respectivos puntos de vista. Esto tuvo lugar en el mes de marzo de 1979. Llegaron las dos delegaciones, se instalaron a trabajar con el cardenal Samoré y con un ayudante en la Casina de Pío IV en los jardines vaticanos durante seis meses —de marzo a septiembre— y le informaron las respectivas posiciones al Vaticano. Como resultado, el Papa aceptó proponer la mediación y las dos partes la aceptaron. Esta comenzó en el mes de septiembre del año 1979. Se desarrolló una larga negociación que tuvo altos y bajos, pero que finalmente culminó en el Tratado de Paz y Amistad en 1984, que hoy en día rige entre los dos países.

Durante este proceso estuve en el arbitraje de Ginebra como tercera secretaria, el cual terminó con la firma del Tratado de Paz y Amistad. Este entró en vigor el 2 de mayo del año 1985 en presencia del Papa, a través

del canje de instrumentos de ratificación. Desde el arbitraje de Ginebra hasta ese momento, mi trabajo fue ese tratado. Así que viví todos los procedimientos: arbitraje, negociaciones bilaterales, buenos oficios, mediación.

Fue un momento de mucha tensión en el año 1978. Yo formé parte de la delegación que en Roma informó al Vaticano de la postura argentina, al mismo tiempo que la delegación chilena hacía lo propio con su posición.

Participé de todas las negociaciones que condujeron al Tratado de Paz y Amistad de 1984, y de todas las consultas populares que se hicieron a lo largo del país para determinar si celebrarlo o no. Fue la primera vez que se adoptó una medida de este tipo, aun cuando no estaba incorporada en la Constitución Nacional. Particularmente, me tocó trabajar en Ushuaia, una ciudad que se oponía fuertemente a la celebración del tratado. También trabajé en Buenos Aires y Mar del Plata. Se había armado todo un equipo encargado de la difusión del proyecto y de su importancia para terminar una controversia que había comenzado hacia fines del siglo XIX, en 1892.

Desde 1907, se venían probando diversas fórmulas para solucionar la disputa en torno a la boca del Canal de Beagle, entre ellas el arbitraje con el Reino Unido en 1903 y con los Estados Unidos en 1938. Recién en 1971, se firmó el compromiso arbitral, en donde se incorporó a cinco jueces de la Corte. Argentina obtuvo un resultado negativo, pero, como se trataba de una decisión cuestionable, no impidió la intervención de su santidad. De hecho, su intervención condujo al Tratado de Paz y Amistad, del cual la Santa Sede sigue siendo la encargada de vigilar su buen cumplimiento.

Yo me incorporé en este proceso en el año 1971, para participar del arbitraje en Ginebra, y finalicé mis funciones en 1985, cuando el tratado entró en vigor. Durante estos años también realicé otras tareas, pero siempre participé en cada una de las etapas de esta controversia y apliqué los distintos métodos de solución mencionados.

Posteriormente, en el arbitraje de Laguna del Desierto, conduje al equipo argentino. Ese fue el primer y único caso en los arbitrajes sobre límites territoriales en donde Argentina obtuvo la totalidad de sus pretensiones. La línea argentina fue aprobada e interpretada por el Tribunal Arbitral como la correcta para ese sector de la frontera, el cual había quedado sin demarcar luego del arbitraje británico de 1902. Asimismo, este arbitraje fue una aplicación práctica y concreta del Tratado de Paz y Amistad y de los sistemas de solución de controversias, con un buen resultado para el país.

**Lecciones y Ensayos:** —*Recurrió a muchos métodos de solución de conflictos durante la controversia con Chile y hubo momentos de mucha tensión...*

**Susana Cerutti:** —Mencioné el conflicto con Chile porque se pueden ver todos los métodos de solución de controversias. Conozco otros tribunales, pero este caso me permitió mencionarles todos los sistemas de solución que han usado estos dos países.

**Lecciones y Ensayos:** —*Además fue un conflicto muy largo...*

**Susana Cerutti:** —Desde 1892 existen interpretaciones divergentes sobre la desembocadura del Canal de Beagle. El conflicto creció con el tiempo hasta convertirse en algo realmente muy complejo en los años setenta.

**Lecciones y Ensayos:** —*¿Tenía predilección por alguno de los métodos que mencionó? ¿Cree que alguno de ellos puede evitar que escale la tensión entre los Estados, o en determinado momento la labor diplomática deja de ser útil?*

**Susana Cerutti:** —En el caso con Chile, la intervención de la Santa Sede fue algo excepcional, al punto de que fue la única mediación llevada adelante por aquella durante todo el siglo XX. El cambio de Papa, por un lado, y la posibilidad de un enfrentamiento armado entre dos países católicos cuando estaba por darse su primera visita a Latinoamérica, por el otro, posibilitaron el recurso a ese método. El cardenal Samoré recibía continuamente a ambas delegaciones para buscar una solución. Sus esfuerzos por evitar un conflicto armado fueron increíbles, a pesar de que murió sin poder ver su feliz conclusión.

América Latina es un campo en donde la Santa Sede se siente responsable y eso hizo que estuviera disponible para ofrecer sus buenos oficios en un primer momento y, con posterioridad, una mediación. Un conflicto hubiera sido muy grave tanto para la Santa Sede como para la región y para las futuras relaciones entre dos países vecinos. La propuesta de mediación fue muy oportuna para bajar las tensiones y abrir un espacio de negociación con otro escenario y otros métodos. La mediación de la Santa Sede fue eficaz.

En otros casos, las negociaciones bilaterales o multilaterales son la mejor alternativa, aunque siempre se puede recurrir al arbitraje o a un tribunal. Por ejemplo, en la controversia con Uruguay, se apuntó directamente a una solución judicial a través de la Corte Internacional de Justicia, que es el órgano establecido en los tratados del Río de la Plata y del río Uruguay.

En el caso de la Fragata Libertad, se acudió al Tribunal del Mar. Ghana no aceptó la jurisdicción contenciosa del Tribunal de Hamburgo. Sin embargo, uno de los anexos de la Convención del Mar prevé que cuando una de las partes en una controversia relacionada no reconoce jurisdicción, igualmente el Tribunal es competente para dictar medidas cautelares,

siempre y cuando se inicie simultáneamente una demanda arbitral por parte del Estado que pretende la adopción de la medida cautelar contra aquel que no reconoce la jurisdicción.

Argentina, que reconoce la jurisdicción del Tribunal, era la damnificada. Primero demandó a Ghana por haber embargado la fragata, de acuerdo con el Anexo 7, teniendo en cuenta el daño producido y la acción unilateral e ilegítima. Ghana tuvo dos semanas para pronunciarse sobre la satisfacción a la medida solicitada por el actor, es decir el levantamiento del embargo. Al no haberlo hecho, Argentina se presentó en Hamburgo a solicitar el levantamiento. El Tribunal del Mar aceptó ese pedido e impuso un procedimiento cautelar rapidísimo.

La Fragata Libertad fue embargada el 2 de octubre y liberada el 30 de noviembre. El 14 de noviembre se hizo la presentación ante el Tribunal, y el 28 de noviembre, este se constituyó para recibir las audiencias en la cual las partes expusieron su caso. Cuando terminó este procedimiento sumario, el Tribunal decidió el levantamiento del embargo el 15 de diciembre.

Luego, con la fragata de regreso, siguió el procedimiento. Se constituyó el tribunal arbitral, con cinco árbitros, y se estableció como sede La Haya, con el fin de utilizar las instalaciones de la Corte Permanente de Arbitraje, de la cual somos miembros. En el ínterin, se llevaron a cabo negociaciones bilaterales por fuera del procedimiento y se logró un acuerdo. Ghana otorgó muchas satisfacciones a Argentina, incluyendo una decisión de su Corte Suprema de Ghana que declaró que el embargo había sido irregular y una nota a todos los países miembros de las Naciones Unidas en donde se reconoció el error cometido. Es por ello que este caso es considerado emblemático en los cursos de La Haya.

Aquí también se utilizaron varios métodos. Hubo medidas cautelares, procedimientos arbitrales, negociaciones paralelas y un acuerdo que puso fin al procedimiento arbitral. Siempre se da una combinación de métodos, pero indudablemente la negociación diplomática es una herramienta muy importante.

**Lecciones y Ensayos:** —*En relación con el caso de las papeleras, usted había mencionado que no se había recurrido al arbitraje, sino a la Corte Internacional de Justicia...*

**Susana Cerutti:** —No era una opción. El Tratado entre Argentina y Uruguay prevé esa instancia en caso de violencia. Si mañana tenemos otro conflicto, se deberá recurrir también a la Corte Internacional de Justicia.

**Lecciones y Ensayos:** —*¿Cree que esa es la mejor opción?*

**Susana Cerutti:** —Es una pregunta compleja porque nosotros hemos tenido buenos resultados con el arbitraje y otros no tan buenos. Mientras

exista la posibilidad de un procedimiento acordado entre dos países que puedan estar enfrentados por un problema serio entre ellos, y más si son vecinos, hay que tener un instrumento que sea de aplicación obligatoria. Por ejemplo, con respecto a Chile, el Tratado de Paz y Amistad ya no establece el arbitraje solo por diez años reconducibles, sino de manera permanente. La Santa Sede buscó asegurarse que estos dos vecinos tengan siempre una salida negociada.

Con respecto a la Fragata Libertad, muchos expertos en derecho internacional consideraban que no se debía solicitar una medida cautelar en Hamburgo sin antes haber agotado los recursos internos de Ghana. Sin embargo, eso hubiera significado mantener a la fragata en el Puerto de Tema por años, y no por meses o por días. La situación se hubiera tornado muy difícil, ya que, a principios de noviembre, se produjo un incidente y casi hubo un abordaje. Si hubiese mediado el uso de armas de fuego, la situación se habría tensado. Es por ello que había que operar muy pronto y recurrir a todos los instrumentos que tuviéramos disponibles para encontrar una salida pacífica a la situación. La posibilidad de interponer esa medida cautelar ante el Tribunal de Hamburgo evitó un conflicto que podría haber sido muy grave.

**Lecciones y Ensayos:** —*En cuanto al conflicto armado con el Reino Unido por las Islas Malvinas, ¿cuál fue su intervención y cuál fue el papel de la Cancillería en las negociaciones previas?*

**Susana Cerutti:** —Sobre ese tema puedo decir poco, porque desde 1979 estuve en Roma, trabajando con la mediación. No seguí los procedimientos previos ni las negociaciones —sin duda complejas— posteriores a la “invasión”. Recién regreso a Buenos Aires en mayo de 1985, luego de la entrada en vigor del Tratado de Paz y Amistad.

En 1982, yo estaba muy alejada del país y del desarrollo de las negociaciones que tuvieron lugar, tanto en las Naciones Unidas como en Buenos Aires. También se realizaron misiones para buscar puntos de acuerdo. Lo conozco, sí, pero como hecho histórico, no por haberlo vivido.

Por aquel entonces no teníamos las conexiones que existen en la actualidad. Por supuesto que tenía información, pero no seguí el procedimiento en detalle. No puedo hablar mucho sobre ese tema.

Tuve una relación un poco más cercana con el tema de las Islas Malvinas desde 1999. Me propusieron integrar el Consejo Consultivo sobre temas vinculados al Atlántico Sur (CASUR): una comisión creada en marzo de ese año para completar los estudios relativos a los antecedentes históricos, documentales y jurídicos sobre la situación de las Islas Malvinas y la relación de nuestro país con el Reino Unido, que se remontaba a

mucho antes del descubrimiento de América. Integré la comisión de búsqueda y reunión de antecedentes jurídicos, los cuales serían eventualmente utilizados al momento de exponer de manera documental y detallada la historia del diferendo y la posición argentina.

Al mismo tiempo tenía otra función, por lo cual mi participación dependía de la disponibilidad de tiempo. Me refiero a que ese mismo año, a mi regreso de Canadá, fui nombrada Representante Especial para Asuntos del Atlántico Sur por el entonces canciller Adalberto Rodríguez Giavarini.

Luego de que asumiera Fernando de la Rúa, se inició una reorganización de la Cancillería respecto a cómo estaban definidas las acciones de política exterior. Entre tales acciones, se buscaba unificar la gestión sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur, y la zona antártica, porque había quedado dividida entre dos direcciones y dos subsecretarías durante la administración inmediata anterior. El verdadero objetivo era lograr esa unificación para una mejor gestión de todos los temas vinculados por el Atlántico Sur.

**Lecciones y Ensayos:** —*¿Qué sintió al ser designada canciller? ¿Cuál fue su experiencia al ocupar un cargo históricamente ocupado por hombres?*

**Susana Cerutti:** —Hace poco, mediante un trabajo que publicaron desde la Asociación de Diplomáticas Mujeres, me he enterado que fui la primera mujer canciller en América Latina, no solo en Argentina. Pero sí es cierto que en nuestro país no hubo hasta entonces y después de mí solo estuvo Susana Malcorra, que asumió en diciembre del año 2015.

Fue una época muy difícil, como ustedes saben. Ese último año del gobierno del Dr. Alfonsín fue muy complicado. Yo era vicecanciller desde las elecciones de septiembre de 1987, cuando a Jorge Sábato lo nombraron ministro de Educación, y dejó la vicecancillería vacante. Por eso Dante Caputo —con quien trabajaba en muy buena sintonía— me designó en su reemplazo. Con Jorge hicimos una labor muy armónica y disfruté muchísimo de esos años de trabajo.

Durante esa presidencia, Dante tuvo un papel realmente brillante, con una gran actividad internacional, a tal punto que, en septiembre de 1988, lo designan presidente de la Asamblea General de Naciones Unidas. Tenía muchas responsabilidades, pero fue una época brillante para Argentina, teníamos una presencia en Naciones Unidas muy importante.

Yo tenía mucho trabajo en Buenos Aires: viajaba poco y estaba muy “en la cocina”, por lo cual tenía mucho contacto con el presidente. En las

reuniones de Gabinete —en las que podía participar como secretaria de Estado—, nos conocimos bastante con Raúl Alfonsín.

Cuando todavía Dante era presidente de la Asamblea, fueron las elecciones generales en Argentina y ganó Carlos Menem con el justicialismo. Las elecciones se habían adelantado a mayo y el traspaso estaba programado recién para diciembre. Desde el punto de vista económico financiero nos encontrábamos en una situación muy grave, y la administración tenía que conducir el destino del Estado hasta fin de año. Eso dio lugar a situaciones muy tensas, muy críticas, que llevaron a anticipar la entrega del mando al mes de julio.

Pero las elecciones de mayo también afectaron el ejercicio de la función. Por ejemplo, Dante Caputo fue elegido diputado e inmediatamente después de eso el presidente decidió hacer un reajuste de gabinete, lo cual implicó también a Dante porque ya tenía su elección como diputado. Por ese motivo, como era por un breve lapso, como ya nos conocíamos y habíamos trabajado tanto con Dante como con Raúl Alfonsín, les pareció más sencillo que yo continuara, pero en lugar de estar en el piso tal, estar en el piso cual, que asumiera ya como canciller. A raíz de eso vino el ofrecimiento, que por cierto me honró muchísimo y me hizo sentir muy responsable por el momento que estábamos viviendo.

Por la situación general del país juramos en la casa de gobierno y yo decidí salir por la puerta de adelante. La plaza estaba en plena histeria por un acto en contra del gobierno terrible, había manifestaciones muy contrarias constantemente. Fue muy duro. También fue duro cumplir con todas las obligaciones materiales, las misiones en el exterior en ese contexto económico financiero. No fue para nada fácil.

Yo asumí el 26 de mayo y el gobierno del doctor Menem asumió el 8 de julio, así que mi cancillería duró ese breve lapso, pero, ya venía preparándome por esos dos años previos como vicecanciller, donde me tocó trabajar bastante en todos los temas de la política exterior, no solamente político internacionales, sino también de asuntos económicos importantísimos. Por ejemplo, el tratado RAPIA (Tratado para la Creación de una Relación Asociativa Particular entre Italia y Argentina) se firmó en esos tiempos y también la negociación del tratado de integración y comercio con España se dio en ese momento. Recuerdo que estábamos despidiendo al Dr. Alfonsín en la sede de la cancillería el día antes de que asumiera el Dr. Menem y deliberadamente acordamos con España la firma del tratado en el Palacio San Martín. Yo estaba presente como canciller saliente y el Dr. Cavallo

asistió como canciller entrante, invitado especialmente como prueba de la continuidad democrática republicana de la gestión en algunos aspectos que eran muy importantes, por ejemplo, la posición de Argentina en el comercio exterior. Fue una muy linda experiencia, aunque muy difícil.

**Lecciones y Ensayos:** —*¿Cuáles son las expectativas que usted cree que tiene la ciudadanía respecto de la función diplomática? En relación con esto, ¿debería el servicio exterior desempeñar una función social más activa?*

**Susana Cerutti:** —Lo más importante que tiene que hacer el diplomático argentino es trabajar por los intereses permanentes de la Nación. Esa es la orden superior que las normas le imponen al diplomático: siempre pensar en los intereses superiores y permanentes de la Nación. Sobre esto, deben ser vistos en relación directa con la gente, es decir, con los objetivos que benefician a la gente al mismo tiempo.

Un buen ejemplo es la integración económica. Esta es una actividad del país cuyo éxito en cuanto a la decisión de integrarse con otras economías va a traducirse automáticamente en un beneficio para la población ya que va a significar un egreso e ingreso de mercaderías, de divisas y de tecnología que siempre va a ser positivo. Ahí los intereses permanentes de la Nación van a estar bien defendidos. En ese trabajo, los funcionarios diplomáticos tienen mucho que hacer tanto en el exterior como en el país. Es así como no todos son pleitos, también he tenido funciones "normales" o de la cotidianidad que implican representar al país y de buscar los mejores vínculos tratando de sacar la mayor cantidad de beneficios que, a su vez, traerán efectos positivos para la población. Esto evidentemente es una función importante. También esto es importante desde acá, desde Cancillería, ocuparse de todos aquellos temas en colaboración, cooperación, en contacto permanente con las misiones en el exterior. Es fundamental evaluar cómo se negocia con ellas pensando en qué nos interesa y cómo lograrlo para obtener el mejor resultado posible. En esta labor el funcionario diplomático puede contribuir enormemente y lo hace de manera silenciosa. Es así como ustedes no pueden observar todos los días en los diarios cuál es la actuación de un funcionario diplomático, pero si la pueden ver en las consecuencias del día a día.

Un ejemplo bien gráfico: ¿qué pasó con los que quedaron varados en el exterior el año pasado? Los funcionarios en el país y en el exterior que tuvieron que buscarle solución a la cantidad enorme de argentinos que quedaron varados cuando se produjo la parálisis del movimiento de transporte



desde el exterior al país fue realmente dramático. Sobre este tema en específico conozco bastante porque, aunque esté retirada, tengo amigos colegas dedicados a esta área: vuelos, combinaciones y el apoyo ante los países ante los que estaban acreditados. Es así como me comentaron que pasaron muchas noches en un teléfono o desde una computadora sin parar de trabajar en el mes y medio más crítico. Después de eso, el tema se fue solucionando.

Los que estaban acá vivían dedicados a eso mañana, tarde y noche. En un periodo de la pandemia que no se concurría al edificio de la cancillería, sino que trabajaban desde su casa. Un trabajo muy patriótico y con muy buenos resultados, muy eficaz, esto es fundamental. No solo los que estaban acá en Buenos Aires, sino también aquellos que se encontraban en las distintas embajadas en el mundo. Era muy difícil solucionarlo y, a la vez, urgente. Fue un trabajo titánico del cual realmente no hay conciencia en la opinión pública.

**Lecciones y Ensayos:** —*¿Cuáles son o cuáles usted cree que son los próximos escenarios o desafíos que tiene el país en el ámbito diplomático?*

**Susana Cerutti:** —El gran desafío es cómo nos adaptamos todos, Argentina y el mundo, a los cambios que nos va a exigir esto que hemos estado y estamos viviendo. Esto nos va a costar a todos grandes esfuerzos, ya no es solamente que peleamos por las vacunas, es decir, por la parte asistencial, médica y de salud. Todo está en proceso de cambio: la tecnología, la manera de enfocar el trabajo y la educación. Es algo que indudablemente va a haber que pensar, realmente “ponerse las pilas” como dicen los chicos.

Prepararse para todos los cambios que se están produciendo y aquellos que se acercan. Por esta razón, la cooperación internacional va a ser fundamental. El esfuerzo que le va a costar a la sociedad humana restablecerse después de todo de este “sacudón” va a ser muy grande y allí nosotros vamos a tener que actuar cooperando con otros países, desde ya con los vecinos. En este sentido, la situación del Mercosur es preocupante porque existe bastante tensión entre los países. Hay que entender que no hay país que pueda salir solo de esta situación.

Nosotros hemos tenido épocas de gran aceptación en tema de cooperación internacional. Hemos constituido, trabajado y participado en actividades en zona de conflicto. Sin embargo, no solo tenemos que centrarnos en nuestra experiencia en el exterior, tenemos que aplicarla dentro. Evaluar cómo nos ha afectado la pandemia, y lo que hemos vivido desde entonces, para después volcarlo a mejorar nuestra situación. Las cifras son

preocupantes: 50 % de inflación, de pobreza y de chicos mal alimentados. También hay que tener en cuenta la situación de la educación en el país. Hay que reparar el sistema educativo después de este cierre tan extenso de clases y pensar también cómo vamos a modernizarlo.

Ahora es cuestión de ganar tiempo, de hacer las cosas más rápido para ponernos a la altura de otras sociedades que han avanzado un poco más. Pensemos que esto no solo nos ocurre a nosotros, tenemos que ver cómo actúan los otros. Capitalizar la experiencia que han tenido otros países y, sobre todo, centrarnos en las necesidades de nuestra población. Es una tarea titánica pero no nos engañemos, esto también lo van a tener que hacer la mayoría de los países. Es necesario trabajar ordenadamente. Ver, por un lado, donde nos pueden ayudar y, por el otro, donde nosotros podemos ser de ayuda.

**Lecciones y Ensayos:** —*¿Cree que se debería apostar a la integración latinoamericana o habría que buscar otros espacios más eficaces?*

**Susana Cerutti:** —Mercosur fue una experiencia muy importante. No nos olvidemos cuando comienza: con la recuperación de la democracia. Es una de las acciones más exitosas del comienzo de la administración de Raúl Alfonsín. Significó dejar de lado, definitivamente creo yo, y espero que sea así, totalmente la hipótesis del conflicto con Brasil. No podíamos desarrollar nuestra Mesopotamia por temor a la invasión ni realmente explotar toda una zona de nuestro país. Alfonsín le dijo a Sarney cuando se encontraron en Iguazú: "crecer juntos". Esa era la clave, darnos la mano para seguir adelante juntos. Esto nos llevó posteriormente a celebrar el Tratado de Asunción en 1991. Tal vez al principio la idea solo era crear una zona de libre comercio menos rígida, pero evidentemente eso nos marcó el camino.

Hay que hacer algunos ajustes, pero hay que seguir con la idea de "crecer juntos". Tenemos que hacer una gran apertura y para ello es clave trabajar juntos.

Yo veo que el área del Océano Pacífico se comporta de otra manera. La integración nos resultó en un principio útil. Sin embargo, no deberíamos aferrarnos a fórmulas rígidas que impidan que progreseemos. Debemos buscar la manera de seguir aplicando en la práctica, de acuerdo a las circunstancias que se nos van presentando, ese famoso "crecer juntos" que nos sirvió tanto en los años ochenta.

**Lecciones y Ensayos:** —*Cambiando de tema, ¿qué libro considera imprescindible?*

**Susana Cerutti:** —Responder esto siempre me cuesta muchísimo. Yo creo que cada uno debe buscar aquello que le siente más, de acuerdo con lo que busca como futuro. Es decir, en mi caso, las lecturas ligadas a las relaciones internacionales y al derecho internacional fueron decisivas para encontrar el camino profesional que me interesaba. Sin embargo, creo que ahí cada uno debe buscar su propia tendencia.

En mi caso, dos manuales que me sirvieron fueron el de Podestá Acosta y el de José María Ruda.

**Lecciones y Ensayos:** —*¿Tiene algún consejo para estudiantes o para recién graduados que se quieran dedicar a la carrera diplomática?*

**Susana Cerutti:** —Sin lugar a dudas, presentarse en concurso al ISEN (Instituto Servicio Exterior). Eso es lo más efectivo, porque sigue siendo la forma de ingresar a la carrera diplomática. Además, recomiendo buscar alguna especialización en relaciones internacionales o lecturas sobre la materia, sin ponerles ningún título en particular. Estas cosas son las que me dieron el resultado que tuve.

**Lecciones y Ensayos:** —*Es una inspiración escuchar las cosas que logra el derecho internacional y cómo evoluciona. Como usted dijo, una herramienta poderosa, aunque a veces silenciosa.*

**Susana Cerutti:** —Además algo que es muy importante, y que a mí también me ha significado una gran lección durante toda mi carrera profesional, que es el trabajo de equipo. Es decir, solos no hacemos nada. Héroe solitarios y anónimos, no. Sobre todo, en las áreas de derecho internacional, relaciones internacionales, diplomacia y solución de controversias.

Desde el principio de mi carrera, tuve experiencias en equipo con gente que recuerdo con muchísimo cariño. Después, cuando pasaron los años, me tocó a mí crear esos equipos, y les aseguro que esa es la fórmula del éxito: trabajo en equipo.



## 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 quienes dictaminen a favor de la publicación de la asignación, esta queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si la totalidad 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 autor o la autora reciben los votos fundamentados de los y las dictaminantes.

El plenario es la instancia donde la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de las y los miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple, recibiendo el autor o la autora una minuta con los principales argumentos esgrimidos en el debate.

A diferencia de los ensayos y las lecciones, las obras presentadas para otras secciones de la Revista —reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, etcétera— son directamente sometidas a la evaluación del plenario, sin la instancia previa en la que se elaboran dictámenes individuales.

Todos los escritos que el Consejo de Redacción haya determinado como publicables quedan preseleccionados para su reconsideración al

momento del cierre editorial. Así, en la etapa de conformación definitiva del número, los trabajos preseleccionados son nuevamente clasificados por el pleno para decidir cuáles son incluidos en la publicación en papel y digital. Todo escrito restante —es decir, no incluido— se considera preseleccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor o autora así lo deseara.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la Revista *Lecciones y Ensayos*, tanto en su versión impresa como en su versión digital, en el portal de la Facultad de Derecho de la UBA.

## ¿CÓMO PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*?

### PAUTAS FORMALES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

1. El trabajo enviado deberá adoptar el siguiente orden de presentación:
  - a. Título del trabajo (en español).
  - b. Seudónimo escogido por el autor o la autora (no debe permitir su identificación).
  - c. Resumen en español (250-500 palabras).
  - d. Palabras clave en español (al menos cinco (5) palabras clave).
  - e. *Abstract* en inglés (250-500 palabras).
  - f. *Keywords* en inglés (al menos cinco (5) *keywords*).
  - g. Cuerpo del trabajo (según la extensión determinada por el tipo de trabajo).
  - h. Bibliografía.
2. En todos los casos, la fuente será Times New Roman, 12 puntos, justificado, interlineado 1,5. La página será tamaño A4 (21 x 29,7 cm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm).
3. El trabajo deberá enviarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección lye@derecho.uba.ar. Dentro de las veinticuatro horas se contestará con un acuse de recibo. Preferentemente, en formato .docx; pero también son admisibles formatos similares como .doc, .odt, .rtf. También debe enviarse una versión en .pdf, a fin de asegurar una versión correcta y consolidada.
4. Deberán ser originales e inéditos, redactados en procesador de texto —preferentemente Microsoft Word 2003 o posterior—. La extensión del trabajo, incluyendo las referencias bibliográficas, deberá ser de 12.000 a 16.000 palabras en el caso de las lecciones, y de 6.000 a 9.000 palabras para los ensayos.

5. Los trabajos deberán contar con fuentes que sustenten sus afirmaciones y deberá ser posible verificar su existencia y contenido.
6. El sistema es de notas al pie de página con bibliografía al final. Las notas al pie deben ser autosuficientes. No deberá emplearse ningún tipo de reenvío a notas anteriores con fórmulas como “*ibid.*”, “*op. cit.*”, “ver cita” o similares. Se procurará que no excedan el renglón de extensión. En el caso de que los elementos título para la doctrina, identificación para las normas o nombre del caso para la jurisprudencia, sean de más de seis (6) palabras, se incorporará una versión resumida del elemento seguido por puntos suspensivos (...).
7. En las notas al pie se consignarán únicamente los datos requeridos para cada tipo de fuente. En caso de que se desee rastrear la fuente, la información completa estará disponible en la bibliografía.
8. Se deberá seguir el siguiente sistema para citar:

**a. Libros**

*En la bibliografía:* APELLIDO, Nombre, *Título*, edición, editorial, año, ciudad, traducción, otros datos.

Ejemplo: VON JHERING, Caspar R., *La lucha por el derecho*, 1ª Ed., Heliasta, 1974, Buenos Aires, traducción de Adolfo GONZÁLEZ POSADA.

*En el cuerpo del trabajo:* APELLIDO, *Título*, página.

Ejemplo: VON JHERING, *La lucha por el derecho*, p. 5.

**b. Capítulos de libros**

*En la bibliografía:* APELLIDO, Nombre, “Título”, en APELLIDO, Nombre, *Título*, edición, editorial, año, ciudad, traducción, otros datos.

Ejemplo: BALMACEDA, Mónica P., “Una visión histórica de la buena fe”, en GHERSI, Carlos A., *Principios generales del derecho*, 1ª ed., La Ley, 2013, Buenos Aires.

*En el cuerpo del trabajo:* APELLIDO, “Título”, página.

Ejemplo: BALMACEDA, “Una visión histórica de la buena fe”, p. 54.

**c. Artículos de publicaciones periódicas**

*En la bibliografía:* APELLIDO, Nombre, “Título”, en *Nombre de la revista*, periodicidad, otros datos, páginas.

Ejemplo: MARIANI DE VIDAL, Marina, “La ‘denuncia de daño temido’ a más de cuatro décadas vista”, en *Lecciones y Ensayos*, 2016, N° extraordinario “60 Aniversario”, pp. 301-305.



*En el cuerpo del trabajo:* APELLIDO, "Título", página.

Ejemplo: MARIANI DE VIDAL, Marina, "La 'denuncia de daño temido'...", p. 304.

**d. Derecho interno**

*En la bibliografía:* Jurisdicción/Ente, "Nombre común", identificación, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: República Argentina, "Ley de Medios", Ley 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 Estupefacientes", 29/08/1986, *Fallos* 308:1392.

*En el cuerpo del trabajo:* Tribunal, "nombre común", considerando.

Ejemplo: CSJN, "Bazterrica", considerando 8.

**h. Jurisdicciones internacionales**

*En la bibliografía:* Tribunal/órgano, "Nombre Común", "Nombre del caso", fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Panchito López", "Caso 'Instituto de Reeduación del Menor' Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", 02/09/2004.

*En el cuerpo del trabajo:* Tribunal/órgano, "Nombre común", considerando.

Ejemplo: Corte IDH, "Caso Panchito López", considerando 25.

**i. Material disponible online**

En caso de que el material esté disponible en internet, al final de la referencia según los párrafos precedentes, se puede incluir la siguiente información: Identificación, Dominio [DOI/URL], Consultado, fecha.

Ejemplos:

Peters, Anne, "Treaty Making Power", en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, Oxford University Press, URL <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law9780199231690-e1494?rsk=Nez%20miV&result=1&prd=OPIL> consultado 10/09/2018.

Augenstein, Daniel, "Paradise Lost: Sovereign State Interest, Global Resource Exploitation and the Politics of Human Rights", en *European Journal of International Law*, Vol. 27, N° 3, 2016, pp. 669-691, DOI 10.1093/ejil/chw033 consultado 26/08/2018.

**j. Material audiovisual**

*En la bibliografía:* Fuente web, "título del video", nombre del usuario, momento exacto del video (hh:mm:ss), dominio (DOI/URL), consultado fecha (dd/mm/aaaa), fecha de publicación (dd/mm/aa), otros datos.

Ejemplos:

YouTube, "Las restricciones que nos impone la Constitución", DerechoUBA, 00:11:08, URL [https://www.youtube.com/watch?v=NUW5cJRAM6U&t=666s&ab\\_channel=DerechoUBA](https://www.youtube.com/watch?v=NUW5cJRAM6U&t=666s&ab_channel=DerechoUBA) consultado 07/11/2020.

YouTube, "A favor: Alberto Kornblith Biólogo 17-07-18", Senado Argentina, 00:16:20, URL <https://www.youtube.com/>

watch?v=oc0MtTvLJfc&t=1s&ab\_channel=SenadoArgentina  
consultado 07/11/2020, 18/07/2018

En el cuerpo del trabajo: Fuente web, "título del video", momento exacto del video (hh:mm:ss).

YouTube, "A favor: Alberto Kornblith Biólogo...", 00:16:20.

YouTube, "Las restricciones que nos impone la..." 00:11:08.

#### **k. Otros portales**

En la bibliografía: Nombre de la página web, "título", nombre del autor/a (Apellido, Nombre), fecha de publicación (dd/mm/aaaa), dominio (DOI/URL), consultado (dd/mm/aa), otros datos.

La Nación, "Un fallo preocupante de la Corte sobre los tres jueces trasladados", Gargarella, Roberto, 03/11/2020, URL <https://www.lanacion.com.ar/opinion/un-fallo-preocupante-corte-tres-jueces-trasladados-nid2498887> consultado 10/11/2020.

Saber leyes no es saber Derecho, "Muiña II: diálogo de poderes y semicírculo hermenéutico interpretativo", Arballo, Gustavo, 05/12/2018, URL <http://www.saberderecho.com/2018/12/muina-ii-dialogo-de-poderes-y.html> consultado 10/11/2020.

En el cuerpo del trabajo: Nombre de la página web, "título", fecha de publicación (dd/mm/aa).

La Nación, "Un fallo preocupante de la Corte...", 03/11/20.

Saber leyes no es saber Derecho, "Muiña II: diálogo de poderes y...", 05/12/18.



## ¿CÓMO PARTICIPAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*?

*Lecciones y Ensayos* es una revista jurídica semestral dirigida por estudiantes. Depende del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue fundada en el año 1956 y, desde entonces, ha cumplido el papel de foro editorial de docentes y estudiantes, sin más requisito que la excelencia académica.

La Revista se caracteriza por estar gestionada a partir de un diseño institucional basado en procedimientos democráticos para la toma de decisiones que involucran a todos/as los/as miembros del Consejo de Redacción que, una vez por semana, se reúnen para deliberar en torno a las tareas editoriales. Nuestras principales actividades consisten en:

- Publicar artículos de docentes, investigadores/as y estudiantes de las ciencias jurídicas.
- Fomentar la investigación científica, la crítica, el debate abierto y horizontal.
- Permitir el desarrollo de actividades de extensión como organización de conferencias, concursos, jornadas, encuentros, entre otros.
- Introducir a los/as estudiantes en el mundo de la investigación.

Si querés participar, podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20 horas que se realizan en la oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho. También podés comunicarte con nosotros/as por teléfono (+54 11) 5287-6737 o enviándonos un correo electrónico 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.

## EDITORIAL

---

### IN MEMORIAM DE EUGENIO BULYGIN (1931-2021)

---

- Böhmer, Martín Federico, *La risa del Dr. Bulygin*
- Calzetta, Alejandro, Monti, Ezequiel & Rábanos, Julieta, *Eugenio Bulygin (1931-2021)*

## LECCIONES

---

- Menem, Facundo, *La protección familiar de los migrantes: contrapuntos entre las sentencias del Supremo Tribunal Federal brasileño y la Corte Suprema de Justicia argentina*
- Zorzin, Natalia Dánae, *El derecho a vivir libres de corrupción: análisis de su viabilidad jurídica en el sistema interamericano de derechos humanos*
- Gómez Perdiguero, Ignacio, *El exjuez federal, los sentimientos morales y la responsabilidad*

## ENSAYOS

---

- Vieyra, Federico Gastón, *Fuerza mayor y teoría de la imprevisión en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUCCIM) y en los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*
- Coronado Barajas, Daniel Steven, *Responsabilidad parental en mujeres con discapacidad intelectual o psicosocial*

## TRABAJOS DE CURSOS DEL CPO ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN

---

- Giménez Losano, María Azul, *El arbitraje del mar de China meridional: jurisdicción e implicancias*

## MISCELÁNEAS

---

- Luna Blanco, Tania, *Los avatares de la justicia: una tarde en el juzgado*

## XVII CONCURSO DE ENSAYOS BREVES “30º ANIVERSARIO DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO”

---

- Acuña, María Florencia, *Derechos de niños y niñas, y entorno digital*

## ENTREVISTAS

---

- Entrevista a Susana Ruiz Cerutti

## ¿CÓMO PUBLICAR Y PARTICIPAR EN LECCIONES Y ENSAYOS?

---