

PENSAR EN DERECHO N°12



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN DERECHO

NRO. 12 AÑO 5

Comité editorial

Guido Barbarosch

Ivana Bloch

María Victoria Famá

Gisela Makowski

Juan Pablo Mugnolo

Alberto A. Spota

Iván Cristóbal Tolnay de Hagymassy

Coordinación de la revista

Bárbara Weinschelbaum

Comité Académico

Susana Albanese

Susana Cayuso

Raúl Etcheverry

Fernando García Pullés

Carlos Gherzi

Adrián Goldin

Martín Krause

Delia Lipszyc

Luis Niño

Renato Rabbi Baldi



Eudeba

Universidad de Buenos Aires

1º edición: agosto de 2018

© 2017 Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires

Sociedad de Economía Mixta

Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires

Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202

www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0194



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

Decano: *Dr. Alberto J. Bueres*

Vicedecano: *Dr. Marcelo Gebhardt*

Consejo Directivo de la Facultad de Derecho

Claustro de profesores

Consejeros titulares

Prof. Oscar Ameal
Prof. Ernesto Marcer
Prof. Leila Devia
Prof. Gonzalo Álvarez
Prof. Luis Mariano Genovesi
Prof. Luis Niño
Prof. Daniel R. Vítolo
Prof. Alfredo Vítolo

Consejeros suplentes

Prof. Marcelo Gebhardt
Prof. Mary Beloff
Prof. Raúl Gustavo Ferreyra
Prof. Juan Pablo Mugnolo
Prof. Carlos Clerc
Prof. Silvina González Napolitano
Prof. Graciela Medina
Prof. Alejandro Argento

Claustro de graduados

Consejeros titulares

Ab. Leandro Martínez
Ab. Silvia Bianco
Ab. Pablo Yannibelli
Ab. Fernando Muriel

Consejeros suplentes

Ab. Elisa Romano
Ab. Gisela Candarle
Ab. Aldo C. Gallotti
Ab. Lisandro M. Teszkiewicz

Claustro de estudiantes

Consejeros titulares

Joaquín Santos
Catalina Cancela
Víctor Dekker
Juan Alfonsín

Consejeros suplentes

Facundo Corrado
Silvia Bordón
Eliana Gramajo
Juan Francisco Petrillo

Representante No Docente

Sr. Miguel Muñoz

Secretarios

Secretaria Académica: *Dra. Silvia C. Nonna*

Secretario de Administración: *Ab. Carlos A. Bedini*

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: *Ab. Oscar M. Zoppi*
Secretario de Investigación: *Dr. Marcelo Alegre*
Secretario de Coordinación y Relaciones Institucionales: *Ab. Marcelo Haissiner*

Subsecretarios

Subsecretario Académico: *Ab. Lucas G. Bettendorff*
Subsecretario de Administración: *Ab. Rodrigo Masini*
Subsecretario Técnico en Administración: *Ab. Daniel Díaz*
Subsecretario de Planeamiento Educativo: *Dra. Noemí Goldsztern de Rempel*

Índice

Dossier “Despenalización del aborto”

El “derecho al aborto” ante el Congreso 9
Alfredo M. Vítolo

El dilema moral del aborto 19
Diana Maffía

Problemática constitucional y convencional del proyecto de derecho al aborto
discrecional, libre o sin causa legítima 29
Néstor Pedro Sagüés

Cosmovisiones constitucionales e interrupción del embarazo..... 43
Paola Bergallo

Artículos recibidos por convocatoria abierta

El federalismo y la autonomía municipal. Una mirada a partir
del llamado “Consenso Fiscal” 83
Federico Ignacio Mazio

¿Contratos con otras especies? 97
Ricardo Rabinovich-Berkman

Just Side. Justicia, sostenibilidad y territorio. Sistemas de infraestructuras
de datos espaciales 119
Silvia Nonna

La lucha contra el terrorismo en el Estado de Derecho: dilemas legales, morales y estratégicos	135
<i>Emiliano Senes</i>	

Dossier

Despenalización del aborto

El “derecho al aborto” ante el Congreso

*Alfredo M. Vítolo**

Resumen

Superando las discusiones sobre el tema, el constituyente de 1994 otorgó a la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia (esto es, tal y como la Argentina se obligó internacionalmente), jerarquía constitucional. En razón de que el alcance de dicha obligación del estado reconoce al “niño desde la concepción”, toda norma de rango inferior que desconozca dicha afirmación resulta inconstitucional. Los proyectos de ley actualmente en trámite ante el Congreso Nacional no superan el test constitucional.

Palabras clave: aborto, Constitución Nacional, tratados internacionales, jerarquía de derechos, derechos de la mujer, persona por nacer.

* Abogado, Universidad de Buenos Aires (1985); Master of Laws, Harvard Law School, EE.UU. (1989); Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y Garantías de la Universidad de Buenos Aires; Profesor visitante invitado en cursos de grado y posgrado en diversas universidades argentinas y del exterior. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Asesor Legal de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación; avitolo@derecho.uba.ar.

The “Abortion Right” in Congress

Abstract

Overcoming the different positions on the matter, the constitutional convention in 1994 granted “constitutional hierarchy” to the International Convention on the Rights of the Child, in the full force of its provisions (i.e. as the Argentine Republic obliged itself internationally). To the extent that obligation expressly recognizes that a child exists since conception, any law of lower hierarchy becomes unconstitutional. The bills before Congress do not pass constitutional muster.

Keywords: Abortion, Argentine Constitution, International Law and Treaties, Hierarchy of Rights, Women’s Rights, Unborn Person.

En estos días, el Congreso Nacional ha comenzado a debatir, en primer término la Cámara de Diputados, acerca de la posibilidad de despenalizar el aborto. Los proyectos en discusión, en lo esencial, plantean permitir a las mujeres, sin limitación alguna, abortar los fetos que llevan en su seno, durante las primeras catorce semanas de gestación, y estableciendo restricciones al aborto a partir de ese momento.¹

Los proyectos modifican radicalmente el régimen legal actualmente vigente, según el cual el aborto constituye una conducta prohibida, un delito contra las personas, que admite sin embargo ciertas causales de no punibilidad.²

En el marco de la discusión legislativa, las comisiones de la Cámara de Diputados que tienen a su cargo dictaminar los proyectos presentados han convocado a expositores con posturas diversas quienes, desde distintos ángulos –religiosos, médicos, éticos, biológicos y jurídicos, entre otros–, pretenden informar a los diputados acerca de las distintas aristas que presenta esta cuestión, desde ya compleja. La dinámica seguida por la Cámara

1. El proyecto de ley fue finalmente aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación el 13 de junio de 2018 y ha pasado en revisión al Senado en donde tramita por expediente CD 22/18.

2. Código Penal, artículos 85 a 88.

es loable y poco común: no siempre los legisladores se muestran dispuestos a escuchar visiones divergentes y a considerar las mismas. El debate democrático se fortalece con mecanismos como este. Es de esperar que se mantenga la práctica frente a otras temáticas.

Habiendo sido convocado a participar exponiendo mi postura sobre el tema, intenté realizar la exposición desde la visión de mi ámbito profesional, el jurídico, y desde la posición del derecho constitucional y del derecho de los derechos humanos. No pretendí incursionar ni en la biología, ni en la teoría moral, ni tampoco en aspectos religiosos, cuestiones sobre las que otros expondrían con más conocimiento. El legislador debe, necesariamente, sopesar todas las variables al resolver los temas que son llevados a su discusión y decisión.

Reconociendo que los derechos individuales no son criaturas del derecho positivo, la positivización –sea en textos legales nacionales o internacionales– cumple con la finalidad de facilitar a los individuos el reconocimiento de sus derechos, permitiéndole al intérprete no tener que recurrir a argumentaciones morales o filosóficas para alegar su existencia. En este sentido, las constituciones nacionales primero, y luego los tratados internacionales, han procurado reconocer expresamente los principales derechos de la persona humana, positivizándolos. Así, encontramos normas precisas y claras tanto en el derecho interno como en el derecho internacional, que nos hablan expresamente de la protección de la vida, del derecho a la libertad física y ambulatoria, de la prohibición de tortura, de la prohibición del genocidio, del reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, entre muchos otros.

En este aspecto, debemos comenzar nuestra argumentación por señalar que ni nuestra Constitución, ni ningún instrumento internacional de derechos humanos del cual nuestro país sea parte, reconocen la existencia de un “derecho al aborto” como un derecho autónomo o expreso.

Si bien, como ya señalamos, la no positivización no es determinante para decidir acerca de la existencia o no de un derecho, no deja de sorprender que si el derecho al aborto fuese un derecho tan fundamental como se alega, no existan afirmaciones expresas del derecho al aborto en constituciones nacionales o en tratados internacionales, como sí ocurre con otros.

Es más, en el ámbito del derecho internacional, el análisis de los debates que llevaron a la adopción de aquellos tratados que podrían haber incorporado en sus textos la existencia de un derecho autónomo al aborto lleva a

la conclusión de que los tratados dejaron que fueran los estados, en su derecho interno, quienes definieran la cuestión. Así, por ejemplo, puede mencionarse que al discutirse el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el proyecto inicial reconocía la protección de la vida humana desde la concepción, incorporándose –a instancias de aquellos países que reconocían en sus legislaciones internas un derecho al aborto– la calificación de que tal protección sería “en general”, con lo que abrió la puerta para que aquellos estados pudieran suscribir la cláusula y ratificar el tratado.³

En este sentido, debemos señalar que las recomendaciones u opiniones que al respecto han vertido algunos organismos internacionales, tanto del sistema interamericano como del sistema universal, no son sino precisamente eso, opiniones, que no poseen fuerza alguna como derecho vinculante para nuestro país, cualquiera sea la interpretación que pretenda darse al derecho internacional en el cual se fundan, ni mucho menos pueden suplantar

3. La propuesta de incorporar la frase “en general” fue realizada a instancias de la Comisión Interamericana con el propósito de obtener la aprobación de la disposición por aquellos estados que tenían reconocido el aborto en sus legislaciones. Ver “Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos” en *Anuario Interamericano de Derechos Humanos. 1968*; ver también, “Observaciones y enmiendas al proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos presentadas por el gobierno del Brasil” - Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y documentos - Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, p. 121, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/docs/enlaces/Conferencia%20Interamericana.pdf>. En similar sentido se expresaron los Estados Unidos en su respuesta a la CIDH en el caso “Baby Boy” - CIDH, Resolución N°23/81, Caso 2141, párrafo 14. Como sostiene la ex presidente de la Corte Interamericana de DDHH, Cecilia Medina: “Como puede observarse, se desprende de la historia del tratado que la expresión ‘en general’, fue agregada al texto original con el preciso fin de conciliar la posibilidad de que las legislaciones nacionales permitieran el aborto, y que la propuesta de suprimirla no fue aceptada, por lo que, de basarse la interpretación de una disposición no clara en los trabajos preparatorios, habría que concluir que el párrafo 1 del artículo 4 no impide la facultad de los Estados de permitir el aborto en las circunstancias que ellos determinen” (Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia - Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2003, p. 71).

la voluntad expresa manifestada por los estados al obligarse en virtud del tratado.

Es pues, dentro de este marco, que realizaremos nuestro análisis.

Si tomamos como principio y regla fundamental la libertad y la igualdad intrínseca del ser humano, los derechos de este se manifiestan siempre en clave de conflicto. Por eso, toda discusión sobre la cuestión del aborto debe realizarse hallando en primer lugar los derechos confrontados y luego ponderando los mismos.

Quienes se muestran favorables al llamado “derecho al aborto”, lo encuentran derivado de los derechos a la dignidad de la mujer (en el caso – principalmente– de violación), de sus derechos sexuales y reproductivos, o del derecho a su salud física o mental. Estos derechos son ciertamente fundamentales pero, como cualquier otro, deben compatibilizarse en su ejercicio con los derechos que puedan enfrentárseles.⁴

No escapa a nuestro análisis que hoy en día la discusión sobre el aborto se encuentra teñida por la realidad de que muchas mujeres, imposibilitadas de acceder a un “aborto seguro”, optan por recurrir a métodos abortivos que ponen en riesgo su vida. Pero este argumento es meramente efectista. No toma en consideración los derechos que se ven enfrentados en una situación de aborto y parte por considerar válida la premisa cuya validez constituye, precisamente, el punto en discusión, esto es, que la mujer posee el derecho a abortar.

La respuesta al interrogante está lejos de ser simple y requiere, como paso previo, el determinar cuál es la naturaleza jurídica del embrión y del feto humano.

Debemos recordar que el razonamiento de la Corte Suprema de los EE.UU. en el célebre caso *Roe c/Wade*, parte de una pregunta previa: ¿Reconoce la Constitución de los EE.UU. algún nivel de vida prenatal? Y lo hizo en estos términos: “si pudiera determinarse que [el feto] es persona, el caso del apelante, por supuesto, colapsaría, ya que el derecho a la vida del feto entonces estaría garantizado específicamente por la Constitución”.⁵

4. Como señala nuestra Constitución Nacional en su artículo 14, “todos los habitantes de la Nación gozan de [...] derechos, conforme las leyes que reglamentan su ejercicio”.

5. 410 U.S. 113 (1973).

Y es aquí, precisamente, donde radica la discusión sobre el llamado “derecho al aborto”. Si el feto no es persona, sino solo una cosa con potencialidad de serlo, los derechos de la mujer podrían prevalecer sobre los derechos atribuidos al feto. Pero si, en cambio, el feto es persona, si es ser humano, otro debe ser el análisis.⁶

Y en nuestro país, más allá de toda preferencia personal, y aun aceptando que puedan existir debates médicos o biológicos sobre la cuestión, desde 1994 el carácter de persona humana del feto se encuentra expresamente reconocido por normas jurídicas de jerarquía constitucional. No se trata, pues, como sostuvo, por ejemplo, en las exposiciones ante la Cámara de Diputados, el periodista Luis Novaresio de “imponer convicciones personales”,⁷ sino de realizar un análisis “sine ira et cum studio”, y con rigurosidad académica.

Ya el Código Civil, adoptado en 1869, señalaba que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...”.⁸ Sin embargo, esta norma es de jerarquía infraconstitucional y, por lo tanto, desde una óptica puramente positiva, resultaba modificable libremente por una norma posterior de similar o superior jerarquía. Por ello, si bien la norma nos permite descubrir cuál era la visión de los hombres de aquella época sobre el tema, no resulta suficiente para descubrir la existencia de un derecho o para negar el mismo.

Al aprobarse en 1990 la Convención Sobre los Derechos del Niño, ante la falta de claridad del texto de la Convención que, con la ambigüedad propia de la dificultad ya señalada, se limita a reconocer como “niño a todo ser

6. Así lo reconoce, implícitamente, por ejemplo, Cecilia Medina Quiroga, quien sostiene: “Para interpretar la norma (se refiere al artículo 4 de la CADH), parto de dos ideas básicas. La primera es que la madre es una persona tanto en el ordenamiento jurídico de los Estados partes de la Convención como frente a la Convención misma y que, por consiguiente, es titular de todos los derechos humanos consagrados en ese tratado. La segunda es que el feto que no ha sido extraído del vientre de la madre, es dependiente de esta, no es una persona y, por lo tanto, no puede tener derechos por sí mismo, sino que solo a través de esta” (*op. cit.*, p. 73).

7. Exposición ante el Plenario de Comisiones de la Cámara de Diputados de la Nación del 10 de abril de 2018.

8. Código Civil, art. 70.

humano menor de dieciocho años de edad”,⁹ sin especificar desde cuándo se es niño, el Congreso Nacional instruyó al Poder Ejecutivo a que en el acto de ratificación realizara una “declaración interpretativa” indicando: “Con relación al art. 1 de la Convención sobre los derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.¹⁰

Dicha declaración obliga a la República Argentina a respetar y asegurar la aplicación de los derechos reconocidos en la Convención a las personas por nacer –niños con todo el alcance del término– y, en particular, a reconocer su “derecho intrínseco a la vida”, garantizado por el artículo 6 de la Convención. Este es, precisamente, el alcance con el cual nuestro país se obligó internacionalmente, toda vez que la declaración interpretativa integra, para nuestro país, el tratado mismo.

En 1994, la Convención Reformadora de la Constitución Nacional, tomando en cuenta expresamente estos argumentos, tal como surge de los debates en las comisiones y en el plenario, otorgó expresamente a la Convención sobre Derechos del Niño, jerarquía constitucional, “en las condiciones de su vigencia”, o sea, tal como el estado se ha obligado internacionalmente.¹¹ Como ha sostenido la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, las declaraciones interpretativas pretenden clarificar el sentido que el estado atribuye al tratado o a sus cláusulas, interpretando el planteo de buena fe y de conformidad con el sentido ordinario de los términos a la luz del tratado al cual la misma se refiere.¹²

Como expresó al exponer ante la Convención Constituyente de 1994 el representante del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Argentina sentaba un enorme precedente, al considerar que los derechos humanos comienzan a partir de que el individuo es concebido.

9. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 1.

10. Ley 23.849.

11. CSJN, “Giroldi”, Fallos 318:514.

12. Yearbook of the International Law Commission, 1999, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-first session (A/CN.4/SER.A/1999/Add. L, Part 2), p. 107, disponible en [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1999_v2_p2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1999_v2_p2_e.pdf).

En razón de lo expuesto, no cabe duda alguna de que, a partir de 1994, el derecho a la vida del feto-persona-niño goza de protección constitucional plena. Este argumento no puede soslayarse con afirmaciones dogmáticas o argumentos efectistas. Sorprenden así, aquellas argumentaciones escuchadas en el debate legislativo que cuestionan que se identifique a “feto” con “bebé”,¹³ o que manifiesten que el feto no es más que una “larva”¹⁴ o un “paquete de células” sin otra entidad. Estas argumentaciones no solo resultan grotescamente contrarias a la evidencia empírica y científica, sino que no se hacen cargo de la definición constitucional, que impone limitaciones insoslayables al accionar legislativo.

Ello, por supuesto, no significa negar la posibilidad de reglamentación –restricción– legal del derecho, ya que ningún derecho –ni siquiera el derecho a la vida– es absoluto, pero requiere modificar drásticamente el ángulo de análisis, confrontando los derechos de la mujer que se pretenden hacer valer, contra el derecho a la vida del feto-persona y no ya contra los derechos de una mera cosa con potencialidad de vida.

Por encontrarse, pues, en juego el derecho a la vida de una persona, un derecho fundamental, debemos someter cualquier intento de reglamentación al test más estricto de constitucionalidad, ello es solo admitir la restricción para proteger un interés público intenso y en la medida estrictamente necesaria para alcanzar dicho fin.

Y desde este punto de vista, somos de la opinión de que el derecho a la vida del feto-persona (derecho en un todo igual al de cualquier persona nacida) solo podría eventualmente ceder cuando se le opusiera un derecho de superior jerarquía. Ni el derecho a la privacidad (entre los que incluimos los derechos reproductivos de la mujer), ni la dignidad de la mujer violada, ni los eventuales sufrimientos psicológicos de la madre por llevar adelante un embarazo no deseado, superan el mencionado test. Por supuesto que la mujer que debe “soportar” un embarazo no intencional durante nueve meses sufre un menoscabo en sus derechos, pero este menoscabo también debe analizarse desde el principio de que tampoco el

13. Exposición de Nieves Ferreira ante el Plenario de Comisiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 22 de mayo de 2018.

14. Exposición de Juan José Sebrelí ante el Plenario de Comisiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 24 de abril de 2018.

derecho de la mujer es un derecho absoluto y debe compatibilizarse con los derechos de los demás.

No desconocemos las graves consecuencias que los abortos ilegales practicados en condiciones de bioseguridad deficientes presentan en nuestro país, más allá de la inexistencia de estadísticas serias sobre el tema, pero aun cuando dichas consecuencias se solucionaran con la despenalización, ello no justificaría el condenar a la muerte (de eso se trata) a la persona por nacer, quien posee, como ya señalamos, un derecho intrínseco a la vida que corresponde al estado proteger. Existen múltiples alternativas que permitirían proteger el derecho de la mujer con menor afectación del derecho a la vida.

Adicionalmente, el estado debe asumir sus obligaciones de mejorar la condición social, la salud y educación de los grupos más vulnerables, para lo cual el Estado tiene –y debe utilizar– recursos, sin que su mayor costo económico o social puedan servir de excusa para la violación de un derecho reconocido constitucionalmente.

Tampoco creemos que pueda justificarse la existencia de un derecho al aborto sobre la base de los “derechos reproductivos de la mujer”. Debemos señalar que la salud sexual conlleva su ejercicio con responsabilidad y la asunción de las consecuencias de los actos libres. De lo contrario quedaríamos reducidos –en nuestra vida sexual– a meros animales privados de discernimiento y libertad. El ejercicio de nuestras libertades sexuales alcanza hasta el momento en que la decisión individual involucra a un tercero, a esa nueva vida humana creada como consecuencia de nuestros actos libres.

Por las razones expuestas, consideramos que los proyectos de ley en tratamiento ante el Congreso de la Nación no superan el test constitucional.

Bibliografía

Constitución de la Nación Argentina.

Código Penal de la Nación Argentina.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.

Ley 23.849.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Dictamen relativo al proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el

- Consejo Interamericano de Jurisconsultos”, en *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*. 1968.
- Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, “Observaciones y enmiendas al proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos presentadas por el gobierno del Brasil”, en Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y documentos.
- CIDH, Resolución N°23/81, Caso 2141 “Baby Boy”.
- Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia - Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2003.
- Corte Suprema de Justicia de los EEUU, caso *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973).
- Debates del Plenario de Comisiones de la Cámara de Diputados de la Nación - Sesiones informativas sobre los proyectos de ley de despenalización del aborto.
- CSJN, Caso “Giroldi”, Fallos 318:514.
- Yearbook of the International Law Commission, 1999, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-first session (A/CN.4/SER.A/1999/Add. L, Part 2).

El dilema moral del aborto

*Diana Maffia**

Resumen

En la historia de la filosofía el debate moral ha sido descrito según cualidades de universalidad, abstracción y reglas que responden a las masculinidades privilegiadas que le dieron origen. Las mujeres han sido descritas como inferiores e incapaces de estos razonamientos. Esto ha servido para una organización política e institucional donde los varones tomaron en sus manos las decisiones reproductivas y no reproductivas de las mujeres. Los ejemplos más fuertes son los de las diferencias establecidas en la ética de Aristóteles y Kant. Pero la filosofía feminista del último tercio del siglo XX ha proporcionado posturas críticas y propositivas en relación con la deliberación moral de las mujeres, de directa incidencia en dilemas que las afectan de manera excluyente como el aborto. En particular, la Ética del *cuidado* de Carol Gilligan presenta una estructura diferente de razonamiento moral que se aparta de las reglas generales y abstractas para poner el acento en la conectividad, los conflictos de responsabilidad y la empatía.

Palabras clave: ética, feminismo, aborto.

* Doctora en Filosofía (UBA), directora del Observatorio de Género en la Justicia, Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires; dmaffia@jusbaire.gov.ar.

Abortion's Moral Dilemma

Abstract

In the history of Philosophy, the moral debate has been described according to qualities such as universality, abstraction and rules that answer to the privileged masculinities that started it. Women have been described as inferior and incapable of reasoning. This has served a political and institutional organization where men took into their hands the reproductive and non-reproductive decisions of women. The strongest examples are the ones in the ethics of Aristotle and Kant. The feminist Philosophy of the last third of the twentieth century has provided critical and propositional postures in regard to women's moral deliberation, which have a direct influence in the dilemmas that affect them in an exclusive manner, like abortion. Carol Gilligan's *Ethics of care* presents a different structure of moral reasoning that moves away general and abstract rules to emphasize connectivity, responsibility conflicts and empathy.

Keywords: Ethics, Feminism, Abortion.

I. Introducción

El aborto es la resolución de un dilema moral, dice la filósofa mexicana Graciela Hierro (Hierro, 1990; 1998). Un dilema entre dos males: la maternidad forzada o la interrupción del embarazo. No tiene alternativa buena. Sería sencillo un dilema entre el bien y el mal, moralmente solo deberíamos optar por el bien. Pero cualquier mujer que ha tenido que tomar una decisión frente a un embarazo no deseado o inoportuno sabe que entre las alternativas ideales y las reales hay una gran distancia, y también sabe que cuando se la juzga en esta decisión moral se lo hace de manera sesgada. Porque existe un doble código moral, ya que el discurso público (el de la ética, el de la política y el del derecho) ha sido históricamente moldeado por y para los varones que consideraban a las mujeres incapaces de tomar decisiones por sí mismas.

El problema político fundamental en relación al aborto, desde mi punto de vista, es la pérdida de control de los varones sobre las decisiones repro-

ductivas o no reproductivas de las mujeres. Este control se ha institucionalizado en la medicina, la justicia, la legislatura, mientras las mujeres fueron apartadas de integrarlas por cuestiones atribuidas a su “naturaleza”. Y así los grandes sistemas éticos están preparados para dilemas a resolver por varones racionales con pensamiento universal y abstracto, y como se desconocen en las mujeres esas condiciones epistémicas, se justifica entonces su dependencia.

El origen de este doble juego conceptual (establecer una diferencia, y sobre ella fundar una jerarquía que desplace a las mujeres de la autonomía y las obligue a la obediencia) tiene un claro origen en la filosofía, desde la Antigüedad hasta las últimas décadas del siglo XX. Dos ejemplos muy distintos pero de gran autoridad son Aristóteles y Kant.

II. Lo que no nos contaron de Aristóteles

El filósofo más conocido e influyente en la historia de la filosofía, Aristóteles, defiende un orden jerárquico social fundamentándolo en un orden jerárquico natural. Este método, primero naturalizar las diferencias y luego fundar en ellas los roles sociales, fue luego imitado y aún hoy se utiliza para justificar en las funciones reproductivas de las mujeres la enajenación de su autonomía y la limitación de su acceso a muchos bienes sociales.

En la *Política* (Aristóteles, trad. 1988), Aristóteles afirma que el macho es por naturaleza superior y la hembra inferior. Uno gobierna, pues tiene mayores aptitudes para el mando, y la otra es gobernada. Esta relación dominador-dominado es beneficiosa según él para ambos términos, aunque entre ellos no pueda haber “ni justicia en el plano jurídico ni amistad en el plano ético”. Si observamos cuidadosamente el argumento, vemos que hay varios presupuestos: varón y mujer no son iguales, y esa diferencia es inmediatamente resuelta en una jerarquía; en esa jerarquía el varón es inmediatamente ubicado como superior y la mujer desplazada de la ética y el derecho (que presuponen igualdad entre los sujetos). De este modo, Aristóteles fundamenta en un plano ontológico la relegación social, jurídica y económica de las mujeres, otorgándole validez universal a la sociedad en que vivió e instituyendo la estructura jerárquica característica de su Estado como válida “por naturaleza” para toda época y lugar.

Las virtudes morales son dote de todos en general, pero la templanza masculina y la femenina, el valor y la justicia de un hombre y una mujer

no son iguales: el valor de un varón se demuestra por autoridad; el de una mujer por obediencia. Los seres humanos se distinguen por su racionalidad del resto de los animales, pero esa racionalidad no está equitativamente repartida en hombres y mujeres. El alma humana era para Aristóteles un compuesto de racionalidad y emotividad; y como toda diferencia es resuelta en jerarquía, una de las partes (racional) gobierna a la otra (emocional). Es por eso que el hombre tiene autoridad sobre el esclavo (que carece de toda capacidad deliberativa) y sobre las mujeres (cuya emocionalidad predomina, opacando su facultad deliberativa). La singularidad de las mujeres, su emocionalidad, no es percibida como un valor intrínseco sino como un obstáculo para la reflexión racional propia del varón.

La singularidad que Aristóteles reconoce a las mujeres es la de la falta. Sus “virtudes naturales” son: incapacidad para el mando, sumisión y pasividad, debilidad corporal, virtud propia de las tareas domésticas, valentía subordinada, moderación, modestia e irreflexiva emotividad. Así, aunque la marca distintiva de los seres humanos reside en su poder de razonar, hay sin embargo cierta clase de seres humanos que están excluidos del ejercicio pleno de la razón humana, y son los esclavos y las mujeres. La vida del esclavo es simplemente un medio para un fin: el de permitir al amo perseguir una vida de libertad y virtud entre otros ciudadanos de la polis. La vida de la mujer es similarmente funcional: la mujer del ciudadano es necesaria para producir herederos. La familia es una asociación inferior que existe en beneficio de la polis y proporciona los medios para que los hombres libres puedan vivir su vida entregada a propósitos intelectuales y políticos.

Frente a esta versión aristotélica de la mujer como inferior y deficiente, carente de cualquier capacidad que suponga un ideal de excelencia, parece más amigable una teoría que vea a las mujeres como poseyendo sus propias virtudes, su propia forma especial de habilidad o experiencia, fundamental para el rol femenino. Con el fin de la esclavitud, la Ilustración nos ofrece una ética universalista y formal que parece escapar a estas consecuencias, pero...

III. Lo que no nos contaron de Kant

Un filósofo que ha fundamentado posiciones diferentes a las aristotélicas para el conocimiento moral es Kant. Para Kant el valor moral de una acción no se define por su fin; lo que se pretende del sujeto ético es que actúe por principios (y uno de los propósitos principales de su filosofía moral es

tratar de identificar un principio universal que pueda servir de piedra fundamental de toda acción moralmente correcta). Esto, desde luego, abre una enorme expectativa para la incorporación de aquellos sujetos que habían quedado arbitrariamente al margen de la ética en Aristóteles.

Se trata de buscar entonces un principio universal y darle una expresión formal: el imperativo. Como expresa Kant en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, (Kant, 1921) el principio objetivo que se impone es un mandamiento, y la fórmula de ese mandamiento es el imperativo, una regla práctica que se le da a un ente cuya razón no determina enteramente a la voluntad: *si* la voluntad *estuviera* enteramente determinada por la razón, la acción tendría lugar inevitablemente de acuerdo con la regla. Hay dos tipos de imperativos: los *hipotéticos* o *condicionales* (en los cuales los mandamientos de la razón están condicionados por los fines que se pretende alcanzar) y los *categóricos* o *absolutos* (no condicionados por ningún fin, de modo que la acción se realiza por sí misma y es un bien en sí misma).

Los imperativos categóricos son leyes prácticas. Tanto en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* como en la *Crítica de la Razón Práctica* (Kant, 1788), Kant presenta diversas formulaciones del imperativo categórico, pero quisiera detenerme en un par de ellas: “Obra solo de acuerdo con la máxima por la cual puedas al mismo tiempo querer que se convierta en ley universal”; “Obra de tal modo que tu voluntad pueda considerarse a sí misma como constituyendo una ley universal por medio de su máxima”.

Estos principios de la ética formal kantiana exigen hacer abstracción de la experiencia concreta, universalización del principio que rige la acción, y racionalidad del sujeto que actúa y decide, y se supone libre y autónomo. Ese sujeto decide atenerse a la norma, pone a prueba racionalmente su validez universal, y actúa en consecuencia. No se habla aquí de la superioridad o inferioridad natural de los sujetos, y podríamos pensar entonces que una ética formal como la kantiana es una solución para la sistemática exclusión de las mujeres de los ámbitos de la praxis.

Pero una vez más las mujeres quedamos excluidas. Y es que la especie humana no es toda de una misma clase. Hay (otra vez) diferencias de naturaleza entre varones y mujeres. No es que los hombres y las mujeres tengan diferentes cualidades, sino que las virtudes, iguales en ellos, se combinan de diferente manera para resaltar sus características. Por ejemplo, los hombres tienen inteligencia profunda y las mujeres inteligencia de lo bello. No es que

no sean ambos inteligentes, pero como se ve, una educación destinada a desarrollar ambas inteligencias deberá emplear bien distintos métodos. Y es dudoso que quien deba distribuir derechos y obligaciones sociales considere irrelevante esta diferencia.

En “De la distinción entre lo bello y lo sublime en la interrelación entre los sexos”, Kant distingue habilidades y características masculinas y femeninas. Las características (potenciales) de los hombres son: noble, profundo, sublime, supera las dificultades, es capaz de meditación profunda, reflexión sostenida, laborioso, aprendizaje, profundidad, especulación abstracta, comprensión fundamental, razón, *reglas universales, capaz de principios*. La lista de capacidades (potenciales) femeninas: belleza, modestia, simpatía, comprensión, limpieza, encanto, finos sentimientos, estudio del género humano (especialmente hombres), diversiones amenas, sentido, sensibilidad, sentimientos, benevolencia, complacencia, *juicios particulares, incapaz de principios*.

En su artículo “De lo bello y lo sublime”, afirma Kant que la Naturaleza, de acuerdo a su plan, nos ha dotado de disposiciones. Nuestra tarea es desarrollar esas disposiciones de acuerdo con los fines de la naturaleza. Por eso la tarea peculiar de cada sexo es desarrollar sus cualidades distintivas: la inteligencia bella femenina debe rescatar lo simple y hermoso, mientras que la inteligencia masculina debe dedicarse a los conocimientos profundos y fundamentales. Los hombres, nos dice Kant por si la bella inteligencia nos hiciera también suspicaces, no son superiores a las mujeres sino que son llamados a tareas diferentes. *La mujer no está incluida en el ámbito de la racionalidad sino en el de la sensibilidad*. En el plano moral, la conducta de las mujeres no está regida por las reglas generales sino por juicios personales. La moral de la mujer no consiste en evitar lo injusto como algo malo sino como algo “feo”. Por eso los varones deben tratar de que lo bueno les parezca bello. Por si hiciera falta un broche, dado que la suprema virtud de la mujer es la belleza, debe desarrollar las cualidades que la realcen: limpieza, pudor y modestia.

Podría decirse que aquí Kant solo afirma que hombres y mujeres son diferentes, pero no que las mujeres sean inferiores. Es necesario poner esta distinción en el contexto de su filosofía moral para advertir la jerarquización. Cuando Kant trata de establecer el valor moral de una acción, como vimos, lo hace usando características que se parecen extremadamente a las mencionadas como virtudes masculinas. Las virtudes femeninas, en cambio, son vistas como irrelevantes para la fuerza moral de una acción.

Actuar por deber, para Kant, necesariamente implica principios. Y por eso uno de los propósitos principales de su filosofía moral fue tratar de identificar un principio universal que pudiese servir como piedra fundamental de toda acción moralmente correcta. Pero él no ve a las mujeres como capaces de actuar por principios. Esta capacidad no está entre sus potencialidades. Por cierto, no es este el Kant que se enseña en las universidades. Aquí todo lo distintivamente humano (nobleza, profundidad, reflexión, abstracción, razón) queda del lado masculino, pero no en nuestras valoraciones personales sino en la del propio sistema filosófico. Luego no solo ha establecido diferencias entre hombres y mujeres cuando describe sus rasgos: si las mujeres son incapaces de principios, entonces son incapaces de la forma más alta de virtud y por tanto son inferiores al hombre. Y, por si fuera poco, dependen de él para decidir el curso de sus acciones, ya que no pueden acceder a los principios de manera autónoma.

IV. La ética feminista

Por antecedentes de esta magnitud, la filosofía feminista se ha ocupado muy especialmente de la ética. Desde Simone de Beauvoir (Beauvoir, 1949), que consideraba que la sociedad patriarcal determina para las mujeres una imposición opresiva que impide el ejercicio pleno de su trascendencia en la vida pública y la relega a la inmanencia, muchas filósofas se han ocupado de la falta de autonomía moral y sus consecuencias.

Una de las contribuciones más importantes fue la de Carol Gilligan en su libro *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, que se tradujo con el desafortunado título *La Moral y la Teoría*. Esta obra llegó en el proceso de cambio del feminismo de la igualdad al feminismo de la diferencia y contribuyó fuertemente a su consolidación. Pero también llegó en un momento de debate intelectual intenso entre liberalismo y comunitarismo, y por eso sus consecuencias fueron mucho más allá de la pretensión original de ser solo una obra que discutía la obra de Lawrence Kohlberg sobre el desarrollo moral. Kohlberg sostenía (en la línea de Piaget y también de Kant) que las mujeres no alcanzaban el estatuto de universalidad y abstracción necesario para la autonomía moral.

Gilligan se pregunta, separando diferencia y jerarquía, si las voces de las mujeres no conducen a otra resolución de los dilemas morales, y concluye que sí y elabora entonces su llamada “*Ética del Cuidado*” por

oposición a la “*Ética de la Justicia*”, que se presupone universal pero excluye a las mujeres. La ética del cuidado no es abstracta sino que va unida a sentimientos de empatía y compasión, no presupone individuos aislados sino conexión interpersonal y colaboración, no exaltan la imparcialidad sino el cuidado y la responsabilidad. La ética del cuidado parte del supuesto de que todos los individuos son interdependientes para alcanzar sus intereses; que los más vulnerables merecen mayor consideración, sobre todo en la medida en que son afectados por nuestras decisiones; y que para respetar los intereses particulares de quienes están involucrados en un conflicto moral, debemos atender a los detalles contextuales de cada situación particular.

Al analizar distintos conflictos morales que enfrentan las mujeres, Gilligan se ocupa especialmente de la decisión de abortar. Distingue entonces la mirada (típicamente masculina) que apela a reglas generales y abstractas de la consideración que las mujeres “en su voz propia” relatan sobre su experiencia personal. En todos los casos las mujeres enfatizan aspectos morales particulares y subjetivos de situaciones concretas de aborto. Gilligan analiza las reacciones morales que esas mujeres tuvieron frente a sus propias interrupciones del embarazo e infiere, a partir de ahí, cómo el juicio moral de las mujeres se da en términos de responsabilidades conflictivas. El estudio sobre el aborto demuestra el papel central de los conceptos de *responsabilidad* y *atención* en las interpretaciones de las mujeres en cuestiones de dominio moral. Estas voces son las que han sido omitidas al juzgar moralmente, jurídicamente, legislativamente y al decidir la correspondencia médica o no de un aborto. Esta omisión ha llevado a las mujeres a maternidades forzadas o a la clandestinización de las prácticas de aborto, con consecuencias lesivas en extremo.

Como consigna el especialista en masculinidades Juan Guillermo Figueroa (Figueroa & Olgún, 2000): “A pesar de las contradicciones en las normas y en las prácticas que conforman el entorno del aborto, las mujeres han pasado por alto legislaciones punitivas, normativas sociales y presiones emocionales internas y han decidido abortar como una opción extrema frente a un embarazo no deseado; con ello han asumido una actitud y una acción de resistencia y de protagonismo contra el juez, el cura, la familia, la opinión pública, la soledad y los sentimientos de culpa, lo que ha hecho del aborto un hecho disidente en el que aún sigue faltando documentar la experiencia de los varones”.

Cuando Figueroa habla de la experiencia de los varones, se refiere a varones que acompañan y deliberan junto a las mujeres sin tomarse como precio su autonomía moral y política.

Bibliografía

- Aristóteles, *La Política* (trad. 1988), Madrid, Gredos.
- Beauvoir, Simone de, *El Segundo Sexo*, Madrid, Cátedra, 2017.
- Figueroa, Juan Guillermo & Sánchez Olguín, Verónica, “La presencia de los varones en el discurso y en la práctica del aborto”, en *Papeles de Población* 6, julio-septiembre, 2000.
- Gilligan, Carol, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women’s Development*, Harvard University Press, 1982.
- Hierro, Graciela, “La doble moral burguesa mexicana contra la nueva moral de la igualdad”, en Ramírez Sáiz, Juan Manuel (coord.), *Normas y prácticas morales y cívicas en la vida cotidiana*, México, UNAM, 1990.
- *Ética y feminismo*, 2ª edición, México, UNAM (c. 1985), Colección *DIVERSA* núm. 1, 1998.
- Kant, Immanuel, *Lo bello y lo sublime*, http://www.ugr.es/~encinas/Docencia/Kant_sublime.pdf, 1764.
- *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, San Juan de Puerto Rico, Ed. Pedro Rosario Barbosa, 1921.
- *Crítica de la Razón Práctica*, Madrid, Alianza Editorial, 2013.

Problemática constitucional y convencional del proyecto de derecho al aborto discrecional, libre o sin causa legítima

*Néstor Pedro Sagüés**

Resumen

Algunos proyectos legislativos proponen para Argentina el reconocimiento de un derecho al aborto, libre y discrecional, durante las primeras semanas del embarazo, con la facultad de reclamar prestaciones del Estado o de particulares, para realizarlo. Tales propuestas colisionan con normas constitucionales y otras provenientes del derecho internacional de los derechos humanos.

Palabras clave: Derecho al aborto, Aborto libre y discrecional, Constitución Nacional, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención sobre derechos del niño, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Suprema de Justicia.

* Doctor en Derecho, Universidad de Madrid y Nacional del Litoral (Argentina). Doctor honoris causa y profesor honorario por diversas universidades latinoamericanas. Profesor titular emérito, Universidad de Buenos Aires. Profesor de posgrado, Universidad Católica Argentina, Austral y Panamericana de México; argentino; npsagues@gmail.com.

Constitutional and Conventional Problems of the Right to a Discretionary, Free Abortion or Without Legitimate Cause

Abstract

Some legislative projects in Argentina propose the recognition of a free and discretionary right to abortion during the first weeks (first trimester) of pregnancy, that implies the right to benefits from the State or individuals, in order to carry it out. Such proposals oppose to constitutional provisions and others norms of International Law on human rights.

Keywords: Right to abortion, Free and Discretionary Abortion, National Constitution, American Convention on Human Rights, Convention on the Rights of the Child, Inter-American Court of Human Rights, Inter-American Commission on Human Rights, Supreme Court of Justice.

I. Introducción. Aclaraciones semánticas necesarias. De la despenalización a la legalización (y constitucionalización)

El reciente debate abierto en Argentina en torno a propuestas legislativas sobre la *interrupción voluntaria del embarazo* (así denominada por sus promotores, mientras que quienes se oponen a ella prefieren hablar de *aborto*, o incluso de *homicidio prenatal*) tiene múltiples variables. Aquí nos detendremos en el llamado aborto discrecional o sin necesidad de expresión de causa legítima, resuelto libremente, a su arbitrio, por la madre. En cuanto al aborto terapéutico, en resguardo de la salud de la progenitora, o al eugenésico, derivado de un abuso sexual, los hemos atendido en anteriores estudios y no implican una novedad legisferante, por estar aludidos como no punibles por el art. 86 del código penal.¹

La mayor parte de las iniciativas en trámite, si bien parten de formular una propuesta de *despenalización* o de declaración de *inimputabilidad* o

1. Sagiés, N. P., “El aborto eugenésico, la Constitución, el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Jurisprudencia argentina*, 2012-III-1129.

de *impunidad* respecto de quien decide así practicar un aborto, al mismo tiempo significan iniciativas de *proclamación de un nuevo derecho*, precisamente, el de abortar (para algunos, incluso, emergente de la misma Constitución) y de un derecho que implica, para quien lo ejerce, la facultad legal de practicarlo libremente y en condiciones sanitarias y de seguridad adecuadas. Tal potestad se complementa con el reclamo de exigir –también, llegado el caso, judicialmente– prestaciones gratuitas por parte del Estado o de entidades ocupadas de los servicios de salud (como las empresas de medicina prepaga).

La distinción que subrayamos es significativa. A título de mero ejemplo: un menor de dieciséis años no puede, según la legislación actual argentina, ser sujeto punible por la comisión de un delito; pero ello no significa que esté legitimado para realizar tal acto, y menos todavía, para demandarle al Estado la provisión de elementos para cometerlo. En cambio, en el caso de las propuestas en trámite legislativo en estos días, aparte del llamado aborto con causa, se incluye la extinción de la vida del hijo en gestación por resolución irrestricta de la progenitora, producto de su puro voluntarismo (aborto libre, sin causa legítima), como algo no solamente no punible durante las primeras semanas del embarazo, sino que también importaría el ejercicio de un derecho y la facultad de demandar la asistencia, medios y recursos estatales para realizarlo.

II. El marco normativo

En Argentina, el aborto discrecional, libre o sin expresión de causa legítima se encuentra bloqueado por puntuales disposiciones convencionales y constitucionales. Destaquemos las más significativas.

- a) *Convención americana sobre derechos humanos* (o Pacto de San José de Costa Rica, con rango constitucional, según el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional): su art. 4-1 enuncia *explícitamente* cinco directrices vitales en el tema: 1) toda persona tiene derecho a que se respete su vida; 2) ese derecho debe protegerse por la ley; 3) dicho derecho rige, en general, desde el momento de la concepción; 4) a partir de ese instante, el ente engendrado es persona; 5) nadie puede ser privado arbitrariamente de su vida.
- b) *Convención internacional sobre los derechos del niño* (también con rango constitucional, conforme el citado art. 75 inc. 22): declara en su

Preámbulo que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y asistencia especiales, incluso la debida protección legal, *tanto antes como después del nacimiento*. Repite, en este punto, la Declaración de los derechos del niño de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 1959. El art. 6º añade que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida, y que los Estados garantizarán en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo. Argentina, por Ley 23.849, al ratificar la Convención, y a título de reserva y declaración, especifica además que para nuestro país “se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”, afirmación que integra, entonces, las condiciones de vigencia, en nuestro país, de la Convención.²

c) *Constitución Nacional* (texto según la reforma de 1994): el art. 75 inc. 23 determina que el Congreso debe dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, “desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.³

2. En el caso “F., A. L.” (*Jurisprudencia argentina*, 2012-III-371, “Fallos” de la CSJN, 335:197, considerando 13), la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la regla del art. 2ª de la Ley 23.849, en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción, no es una reserva sino una “declaración interpretativa”. Sobre el punto, debe destacarse que tal interpretación integra el cuerpo de “reservas y declaraciones” dispuesto por la ley citada, y que por ende, hace a las condiciones de vigencia, para nuestro país, de la convención sobre derechos del niño, resultando una interpretación obligatoria en el marco del derecho argentino. Ver sobre el tema Gil Domínguez, A., Faure, M., y Herrera M., *Derecho Constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006, t. II, p. 103.

3. Durante el debate de esta norma en la convención constituyente de 1994, y a raíz de una intervención del convencional Raúl Alfonsín, el miembro coinformante del despacho mayoritario, convencional Rodolfo Barra, aclaró que el delito de aborto debe ser regulado por el código penal, y no por la Constitución, aunque insistió en que la persona por nacer “es un niño”, que tiene derecho a la vida desde la concepción (Cfr. Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones, versión taquigráfica, sesión del 19 de agosto de 1994, pp. 4596-7, 4600-1, y especialmente, 4606. Ver también sobre el tema Gil Domínguez, A., *Aborto voluntario, vida humana y constitución*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 188 y ss.; Filippini, L., “Los abortos no punibles en la reforma constitucional de 1994”, en Bergallo, P. (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2011, p. 399 y ss., esp. pp. 403-410).

Es notorio que en tal escenario normativo la posibilidad de ultimar a un feto, *nasciturus*, sujeto en gestación, o como prefiera llamárselo, pero legalmente “niño” para el derecho argentino, sin causa legítima, y por el solo arbitrio de la progenitora, es una alternativa jurídicamente inviable, inconvencional e inconstitucional.

Teórica y formalmente, para posibilitar el aborto libre, discrecional o sin expresión de causa, resultaría necesario, previamente, que Argentina modificase su Constitución y que además denunciara los instrumentos internacionales referidos, conforme las severas exigencias del art. 75 inc. 22 la misma Constitución. No obstante, conforme al principio internacionalista de interpretación de los derechos humanos, de no regresividad, o de imposibilidad de involución reaccionaria respecto de un derecho humano fundamental,⁴ el otorgamiento del derecho a la vida prenatal, ya conferido jurídicamente al niño, impide tal tentativa extintiva del mismo.

Naturalmente, la genuina tutela de esa vida prenatal obsta a aceptar fórmulas encubiertas de atentar arbitrariamente contra ella, como autorizar el aborto con mención de alguna causa, pero sin necesidad de que ella sea realmente grave (esto es, tan importante como para privar de la vida al sujeto en gestación), o sin demostrarla razonablemente, bastando v. gr. para eso, al decir de ciertas estrategias elusivas, simples manifestaciones explicativas de quien desee concluir con la vida del *nasciturus*.

Queda claro, en definitiva, que a partir del momento de la concepción la persona por nacer (*niño*, de acuerdo al derecho argentino) tiene un derecho humano, específico, fundamental, concreto y exigible a la vida, que debe ser respetado y protegido por todos, comenzando por sus progenitores biológicos y por el Estado. No es tal niño una entelequia, una cosa insignificante, mucho menos un tumor maligno, ni una apófisis, ni una membrana, apéndice, cartílago o amígdala del cuerpo de la madre, a merced de la decisión discrecional de ella de extirparlo. Es un ser ultravulnerable, digno de respeto, de valoración, de estima y, por qué no, de afecto, portador de un derecho a su subsistencia esgrimible ante todos.

4. Sobre el principio de no regresión en materia de interpretación de derechos humanos, cfr. el voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni en “Aquino” (CSJN, Jurisprudencia Argentina, 2004-IV-16). Nos hemos referido con mas detalle al tema en Sagüés, N. P., “Estatuto de los derechos”, en *Derecho Constitucional*, T. 3, Buenos Aires, Astrea, 2016, pp. 21-22.

Jamás podría, arbitrariamente, sin causa legítima, ser intencionalmente privado de su vida.

III. Tentativas de desconvenionalización y de desconstitucionalización

En la experiencia jurídica, ciertos pronunciamientos han procurado diluir el mensaje de las directrices convencionales y constitucionales que hemos mencionado. Se trata de interpretaciones manipulativas y desnaturalizadoras que desvirtúan claros mensajes del derecho internacional y del derecho constitucional local sobre el tema.

a) *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Una resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Baby Boy* (1981),⁵ es una buena muestra de una interpretación escapista y manipuladora del Pacto de San José de Costa Rica.

En síntesis, por mayoría (hay significativas disidencias), la Comisión concluye que teniendo en cuenta la intención de los Estados que la redactaron, la expresión “en general”, del art. 4-1 de la Convención, relativa a la tutela del derecho a la vida de la persona por nacer, implica que los ellos pueden instrumentar, *a piacere*, el aborto. La conclusión causa estupefacción, ya que, conforme a tal tesis, el derecho a la vida de la persona por nacer, desde su concepción, existiría, pero bajo una condición resolutoria: que el Estado decida, soberanamente, autorizar cualquier tipo de aborto, incluso el decidido sin causa valedera. Tal vez sea la primera vez que un instrumento internacional de derechos humanos resulta interpretado en un sentido tan absurdo, como entender que un derecho rige en tanto que el Estado no disponga lo contrario. Triste primicia, sin duda, frontalmente opuesta al sentido normal del derecho internacional que aludimos, que precisamente implanta límites a la capacidad decisoria de cada Estado, y que le obliga tanto a no violar como a respetar activamente a un derecho, adoptando al efecto medidas preventivas de tutela y de sanción ante su infracción.

5. CIDH, Resolución 23/81. Votan en disidencia los comisionados Morroy Cabra y Tinoco Castro.

En la especie, en síntesis, la Comisión Interamericana privilegió, respecto del citado art. 4-1, una interpretación presuntamente histórico-voluntarista, fundada en la hipotética intención de algunos Estados que intervinieron en su redacción (tema en sí muy discutible, ciertamente), por sobre una interpretación fundada en el principio protectorio *pro persona*. Con ello contravino las pautas de interpretación propias del derecho internacional de los derechos humanos, que dan prioridad, como directriz interpretativa, y por sobre otras, a la exégesis más favorable al sujeto en cuyo favor se declara un derecho.

Baby Boy, cabe advertirlo, es una resolución (repetimos, no unánime) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no adoptada formalmente en ningún caso por la Corte Interamericana,⁶ y además, de casi cuarenta años atrás. No es, desde luego, compulsiva para los Estados del sistema interamericano, ni obligatoria para la Corte Interamericana.⁷

Por su parte, en *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por mayoría de sus jueces, y con referencia al caso de la fecundación *in vitro*, ha retaceado el vigor del art. 4-1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El tribunal he entendido que el óvulo femenino fecundado, pero todavía no anidado en el útero materno, no es “persona” tutelada por tal norma con derecho

6. En “Artavia Murillo”, párrafo 220, la Corte Interamericana de Derechos Humanos “constata” el Informe de la Comisión Interamericana emitido en *Baby Boy*, pero no indica que lo adopta en su totalidad como tesis del tribunal regional. En otro orden de ideas, consume una inusitada interpretación *contra conventionem* cuando indica (párrafos 222 y 223), que el art. 4-1 de la Convención americana protege fundamentalmente a la mujer embarazada antes que al sujeto concebido, disparidad que no surge, en modo alguno, de la cláusula en cuestión. Ver Sagüés, N. P., “El derecho a la vida prenatal en el Pacto de San José de Costa Rica. Interpretaciones y manipulaciones”, en *El Derecho*, Buenos Aires, 4/4/18.

7. Contra lo que habitualmente se dice, nuestra Corte Suprema de Justicia no ha resuelto en “Carranza Latrubesse” (Fallos, 336:1024), que las recomendaciones de la Comisión Interamericana sean generalmente obligatorias o compulsivas para Argentina. No existe una mayoría de votos en tal sentido, aunque (solamente en función de la situación planteada en ese caso en concreto), la Corte concluya que deba confirmarse una resolución judicial que ordenaba cumplir con una recomendación de la Comisión. Ver Sagüés, N. P., “Las sentencias colectoras”, en *El Derecho*, Buenos Aires, 255-829.

a la vida, aunque sí merezca (según la tesis del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) alguna protección, en nombre de la dignidad humana (párrafo 233 de tal veredicto). También ha considerado (párrafo 264) que la expresión “en general” incluida en dicho art .4-1, referida al amparo de la persona por nacer, desde su concepción, significa que tal protección “no es absoluta, sino gradual o incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto o incondicional (para el Estado), sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”.

De todos modos, cabe subrayar que el fallo dictado en *Artavia Murillo* no declara que el aborto discrecional, libre o sin causa, importe una alternativa compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La sentencia consume, es verdad, una nada feliz interpretación mutativa –por sustracción– del art. 4-1 del Pacto, modulando la clara tutela del mismo a la persona ya concebida, a un impreciso e inventado nivel “gradual e incremental”. Menciona la existencia de eventuales excepciones a la tutela de la vida del individuo en gestación, pero *no dice* que los progenitores estén autorizados, conforme la Convención, a poder decidir –soberana y libérrimamente, a su pleno arbitrio– eliminarlo sin causa. Antes bien, cabe conjeturar, en términos de razonabilidad, que las posibles excepciones del amparo a la vida del feto, dada la magnitud y relevancia jerárquica máxima del bien en juego, deben responder a razones muy extremas que puedan, en casos límites, legitimar tan gravísima resolución. Entre ellas, por supuesto, no puede válidamente figurar el aborto discrecional, libre o incausado, fundado en la mera voluntad del progenitor.

b) *Convención de los derechos del niño*. En *Artavia Murillo* la mayoría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos introduce una interpretación devaluatoria del Preámbulo de esa Convención de los derechos del niño, e indirectamente, de su art. 6º (cfr. *supra*, 2). Para ello, expone que el Grupo de Trabajo de esa Convención indicó que el Preámbulo no determinaría la interpretación del art. 1º de la Convención, o mejor dicho, que no implicaría un juicio previo obligatorio del Grupo de Trabajo acerca de cómo interpretar la Convención (ver párrafo 232 y cita 355 de la sentencia aludida).

Ahora bien: el claro texto del Preámbulo de la Convención, terminante y concluyente en la tutela legal del niño “antes como después de su

nacimiento”, resulta una pauta definitoria para los estados, por más que un Grupo de Trabajo intente sostener que para dicho grupo no le sea obligatorio. El grupo en cuestión no tiene autoridad para quitar eficacia a la directriz que meridianamente adopta el Preámbulo de la Convención. Jurídicamente, so pena de incurrir en una interpretación *contra conventionem*, no está autorizado para negar, banalizar o hacerle decir al Preámbulo menos de lo que el mismo, nítida y explícitamente, enfatiza. Y el Preámbulo de la Convención, como cualquier otro preámbulo del mundo, es un medio clásico para interpretar el texto convencional. Para eso, precisamente, se lo redacta.

- c) *Constitución Nacional*. En el caso “F., A. L.”,⁸ la Corte Suprema de Justicia nacional formuló una tesis que, literal y mezquinamente interpretada por algunos, produce una importante restricción a los derechos de la persona por nacer, al entender que la directriz del art. 75 inc. 23 de la Constitución (v. *supra*, 2, c), se ciñe exclusivamente al ámbito de la seguridad social (consid. 9º). La cláusula, es cierto, refiere a la promoción, para el infante desde el embarazo y para la mujer embarazada, de un régimen de seguridad social, pero obviamente tal programa implica, forzosa y necesariamente también, la tutela del derecho a la vida (de ambos), porque –por ejemplo– mal podría haber beneficios sociales para un feto abortado sin causa legítima.

La que sí resulta correcta es la tesis de la Corte, en tal sentencia, en el sentido de que la tutela constitucional de la persona por nacer, según la convención constituyente de 1994, no significa que la ley suprema imponga, obligadamente, la punición de todo aborto (ver *supra*, cita 4). Ello es cuestión de prudente y razonable política legislativa, como detalla el tribunal en el referido considerando 9º. Sin embargo, y como advertimos, la eventual no punibilidad de un aborto no implica, a su turno, la automática legalización de tal acto, en el sentido del otorgamiento del derecho a practicarlo y a reclamar al Estado medios para así hacerlo (nos remitimos a *supra*, parágrafo 1).⁹ Además, la tesis propiciatoria del aborto intencional discrecional, libre, sin causa legítima, en una constitución protectora de la persona por nacer, y profundamente

8. CSJN, “F., A. L.”, 13/3/2012, *Jurisprudencia argentina*, 2012-III-371.

9. Con mayor detalle, Sagiés, N. P., “El aborto eugenésico...”, op. cit., p. 1134, parágrafo IV.

tributaria de principios iusnaturalistas,¹⁰ jamás podría tener sustento jurídico. Tal tipo de ataque a la persona por nacer siempre resulta, en Argentina, un acto inconstitucional.

A mayor abundamiento, conviene tener en cuenta que en la sentencia “F., A. L.”, la Corte Suprema no ha dicho que el aborto libre, discrecional o puramente voluntario por parte de quien lo practica, esto es, sin causa legítima, sea constitucionalmente válido.¹¹

d) *Dictámenes, informes, sugerencias o recomendaciones de comités de pactos o convenciones sobre derechos humanos.* Estos comités de expertos (que no tienen naturaleza jurisdiccional), creados por diversos documentos internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Argentina, se han expedido sobre el tema del aborto, asunto que, sin embargo, no está explícitamente normado en los textos de tales pactos, declaraciones o convenciones.

La manera en que lo han hecho es variable. Algunas veces, han requerido que un Estado promulgue una legislación que favorezca la interrupción del embarazo en casos de violación, incesto, daño para la madre gestante y anormalidades congénitas del feto. En otros, cuestionan la legislación local que prohíbe el aborto en toda circunstancia. Con ello, puede inferirse que, eventualmente, estarían permitidas ciertas puniciones legales, y otras no. Sin embargo, algunas recomendaciones o informes, al reputar que las leyes impeditivas del aborto importan un atentado contra la vida y salud de las mujeres, solicitan que los estados revisen la legislación que declara al aborto ilegal, o incluso recomendarían eliminar, en sentido general, los castigos a las

10. Sobre la filiación jusnaturalista de la Constitución Nacional, nos remitimos a Sagüés, N. P., “Constitución Nacional. Derechos no enumerados”, en *Enciclopedia jurídica Omeba*, Apéndice V, Buenos Aires, Driskill, 1986, p. 33. El Preámbulo de la Constitución, coincidente con tal doctrina, dispone que se la sanciona “invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia”.

11. En “F., A. L.” (*Jurisprudencia argentina*, 2012-III-371, considerando 10), la Corte Suprema argentina indicó, eso sí, que la Convención Americana de Derechos Humanos no impedía la no penalización del aborto derivado de una violación, según los antecedentes citados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en *Baby Boy*. De todos modos, reiteramos que una cosa es no penalizar, y otra entender que hay un derecho a abortar sin causa legítima, y a requerir (incluso judicialmente) asistencia estatal para realizarlo.

madres que se someten a un aborto (así, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW). Las recomendaciones insisten, con frecuencia, en la obligación estatal de suministrar asistencia médica adecuada para los casos aludidos.¹²

Sobre estos informes o recomendaciones cabe observar, en primer término, que no constituyen normas equiparables a las insertadas en los instrumentos internacionales del caso (Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.). En términos más puntuales, importan *soft law*, vale decir, un derecho de una densidad, consistencia y vigor menor al texto de las convenciones internacionales referidas, que sí configuran *hard law* coactivo, producto del principio *pacta sunt servanda*. No resultan, por ende, reglas compulsivas para los estados, cuyo no seguimiento produzca automáticamente, para ellos, responsabilidad internacional. Por lo demás, pueden motorizar y actualizar significativamente al derecho internacional (como efectivamente ha ocurrido en múltiples casos), pero siempre, claro está, que resulten legítimas, como apunta Conforti.¹³

Además, tales recomendaciones, informes o dictámenes no pueden menguar, para los estados suscriptores de la Convención Americana de

12. Ver, por ej., las recomendaciones del 18 de noviembre de 2016 del Comité CEDAW (Convención sobre Eliminación de las Formas de Discriminación contra la Mujer), y N°22 del 2 de mayo de 2016 del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

13. Ver al respecto Conforti, B., *Derecho Internacional*, Buenos Aires, Zavalía, 1998, p. 239 y ss., esp. 241-4. El autor destaca, como cuestión preocupante, que a menudo esas recomendaciones carecen de un órgano de revisión que fiscalice su legitimidad. Con relación al *soft law*, cfr. por ejemplo Del Toro Huerta, M. I., “El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, en *Anuario mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, México, 2006, p. 513 y ss.; Feler, A. M., “Soft Law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas”, en *Lecciones y ensayos*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, UBA, 2015, N°93, pp. 281-303. En cuanto a la influencia, en muchos casos positiva, de tales comités en los órganos judiciales nacionales, y las razones de su progresivo protagonismo y ocasionales dificultades de su difusión o aceptación, es muy ilustrativo el informe elaborado por la Asociación de Derecho Internacional en la Conferencia de Berlín (2004). Cfr. International Law Association, *Final Report on the Impact of the Work of the United Nations Rights Treaty Bodies on National Courts and Tribunals*, pp. 41-45.

Derechos Humanos, las directrices específicas protectoras de la persona por nacer enunciadas en su art. 4-1, que importan una tutela original y concreta para el *nasciturus*, y que desde luego, implican un “plus” más favorable para el mismo, si se las compara con otras convenciones. Un dictamen de los referidos comités de expertos que fuera opuesto a tal artículo de la Convención no es robóticamente transportable a los países involucrados en el Pacto de San José de Costa Rica, máxime cuando hay declaraciones o reservas interpretativas que el Estado ha formulado. En paralelo, no es correcto definir el tema del aborto, respecto de un país captado por este pacto, ignorando el mismo, y basándose solamente en los pronunciamientos de los referidos comités de expertos de otras declaraciones o pactos.

IV. Conclusión

Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4-1), como la Convención sobre los Derechos del Niño (Preámbulo y art. 6º), y la Constitución Nacional argentina (art. 75 inc. 23), impiden –más allá del tema de su despenalización– autorizar por ley el aborto discrecional, libre o sin causa legítima, con el sentido de darle rango de derecho irrestricto durante las primeras semanas del embarazo, y la facultad de requerir al Estado o a particulares prestaciones para practicarlo.

Cabe alertar sobre ciertas interpretaciones evasivas que pretenden licuar las normas que mencionamos, mediante técnicas manipulativas y mutativas por sustracción, que por vía de vaciamiento o de desmontaje, producen un notorio caso de desconstitucionalización y desconvencionalización. Tales estrategias implican con frecuencia un claro acto de negacionismo de los derechos de la persona por nacer, en particular, nada menos, de su derecho a la vida.

Bibliografía

- Conforti, B., *Derecho Internacional*, Buenos Aires, 1998, Zavalía.
Del Toro Huerta, M. I., “El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, en *Anuario mexicano de Derecho Internacional*, México 2006, vol. VI, p. 513.

- Feler, A. M., “*Soft Law* como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas”, en *Lecciones y ensayos*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, UBA, 2015, pp. 281-303.
- Filippini, L., “Los abortos no punibles en la reforma constitucional de 1994”, en Bergallo P. (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2010.
- Gil Domínguez, A., *Aborto voluntario, vida humana y Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 2010.
- Gil Domínguez, A., Faure, M. y Herrera, M., *Derecho Constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- International Law Association, *Final Report on the Impact of the Work of the United Nations Rights Treaty Bodies on National Courts and Tribunals*, Berlín, 2004.
- Sagüés, N. P., “El estatuto de los derechos”, en *Derecho Constitucional*, T. 3, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- “El aborto eugenésico, la Constitución, el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, 2012-III-1129.
- “El derecho a la vida prenatal en el Pacto de San José de Costa Rica. Interpretaciones y manipulaciones”, en *El Derecho*, Buenos Aires, 4/4/18.
- “Las sentencias colectoras”, en *El Derecho*, Buenos Aires, 255-829.

Cosmovisiones constitucionales e interrupción del embarazo

*Paola Bergallo**

Resumen

El trabajo bosqueja los rasgos distintivos de dos de las cosmovisiones constitucionales que se han enfrentado en torno a la interpretación de la legislación que regula el aborto en nuestro país. Estas cosmovisiones son un *constitucionalismo conservador formalista* y otro de corte *transformador y feminista*. Contrastar estas dos perspectivas resulta útil para comprender algunas de las disidencias que separan a los juristas a uno y otro lado de los proyectos de liberalización del aborto discutidos en audiencias del Congreso de la Nación durante el 2018. La caracterización de estas posturas puede explicar además las dificultades que han rodeado la aplicación de la interpretación del artículo 86 del Código Penal según la cual este establece un sistema de causales que exige la provisión de servicios de aborto legal.

* Paola Bergallo es profesora asociada de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, e investigadora adjunta del CONICET. Es Doctora en Derecho y Magister en Investigación Sociojurídica por la Universidad de Stanford, Magister en Leyes por la Universidad de Columbia, y abogada graduada con honores de la Universidad de Buenos Aires. Ha sido becaria, entre otros, de la Fundación Hewlett, del Consejo de Investigaciones de Noruega y del Programa de Derechos Humanos de Harvard. Ha dictado clases como profesora invitada en diversas instituciones de Argentina y el exterior, incluyendo la Universidad de Los Andes en Colombia, el ITAM en México, la Universidad Pompeu Fabra y la Autónoma de Madrid. Sus áreas de investigación incluyen el género, la salud y los derechos humanos, temas que ha abordado desde la perspectiva del derecho constitucional y los estudios sociojurídicos. Ha liderado proyectos de investigación para el Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA), el Fondo Nórdico del Banco Mundial, el Centro de Derechos Reproductivos e International Planned Parenthood Federation.

Palabras clave: Constitucionalismo, Constitucionalismo Conservador Formalista, Constitucionalismo Transformador, Aborto, Feminismo.

Constitutional Perspectives and the Termination of Pregnancy

Abstract

The paper offers a preliminary characterization of two of the constitutional perspectives confronted in the interpretation of the legal regime about abortion in our country. The paper distinguishes a conservative constitutional paradigm from a transformative and feminist constitutional approach. Contrasting these two approaches to constitutional interpretation in the context of abortion may be useful to understand the different scholarly positions represented in the debates on the prospective reform of abortion laws undertaken in the congressional hearings hosted during 2018 by Congress. The characterization of the two approaches may also contribute to explain the history of contentious implementation of the interpretation of article 86 of the Criminal Code as establishing a model of indications demanding the supply of legal abortions.

Keywords: Constitutionalism, Conservative Constitutionalism, Transformative Constitutionalism, Abortion, Feminism.

Mientras se escriben estas páginas nuestro país enfrenta un proceso de deliberación inédito sobre el status de las mujeres en nuestra sociedad. Se trata además de un proceso que podría concluir con la modernización legislativa del régimen jurídico del aborto para las personas con capacidad de gestar. Desde hace unos meses, este proceso de diálogo con epicentro en el Congreso de la Nación se extiende a cada rincón de nuestros debates públicos y privados. Como nunca antes en nuestra historia, las mujeres participamos de la deliberación disputando los sentidos del margen de determinación que da la Constitución para legislar sobre aborto a través de distintos usos del derecho penal o sin él.

El debate es resultado, entre otros, del crecimiento del movimiento de mujeres y las reivindicaciones feministas en las calles, los medios de

comunicación y la vida pública del país. Es producto también del trabajo sostenido de iniciativas organizacionales como la Campaña por el Aborto Legal, Seguro y Gratuito así como de los esfuerzos incansables de las jóvenes, periodistas, influenciadoras y organizaciones que gestaron el movimiento Ni Una Menos y sus derivaciones. El proceso no hubiera sido posible sin la articulación de los esfuerzos transversales de las líderes políticas en el Congreso de la Nación que promovieron la invitación presidencial a abrir el debate parlamentario y luego trabajaron para ponerlo en marcha. En el primer semestre de 2018, la combinación de estas energías ha generado una deliberación legislativa con altos niveles de participación e impactos pedagógicos insospechados.

Desde el punto de vista jurídico el debate constituye además un eslabón más en el proceso de constitucionalización de los códigos de fondo iniciado con la transición democrática. Un proceso jalonado por hitos en los que durante años confrontaron abordajes constitucionales que solo coinciden en la necesidad de una lectura de las normas penales a la luz de la Constitución. El resto han sido más bien desacuerdos en los que contrastaban, entre otras, lecturas constitucionales conservadoras formalistas, de un lado, y una variedad de lecturas de cuño liberal, enfoques de derechos humanos, concepciones pragmáticas, reivindicaciones feministas y de colectivos LGBT, que en ciertas ocasiones se han combinado para moldear expresiones de un constitucionalismo transformador.

Desde 1994, estas perspectivas sobre la interpretación constitucional de la legislación sobre la interrupción del embarazo se han enfrentado en causas judiciales, sesiones legislativas y procesos regulatorios en el plano sanitario del ámbito federal y foros subnacionales. Con el tiempo, los desacuerdos jurídicos originales se han ido trasladando también a las interacciones cotidianas de la sociedad civil con el sistema de salud, las demandas organizadas del movimiento de mujeres, los colectivos LGBT y actores conservadores, hasta permear la movilización callejera. Después de años de intentos fallidos de extender la conversación constitucional sobre el tema al Congreso de la Nación, finalmente desde comienzos de 2018 la puja interpretativa en torno al derecho y el aborto se libra también en ese espacio democrático.

Leído desde 1994, este proceso jurisgenético de expansión de la argumentación constitucional sobre los derechos, la sexualidad y la reproducción, representa un ejercicio de convivencia en el disenso típico de las aspi-

raciones de un constitucionalismo democrático o popular.¹ En los últimos meses ese proceso ha generado la posibilidad de profundizar los aportes del Congreso al cambio constitucional marcado por otros hitos como las leyes que establecieron el Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable, la exigencia de educación sexual integral, la regulación de la violencia en las relaciones interpersonales, el reconocimiento del matrimonio igualitario, o de forma más reciente la ley de identidad de género.² El debate se inserta a su vez en el largo camino que aún nos resta para alcanzar la igualdad material entre los géneros.

Casi una década atrás, Roberto Gargarella nos invitaba a pensar la Constitución para el 2020. Era difícil entonces prever la aceleración de interpretaciones favorables a la liberalización del régimen jurídico del aborto que seguirían a la decisión adoptada por entonces por el Tribunal Superior de Chubut en el caso F., A.L.³ A partir de allí, lo que habían sido debates constitucionales sencillos en casos esparcidos por algunas provincias o fallidos intentos de aprobación de una guía nacional para regular los abortos del artículo 86 del Código Penal de la Nación (CPN) comenzaron a propagarse. En esa difusión, nuestras discusiones constitucionales sobre el aborto permearon de forma gradual no solo las instituciones oficiales a las que reconocemos el poder de “decir el derecho” o instituciones jurisprudenciales, en el vocabulario coveriano, sino también muchos de los debates de nuestra vida comunitaria más allá de ellas.⁴

1. Para una revisión de textos seminales de esta visión del constitucionalismo contemporáneo, véase Siegel, R. & Post, R. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, y Kramer, L. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Barcelona, Marcial Pons, 2009.

2. He desarrollado estas ideas en más profundidad en los siguientes textos: Bergallo, P., “Cambio constitucional, reproducción y derechos”, en Gargarella, R., *La Constitución 2020*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2011; Bergallo, P., “Las normas informales que regulan el aborto”, en Cook, R., Erdman, J. & Dickens, B. *El aborto en el derecho transnacional: casos y controversias*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2016. Bergallo, P., “Interpretando derechos: la otra legalización del aborto en América Latina”, en Casas, L. & Lawson, D., *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*. Universidad Diego Portales, 2016.

3. “F., A. L. s/ Medida Autosatisfactiva”, C.S.J.N. 13.3.2012.

4. Me he referido a este fenómeno en otros trabajos como los citados *supra* en la nota 3.

Las cosmovisiones constitucionales enfrentadas en esas instancias a través del último cuarto de siglo y en estos meses en particular albergan disidencias metodológicas profundas sobre la interpretación constitucional, quién tiene competencia para dirimir las y con qué alcance puede o debe hacerlo. Estos desacuerdos atraviesan los grandes interrogantes interpretativos: *qué* es nuestra Constitución, *cómo* debería interpretársela y *quién* puede hacerlo; y abarcan por supuesto las disputas sustantivas sobre el sentido de las normas sobre aborto a la luz del texto constitucional.⁵ En definitiva, el debate sobre la constitucionalidad de la legislación del aborto ejemplifica como pocos los desacuerdos de primer y segundo orden en el plano de la interpretación constitucional.

En el primer orden, es decir, el plano de las desavenencias sobre el sentido de las normas constitucionales, estas alcanzan, por ejemplo, la identificación de los derechos relevantes del menú reconocido en la Constitución y los tratados, así como la definición de su contrapartida, las obligaciones correlativas que recaen en instituciones e individuos. Las discrepancias comprenden también la definición de las fuentes textuales y extratextuales a interpretar, los conceptos y valores morales en juego; el menú de herramientas de política pública disponible para regular la práctica; y la aceptación o no de mecanismos para balancear dimensiones de los derechos en tensión, entre otros. En el segundo orden, el plano de los desacuerdos interpretativos, las perspectivas disienten en los abordajes de la interpretación constitucional, así como en las teorías que delimitan las competencias institucionales y los márgenes de decisión de intérpretes judiciales, legislativos o administrativos.

El estudio exhaustivo de estas dimensiones del desacuerdo constitucional sobre la regulación de la interrupción del embarazo es parte de un trabajo más extenso en elaboración. Como adelanto de esa investigación, estas páginas bosquejan los rasgos distintivos de lo que propongo describir como dos de las cosmovisiones constitucionales que han protagonizado desacuerdos interpretativos sobre el régimen jurídico del aborto en nuestro país en el último cuarto de siglo. Estas cosmovisiones nucleas los ideales de una versión del *constitucionalismo conservador formalista* y otro que propongo denominar *constitucionalismo transformador feminista*. El primero,

5. Barber, S. A. & Fleming, J. E., *Constitutional Interpretation*. Oxford, 2007.

según veremos, es el resultado del proceso de laicización en nuestro entorno de discursos originalmente confesionales en la línea de lo que Julieta Lemaitre ha denominado *constitucionalismo católico latinoamericano*.⁶ La segunda cosmovisión constitucional, en cambio, combina los aportes ético-jurídicos de la tradición liberal igualitaria, un constitucionalismo de derechos humanos con énfasis en los derechos sociales, y una particular preocupación pragmática por el contexto de las normas y su funcionamiento en las instituciones democráticas que afecta las opciones de la interpretación constitucional. De esa combinación emergen, a mi juicio, los trazos de una perspectiva constitucional autóctona de cuño feminista que ubica los derechos de las personas gestantes en el centro del análisis constitucional.⁷

Contrastar estas dos cosmovisiones puede resultar útil para comprender las diferencias entre los discursos de algunos de los juristas a uno y otro lado

6. Lemaitre, J., “El sexo, las mujeres y el inicio de la vida en el constitucionalismo católico”, en Cook, R., Erdman, J. & Dickens, B., *op. cit. supra* nota 3. Otras caracterizaciones de estas ideas pueden rastrearse en los trabajos de Juan Marco Vaggione e investigadores del Grupo de Estudios sobre Reproducción y Sexualidad de la Universidad Nacional de Córdoba. Véase, por ejemplo, Morán Faúndes, J. M. & Peñas de Fago, M. A., “La vida como política: la iglesia católica y las concepciones científicas y legales contrarias a la legalización del aborto”, en Ramón Michel, A. & Bergallo, P., *op. cit. supra* nota 3, y Vaggione, J. M., “La sexualidad en el mundo post secular. El activismo religioso y los derechos sexuales y reproductivos”, en Gerlero, M. S., *Derecho a la Sexualidad*, Buenos Aires, 2009.

7. La literatura sobre el constitucionalismo latinoamericano ha ofrecido una variedad de definiciones del constitucionalismo transformador. Entre las más divulgadas pueden verse, por ejemplo, propuestas alternativas como las articuladas en: De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010; Ávila Santamaría, Ramiro, Acosta, A. & Martínez, E., *El neoconstitucionalismo transformador: el estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Ecuador, 2011; Von Bogdandy, A., “Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, en *Revista Derecho del Estado*, 2015, 34: 3-50. El estudio de la bibliografía argentina involucrada con esos debates es parte del proyecto más amplio en el que se insertan estas notas. En esa investigación en curso se propone un diálogo entre esas construcciones, las centradas entre ellas en temas de género, y la experiencia de constitucionalización del aborto. Estas notas preliminares escritas por invitación en un contexto deliberativo hacen un uso más informal de la idea de transformación apelando al sentido común de su voluntad reformista.

de las audiencias celebradas en el Congreso en los últimos meses. Al mismo tiempo, comprender los desacuerdos de ambas cosmovisiones sobre la lectura constitucional de la normativa hoy vigente puede servir para explicar en parte la incertidumbre, ambivalencia y arbitrariedad que ha rodeado el funcionamiento del artículo 86 del CPN en la última década. A su turno, esta identificación de las divergencias entre un constitucionalismo conservador formalista y otro transformador y feminista podrían iluminar además la necesidad de adoptar una nueva ley que reduzca la inseguridad jurídica imperante.⁸

El resto del trabajo se organiza en cuatro partes. La primera sección reconstruye de forma breve la interpretación predominante durante el siglo XX de las normas penales sobre aborto. La segunda sección caracteriza la estructura argumental de una variedad de constitucionalismo conservador formalista y describe algunas de las disputas jurídicas a través de las cuales esa perspectiva se desplegó con éxito hasta el primer lustro del nuevo milenio. La tercera sección introduce los principales componentes de un constitucionalismo transformador feminista que a partir de 2005 fue cosechando éxitos a través de decisiones judiciales, administrativas o legislativas hasta llegar a la apertura del debate parlamentario de este año. El trabajo concluye con una breve caracterización de las opciones que enfrenta el Congreso en el cruce de las dos cosmovisiones descriptas para abonar la propuesta de una nueva ley.

8. Desde el punto de vista metodológico, la caracterización preliminar de las cosmovisiones que ofrece este trabajo se basa en la lectura de decisiones judiciales nacionales y del derecho comparado hasta 2016, escritos en litigios en los que he colaborado entre 2005 y 2013, la revisión de publicaciones realizadas en revistas como *La Ley* y *El derecho* entre 1990-2007, el seguimiento de artículos de opinión publicados por juristas en los diarios *La Nación*, *Página/12* y *Clarín* entre 1996-2017, y la participación en intercambios en las *Revistas de Derecho Penal* y *Procesal Penal* de *La Ley* (2010) e *Infojus* (2012) y tres debates sobre el proyecto de ley con otros juristas enfrentados a él en la Universidad de Buenos Aires, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y la Universidad de San Andrés celebrados durante abril de 2018. No obstante, dada la enorme expansión de los discursos jurídicos a favor y en contra de la regulación del aborto que se han desarrollado (de forma oral y escrita) en los últimos meses, esta revisión no reclama exhaustividad sobre las distintas cosmovisiones enfrentadas hoy en torno al tema. La comparación que propone el trabajo es un ejercicio exploratorio basado en una indagación preliminar que se completará con una revisión sistemática de las nuevas fuentes generadas en 2018, aún en proceso.

I. La regulación penal del aborto y el consenso sobre la lectura constitucional

Las normas aún vigentes que regulan el aborto en el CPN datan de 1921, cuando el Congreso aprobó un régimen que penalizaba a las mujeres y quienes colaboraran con ellas para interrumpir un embarazo.⁹ Esta norma punitiva incluía, sin embargo, un conjunto de circunstancias en las que el aborto no se consideraría punible. Así lo establece todavía hoy el artículo 86 del CPN, según el cual el aborto no es punible cuando es practicado por un médico con el consentimiento de la mujer encinta, en casos de peligro para la vida, peligro para la salud o violación.

Desde su aprobación y durante la mayor parte del siglo XX, esta normativa fue interpretada con éxito como estableciendo una penalización extendida del aborto y un conjunto de circunstancias de eximición de prisión poco puestas a prueba por la escasa cantidad de casos efectivamente juzgados según surge de la evidencia disponible.¹⁰ Así, se trataba de una regulación que combinaba en los libros dosis simbólicas de prohibición a partir de la amenaza penal y una permisión limitada contenida en la supuesta no aplicación de penas a las mujeres y acusados de haber participado en el delito.

Una serie de estudios recientes muestra que durante gran parte del siglo XX y hasta nuestros días la penalización efectiva fue prácticamente nula.¹¹ En la práctica, nuestra sociedad parecía mostrar mucha tolerancia al aborto ilegal con pocas sentencias condenatorias y escasas oportunidades expresas de eximición de castigo.¹² El aborto se sabía ampliamente prac-

9. Véanse los artículos 85 a 88 del Código Penal de la Nación.

10. Bergallo, P., “La liberalización del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para su debate”, en Bergallo, P., *Aborto y Justicia Reproductiva*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.

11. Sobre la historia de esta norma en la práctica, véase Di Corleto, J., “Médicos, jueces y abortistas: Buenos Aires, 1940-1970”, en Ramón Michel, A. & Bergallo, P., *La reproducción en cuestión*, Buenos Aires, Eudeba, 2018. Para datos más recientes, véase Defensoría General de la Nación, *Informe: Causas penales por aborto propio en la Argentina*, Buenos Aires, 2018. Disponible en: <http://www.mpd.gov.ar/index.php/noticias-feed/4258-segun-un-informe-de-la-defensoria-general-de-la-nacion-los-procesos-penales-por-el-delito-de-aborto-operan-en-si-mismos-como-castigo-y-las-condenas-son-la-excepcion>.

12. En un trabajo anterior, basado en la revisión de sentencias publicadas en revistas ju-

ticado de forma clandestina y eran relativamente escasos los esfuerzos de persecución penal de las mujeres que llegaban al sistema de salud en altas cifras anuales con evidencias de una complicación del aborto, complicación que no siempre podía asumirse espontánea.

Según parece, aunque sí había en algunos ámbitos denuncias y cada tanto alguna condena, no se registraban grandes números de estas últimas contra mujeres, médicos u otros partícipes, y tampoco había constancia de sanciones ejemplares o una actividad investigativa fuerte. Es más, la dogmática penal ofrecía una variedad de argumentos para rechazar el procesamiento o la persecución de mujeres denunciadas por el delito de aborto. Estos argumentos alcanzaron su máxima expresión en los votos del recordado plenario de la Cámara Correccional de la Capital Federal en el caso Natividad Frías de 1966, en el cual a partir de la idea de violación del secreto profesional o de la prohibición de autoincriminación, la mayoría de los jueces coincidían en la necesidad de desestimar las acusaciones contra la mujer que supuestamente se había sometido a una interrupción ilegal de su embarazo.

Esta regulación penal del aborto sobrevivió durante décadas hasta que, a partir de fines de los años ochenta y con más intensidad a partir de la década siguiente, surgieron una serie de discursos constitucionales tanto prohibicionistas como liberalizadores que proponían reinterpretar los mandatos del CPN a la luz de la Constitución y los tratados de derechos humanos incorporados a ella. Según veremos a continuación, a partir de 1994, estas dos cosmovisiones constitucionales libraron un conjunto de enfrentamientos que con el tiempo irían transformando el balance de las fuerzas prohibicionistas frente a las promotoras de la liberalización.

II. Los reclamos prohibicionistas y la consolidación del constitucionalismo conservador formalista

A partir de los años noventa un conjunto de juristas reconocidos comenzó a defender la existencia de un mandato constitucional fuerte de pro-

rídicas y datos de denuncia solicitados en la Ciudad de Buenos Aires entre 2007 y 2008, ofrecí algunos indicios de esta caracterización. Véase, al respecto, Bergallo, P., *op. cit.*, *supra* nota 10.

tección de la vida gestacional basado en la alusión implícita al mismo en el artículo 33, y las referencias directas al amparo de la vida gestacional en el artículo 75.23, los artículos 3.1 y 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, y las declaraciones interpretativas formuladas al suscribir la Convención de Derechos del Niño –descriptas por estos académicos como parte de supuestas reservas al tratado–.¹³ La combinación de estas fuentes textuales serviría para fundar, según se argumentó desde entonces, una prohibición total del aborto, compatible solo con el reconocimiento de una excusa absolutoria en caso de peligro para la vida de la mujer. Esta es una de las interpretaciones jurídicas que en los últimos meses se ha traducido en el lema “salvemos las dos vidas”.

Luego del fracaso en instalar una cláusula expresa sobre el comienzo de la vida en la Convención de Santa Fe, los defensores de esta interpretación cosecharon una serie de conquistas jurídicas que instalaron muchas de sus ideas como parte del sentido común constitucional sobre el aborto. Estas ideas permearon: (a) la discusión de cláusulas constitucionales a nivel provincial; (b) artículos incorporados a las leyes de salud reproductiva y educación sexual al definir la anticoncepción; (c) el debate sobre la constitucionalidad de la comercialización o la distribución en planes estatales de la anticoncepción hormonal de uso diario, la píldora del día después, el dispositivo intrauterino y las técnicas de anticoncepción quirúrgica; todas acusadas de provocar efectos abortivos; (d) el descarte de embriones en el empleo de técnicas de reproducción humana asistida; (e) el acceso al aborto en caso de anencefalia y los supuestos del artículo 86 del CPN; (f) el rechazo de la superioridad del deber de guardar secreto profesional o el argumento de la autoincriminación frente al deber de denunciar ante el conocimiento de interrupciones ilegales del embarazo; y (g) la sanción de leyes que establecían el Día del Niño por Nacer o establecían una ciudad o pueblo como jurisdicciones “pro vida”. Incluso otras discusiones como la aprobación del Protocolo Facultativo de la CEDAW o la eliminación de las atenuantes del infanticidio en la etapa puerperal, por citar algunas, también se vincularon

13. En el caso F., A.L. la Corte Suprema aclaró que se trataba de una declaración interpretativa y no de una reserva a la Convención de Derechos del Niño. Para una revisión de la historia del tema, véase también Filippini, L., “Los abortos no punibles en la reforma constitucional de 1994”, en Bergallo, P., *op. cit.*, *supra* nota 10.

con las estrategias de sectores prohibicionistas para evitar el avance de interpretaciones liberales sobre el aborto.

Los foros en los que estos debates fueron expandiéndose en la década del noventa incluyeron así a nivel nacional y provincial convenciones constituyentes, legislaturas, ámbitos de la gestión pública y privada de los sistemas de salud, y con el tiempo, un número creciente de procesos judiciales en los que se buscó consolidar interpretaciones restrictivas. Pero también los espacios de producción de significados de la sociedad civil fueron terreno fértil en la expansión de la cosmovisión constitucional conservadora en torno al aborto. Por ejemplo, se escribieron numerosos libros y artículos promoviendo estas interpretaciones al tiempo que se reescribía, por ejemplo, el contenido del juramento hipocrático en universidades públicas o el texto del Código de Ética de la Academia Nacional de Medicina.

Hasta la llegada del nuevo milenio, cuando esta cosmovisión conservadora de la lectura constitucional comenzó gradualmente a ceder frente al triunfo de interpretaciones que describo en la próxima sección, sus aserciones sobre el sentido de la Constitución seguían dos tipos de estrategias: una abiertamente confesional, y otra laica basada en una importación incompleta de algunas de las herramientas argumentales del paradigma constitucional liberal. En algunos casos, además, ambos tipos de estrategias se combinaban con usos espurios del derecho comparado o fuentes pseudocientíficas, como lo testimonia, por ejemplo, el voto mayoritario del caso *Portal de Belén* resuelto en 2002.¹⁴ En él, la Corte Suprema de Justicia hacía referencia a encíclicas papales, fuentes incompletas del derecho internacional de los derechos humanos, párrafos tergiversados de una sentencia de la Corte del Estado de Tennessee, y la alusión a un manual de divulgación de nula autoridad científica para sustanciar su definición del comienzo de la vida.¹⁵

En su trabajo sobre *constitucionalismo católico en América Latina*, Julieta Lemaitre ha reconstruido algunas de las fuentes religiosas del constitucionalismo conservador de otros países de nuestra región incluyendo un

14. Monte, E., “La demanda por la liberalización del aborto en Argentina: de la politización de la sexualidad a los derechos reproductivos. Notas sobre el caso Portal de Belén”, en Ramón Michel, A. & Bergallo, P., *op. cit.*, *supra* nota 3.

15. Argibay, C., “Algunos problemas actuales en el acceso a los derechos sexuales y reproductivos”, en Defensoría General de la Nación, *Discriminación y Género: Las formas de la violencia*, Buenos Aires, 2011.

estudio pormenorizado de las encíclicas papales que constituyen los textos fundantes de esta tradición en su aporte al debate sobre el aborto.¹⁶ En algunas ocasiones, además, el constitucionalismo católico se ha basado en la descripción de compromisos constitucionales que rechazan la separación del Estado y la Iglesia, como las que promueven interpretaciones del artículo 2 de la Constitución argentina y otras normas de las constituciones provinciales que reconocen un status especial a la Iglesia y el culto católicos para regir los destinos de nuestras instituciones. Pero no son estas ni las experiencias más oprobiosas de manipulación de fuentes del derecho o el conocimiento científico mencionadas en el párrafo anterior –que todavía persisten, como ha podido verse en los debates en el Congreso– las que me interesa destacar aquí como parte de la cosmovisión constitucional conservadora formalista.

Prefiero más bien llamar la atención sobre los rasgos de esta cosmovisión que sobreviven a su asimilación superficial de las herramientas de un constitucionalismo liberal para promover posturas prohibicionistas en torno a la legislación sobre aborto con un enfoque textualista y mecanicista. Lemaitre y otros autores, como Juan Marco Vaggione, han destacado también hasta qué punto los sectores conservadores de nuestra región han adoptado las herramientas de una concepción laica para jugar el juego convencional de la interpretación constitucional. En efecto, si preserva algún arraigo confesional, el constitucionalismo conservador actual, en nuestro entorno lo oculta a través de un textualismo precario y selectivo desde el cual ejercita su propia cosmovisión de la interpretación constitucional “moderna”.

Este textualismo opera a partir de la referencia a las normas de la Constitución citadas arriba (los artículos 33 y 75.23) y el artículo 4.1. de la Convención Americana, más supuestas reservas a la Convención de Derechos del Niño que definirían su aplicación a partir de la concepción para omitir de forma simultánea todas las referencias introducidas en la Constitución y los textos de los tratados en relación a los derechos de las mujeres. El textualismo precario funciona también a partir de la negación de la evolución y la autoridad de las fuentes del derecho nacional, comparado e internacional que interpretan todas estas normas, cuando los precedentes contravienen las lecturas conservadoras formalistas.

16. Lemaitre, J., *op. cit.*, *supra* nota 7.

La selectividad de las fuentes que integran el material pre-interpretativo sobre el que formulará su trabajo argumental esta cosmovisión constitucional trae aparejadas varias consecuencias. Para esta versión supuestamente laica del constitucionalismo conservador lo único relevante es el reconocimiento de un status de excepcionalidad constitucional y convencional a la protección de la vida biológica desde la concepción. Esta, según se esgrime, exigiría una protección absoluta y monocorde de la vida en todos sus estadios a partir de la unión de los gametos. Se rechaza así la gradualidad de la protección jurídica de la vida desde sus etapas embrionarias al tiempo que se desconoce su tensión con otros derechos de titularidad de las personas gestantes. El constitucionalismo conservador formalista descarta de esta forma cualquier tipo de ponderación o análisis de proporcionalidad que evalúe la constitucionalidad o convencionalidad del rol del derecho penal en la gestión de la política pública sobre el aborto.

De esta negación de la tensión o conflicto se sigue también el rechazo de las obligaciones regulatorias y prestacionales que podrían fundar un deber de proveer los abortos legales en el sistema de salud actual en base a la interpretación del artículo 86 del CPN y sus causales que se ha propuesto más recientemente resignificar como resultantes de la protección del derecho a la vida, la salud y la autonomía previstas en distintas normas de la Carta Magna. Para esta perspectiva constitucional, entonces, la penalización total del aborto no es una elección legislativa sino un mandato constitucional ineludible. La criminalización de la conducta durante los nueve meses no es una opción de política pública disponible como última ratio, sino una exigencia inescapable que se desprende del reconocimiento de un derecho a la vida desde la concepción y de su jerarquía sobre cualquier otra consideración valorativa. Por otro lado, en las muy marginales ocasiones en que algunos juristas, entre los que abrazan esta cosmovisión, reconocen que el aborto plantea alguna forma de tensión entre intereses y derechos en juego, se esgrime que la ponderación solo justificaría una excusa absolutoria como la que leen prevista en parte del artículo 86, inciso 1 del CPN. Justamente porque solo puede interpretarse que el artículo 86 contempla una excusa absolutoria, la lectura constitucional de dicha regla no podría imponer entonces ningún deber correlativo sobre los sistemas de salud, sus gestores y prestadores respecto de la disponibilidad de servicios de aborto legal.

No hay entonces nada más que reconocer ni ponderar una vez que hay vida humana en desarrollo, cualquiera sea su estadio de evolución.

Poco importan desde esta perspectiva otras normas de la Constitución y los tratados de derechos humanos que reconocen derechos de titularidad de las personas gestantes. También son irrelevantes los ejercicios de ponderación que pueden asignarse al legislador democrático, refundados como lo hace la Corte Suprema argentina en el fallo F., A.L. Tampoco parecen importar los patrones convergentes de las ponderaciones realizadas en el derecho comparado en decisiones judiciales como las emitidas por tribunales con competencia constitucional como los de Estados Unidos, Canadá, Alemania, Francia, España, Colombia, México o Chile, por citar algunos. Menos aún hay para decir sobre los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos y los precedentes del sistema europeo o el sistema interamericano que han reconocido el carácter incremental de la protección jurídica de la vida en gestación o la necesidad de realizar un análisis de proporcionalidad ante la afectación de otros derechos reproductivos en juego.¹⁷ Menos incumben las declaraciones de Comités del sistema de monitoreo de tratados que aclaran la inexistencia de un deber de penalizar totalmente el aborto en el plano del derecho internacional de los derechos humanos. Y si alguna de estas referencias aparece en los discursos prohibicionistas mecanicistas, se trata solo de citas para marcar la lectura errada o la inaplicabilidad de la fuente en cuestión. Con ese trasfondo interpretativo, ¿qué relevancia podrían tener decisiones como las de la Corte Suprema argentina en el caso F., A.L. o los pronunciamientos concretos de foros internacionales para el país como el caso L.M.R. u otras fuentes de derecho blando internacional que abordan el tema? Pues ninguna.

En los últimos meses, esta cosmovisión constitucional es también la que ha imperado en parte de los discursos de juristas opositores a la reforma en las audiencias del Congreso, para traducirse finalmente en la suscripción del dictamen de oposición que rechazó la consideración de las distintas iniciativas de liberalización del aborto sometidas al debate parlamentario. Se trata de una cosmovisión constitucional que también ha estado presente en muchos de los discursos formulados en el recinto de Diputados la noche del

17. En este punto resulta particularmente llamativa la displicencia con la que se rechazan precedentes como *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, resuelto por la Corte Americana de Derechos Humanos en 2012.

13 de junio y se anticipa en los escritos de algunos de nuestros Senadores pocos días después.

Esta no es, cabe aclarar, la única versión de los argumentos conservadores blandidos en pos de posturas prohibicionistas. Otros juristas, cuyas posiciones no considero aquí, argumentan en cambio que la distribución de competencias institucionales que establece la Constitución no permite establecer un deber de prestar servicios de aborto legal al poder judicial, como habría hecho la Corte en F., A.L. porque disputan su jurisdicción para establecer los alcances prestacionales del derecho a la salud, por ejemplo. Otros, además, también en base a argumentos de competencia, consideran que el Congreso federal o la Corte no pueden imponer deberes prestaciones a nivel provincial. Estas concepciones conservadoras no forman parte de la versión de constitucionalismo conservador formalista que he descripto, que es más mecanicista y formalista aún. Estas concepciones conservadoras se han articulado fundamentalmente en los últimos meses de forma reactiva al debate, y todavía falta escuchar y leer más sobre ellas para poder apreciar su contrapunto con las versiones que favorecen la reforma.

III. La perspectiva del constitucionalismo transformador y feminista

Las posiciones prohibicionistas identificadas en la sección anterior a favor de la prohibición del aborto se han desarrollado en el plano jurídico frente a tres tipos de agendas reformistas desplegadas desde los años noventa pero con más intensidad a partir de 2005. La primera de las propuestas que favorecen una liberalización del régimen jurídico del aborto se ha enfocado en la demanda de un nuevo texto legal para regular el aborto a requerimiento restringiendo la penalización de la práctica a través de un modelo de plazos. Así lo ha promovido, por ejemplo, la Campaña por el Aborto Legal, Seguro y Gratuito desde 2005. La segunda iniciativa liberalizadora, en cambio, se ha concentrado en demandar una reinterpretación del artículo 86 del CPN entendiendo que este debe leerse como conllevando el deber de provisión de abortos legales en los sistemas de salud del país. Finalmente, un tercer conjunto de iniciativas de argumentación jurídica ha resistido los embates de interpretaciones conservadoras a través del fortalecimiento de la defensa del secreto profesional o la evidencia

sobre abusos en casos de denuncias penales o condenas herradas por el delito de aborto.¹⁸

La historia de las propuestas de la Campaña en la promoción de una nueva ley de aborto a requerimiento en el primer trimestre combinado con causales de aborto legal a partir de la semana doce (con o sin derecho penal) es bastante conocida.¹⁹ Con los años, los proyectos de ley producidos por esta iniciativa de movilización legal fueron concitando la atención creciente de los medios de comunicación y de integrantes del Congreso que apoyaron sus reclamos hasta producir los debates abiertos este año. Durante años, cuando estos reclamos provocaban poca reacción parlamentaria, las propuestas de reinterpretación del artículo 86 del CPN también fueron avanzando a partir de decisiones judiciales en el plano nacional e internacional, y la emisión de regulaciones administrativas que pasamos a conocer como protocolos de aborto legal.

Para esta última agenda, el año 2005 marcó un punto de inflexión a partir de la visibilización de una serie de causas judiciales en las que mujeres de distintos distritos o sus representantes solicitaban el acceso a servicios de aborto legal ante situaciones de peligro para la vida o su salud, o en caso de violación. El primer caso surgido en la provincia de Buenos Aires ese año fue C.P.K.A. En él, una mujer embarazada que ya tenía dos hijos y padecía una cardiopatía severa solicitó un aborto legal por peligro para su salud por recomendación médica. Como condición para realizar la práctica, los empleados de un hospital de la provincia le exigieron autorización judicial previa, la cual fue otorgada por el Tribunal Superior de la Provincia luego de su denegación en instancias inferiores.²⁰

A partir de entonces, casos sobre otras causales comenzaron a llegar a los tribunales de distintas provincias. En varios de estos procesos, luego de

18. En un trabajo reciente, escrito junto a Ana Cristina González Vélez, identificamos estas tres estrategias de reforma jurídica como parte de iniciativas de reconocimiento, implementación, y resistencia. Véase al respecto, González Vélez, A. C. & Bergallo, P., "Legal mobilization and the struggle to liberalize abortion laws in Latin America" (2018, mimeo).

19. Para más información, pueden consultarse los archivos disponibles online: <http://www.abortolegal.com.ar/tag/historia/>

20. La reconstrucción de esta línea de litigios puede verse en Bergallo, P., *op. cit.*, *supra* notas 3 y 10.

respuestas denegatorias fundadas en interpretaciones propias de la cosmovisión constitucional conservadora formalista, los tribunales fallaron para autorizar la realización de los abortos previstos en el artículo 86. Se fue consolidando así una reformulación del entendimiento de la regulación de no punibilidad del CPN, ahora leída en clave de causales de aborto legal fundadas en diversos valores y derechos previstos en la Constitución y los tratados de derechos humanos.

En el mismo sentido se pronunciaron a partir de 2007 las Secretarías de Salud de las Ciudades de Buenos Aires y Rosario, y de las provincias de Neuquén y Buenos Aires, al emitir protocolos de aborto no punible en los que se establecían las condiciones para la realización de los abortos legales en el sistema de salud pública de esas jurisdicciones. Idéntico camino siguieron luego las provincias de Santa Fe en 2009 y Chubut en 2010, esta última a partir de una ley provincial aprobada luego de la decisión de su máximo tribunal en el caso que hoy conocemos como F., A.L. En marzo de 2012, el fallo F., A.L. de la Corte Suprema dio un espaldarazo a estas interpretaciones que consolidaron este patrón de lecturas del artículo 86 del CPN a la luz de la Constitución y los tratados de derechos humanos. Finalmente, la exhortación de la Corte a regular la provisión de los abortos legales fue seguida de la emisión de nuevas guías sanitarias en 17 provincias y el Ministerio de Salud de la Nación.²¹ Con algunas variaciones en su contenido, estas nuevas guías precisaron las condiciones de realización de los abortos legales en las causales vida, salud y violación, los cuales comenzaron a realizarse con distinta previsibilidad en los subsistemas provinciales de salud.²²

Antes de ofrecer una caracterización preliminar de los principales rasgos de la cosmovisión constitucional que dio lugar a estos avances interpretativos,

21. Véase al respecto, Amnistía Argentina, “El acceso al aborto en Argentina: Una deuda pendiente”, 2017. Informe disponible en <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2017/09/EL-ACCESO-AL-ABORTO-EN-ARGENTINA-ENTRE-GAO3-FINAL.pdf>

22. Cárdenas, E., López, A. & De La Vega, L., “Aborto legal: Acceso desigualitario y criminalización selectiva”, en Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Derechos Humanos en la Argentina. Informe 2017*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2018. Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/capitulos/aborto-legal-acceso-desigualitario-y-criminalizacion-selectiva/>.

vale la pena destacar algunas de las consideraciones del fallo F., A.L. y sus consecuencias. Veamos.

a. Las innovaciones interpretativas del fallo F., A.L.

Tal como lo anticipamos más arriba, las primeras formulaciones del encuadre constitucional más complejo del artículo 86 del CPN que desarrollaría la Corte Suprema en F., A.L. comenzaron a gestarse en una serie de decisiones de tribunales superiores de las provincias de Buenos Aires,²³ Entre Ríos,²⁴ Mendoza²⁵ y Chubut,²⁶ adoptadas entre 2005 y 2010. Estos casos llegaron a los estrados judiciales cuando mujeres adultas, adolescentes, o sus representantes cuando estaba en juego algún tipo de discapacidad intelectual, demandaban la interrupción del embarazo por el peligro para la salud o la causal violación. En ellos, las altas cortes provinciales fallaron a favor de la constitucionalidad y convencionalidad del artículo 86 del CPN. En todos ellos, aunque las primeras instancias judiciales provinciales habían denegado la autorización para interrumpir los embarazos, las cortes superiores se pronunciaron siempre a favor de conceder la permisión del aborto, avalando la constitucionalidad del artículo 86.

Estas decisiones interpretaron la norma del código penal, a la luz de las demandas de ponderación entre los derechos de las mujeres y la protección de la vida en gestación requeridas por el texto constitucional.²⁷ Aunque los primeros fallos eran escuetos, la mayoría de los tribunales superiores

23. *L.M.R.*, NN Persona por nacer. Protección. Denuncia, causa Ac. 98.830 (2006), Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

24. *Defensora de PYM (en repr. de persona por nacer) s/medida cautelar de protección de persona*, Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, 20.9.2007, LLLitoral, noviembre de 2007, 1069.

25. *C., S. M. y otros*, August 2006, Sala 1^a SCJ de Mendoza, La Ley, 2006-E, 171.

26. *F.N.M.*, Sala “B” de la Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, 18.5.2009; *F.A.L. s/ medida autosatisfactiva*, Superior Tribunal de la Provincia de Chubut, 8.3.2010, Expte. 21.912-f-2010. *M.*, Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia, Provincia de Chubut, 19.3.2010, Expte. 93/10.

27. Así lo proponía un texto pionero elaborado por Ferrante, M., “Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto”, en Bergallo, P., *op. cit.*, *supra* nota 3.

provinciales resolvió en este sentido. A pesar de la persistencia de algunas discrepancias, hacia fines de la primera década del siglo, comenzaba a resquebrajarse el consenso previo sobre la exigencia de una prohibición total del aborto basada en la Constitución y los tratados de derechos humanos.

El caso que originó el pronunciamiento del tribunal chubutense y luego de la Corte en F., A.L. surgió en Trelew a comienzos de 2010. Una adolescente de 16 años, violada por su padrastro, acudió entonces al sistema de salud provincial para solicitar un aborto según el artículo 86. Los profesionales de la salud que la atendieron le pidieron primero la denuncia penal de la violación y luego la autorización judicial para realizar el aborto. La adolescente recurrió entonces a la justicia provincial, donde los jueces de primera y segunda instancia rechazaron su pedido. El 8 de marzo de 2010, finalmente, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia sostuvo la constitucionalidad del artículo 86, interpretando la causal de aborto prevista en el inciso 2 como una causal de aborto permitida a toda víctima de violación con independencia de su capacidad intelectual. Luego de ordenar la realización del aborto,²⁸ el Tribunal exhortó además a las autoridades provinciales para que regularan el acceso a la interrupción legal. En el plazo de dos meses, la legislatura provincial respondió aprobando por unanimidad la primera ley provincial de aborto no punible del país.²⁹

El caso fue apelado por la Asesoría Tutelar ante la Corte Suprema en representación del “no nacido”. En agosto de 2010, el tribunal recibió el expediente y a partir de entonces llegaron a sus estrados numerosos *amicii curiae* de individuos y organizaciones de todo el país y el extranjero que acercaron sus argumentos a favor y en contra de la ILE. Finalmente, el 13 de marzo de 2012, la Corte emitió su fallo en la causa F., A.L. confirmado la decisión del tribunal de Chubut.

Para comenzar, la opinión de la mayoría de la Corte rechazó la idea de que la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos exigían la penalización absoluta del aborto. Los jueces entendieron que ni el artículo

28. “F., A. L. s/ Medida Autosatisfactiva”, (Expte. N° 21.912-F-2010), 08/03/2010.

29. En dos oportunidades previas, las legislaturas de la provincia de La Pampa (2007) y de la Ciudad de Buenos Aires (2008) habían considerado proyectos de legislación sobre los abortos no punibles. El proyecto de La Pampa había sido vetado por el gobernador, mientras que los proyectos debatidos en sesiones plenarias de comisiones de la Legislatura de la CABA habían terminado perdiendo estado parlamentario.

33 ni el 75 inciso 22 de la Constitución Nacional requerían una protección absoluta del derecho a la vida. En relación a la obligación de penalizar la interrupción del embarazo, el voto mayoritario propuso evaluar uno a uno el texto de los tratados que reconocían la protección de la vida desde la concepción para concluir que esos documentos no solo no demandaban la penalización total de la práctica sino que eran compatibles tanto con la regulación de causales establecida por el artículo 86 como con un régimen de aborto a demanda, habiendo el legislador optado por el primero pero pudiendo hacerlo por el segundo.

El pronunciamiento confirmó además que los artículos 3.1 y 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos eran compatibles con el modelo de regulación del aborto por causales, tal y como puede constatarse en los trabajos preparatorios para la elaboración del texto final y el hecho de que la mayoría de los países firmantes del tratado ya tenían un modelo de esas características cuando ratificaron la convención. Adicionalmente, la Corte citó la argumentación que sobre este punto había desarrollado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva sobre el caso *Baby Boy*, resuelta en 1981.³⁰ Los magistrados aclararon también el alcance de la “declaración interpretativa” realizada por la Argentina para la aprobación del texto final del artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño. Esa declaración afirma que la vida debería ser protegida desde el “momento de la concepción”.³¹ Sin embargo, la Corte dejó en claro que este tipo de manifestaciones no tiene un status vinculante para el Estado, y por tanto, no obliga a interpretar las normas de forma restrictiva. Ello a diferencia de lo que sucede con las *reservas* que implican el rechazo o la no aceptación de una cláusula particular, en los términos expresos de la reserva. El tribunal entendió además que en el caso de la Convención de los Derechos del Niño, la Argentina realizó una reserva únicamente frente al artículo 21, referente a la adopción internacional, por lo que el país no estaba obligado al

30. *Baby Boy*, Caso 2141, Iter-Am. C.H.R. 25/OEA/ser. L./V./II.54, doc. 9 rev. 1 (1981).

31. *Declaración* realizada respecto del artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño. La República Argentina declara que el artículo debe ser interpretado entendiendo que niño, significa ser humano desde el momento de la concepción hasta los 18 años de edad.

cumplimiento de los incisos b), c) d) y e), de dicha norma.³² La Corte también apoyó su argumentación en recomendaciones generales y específicas para la Argentina, en las cuales el Comité de los Derechos del Niño acepta la importancia de la implementación de las causales o permisos para la legalidad del aborto, en particular en casos de niñas y adolescentes.³³

Luego de rechazar la interpretación conservadora formalista de cada una de las normas citadas para fundamentar la exigencia de una penalización total del aborto, la Corte pasó a detallar las diferentes provisiones constitucionales y convencionales que sustentarían la decisión legislativa por un modelo de causales como el del artículo 86. Además, la mayoría entendió que ese modelo incluía un derecho al aborto legal para todas las víctimas de violación, y no solo para las mujeres con discapacidad intelectual o psicosocial. Según la Corte, la regulación del aborto vigente ha resultado de un proceso democrático que concluyó con la adopción de un modelo de regulación aceptable, dentro del margen de las competencias del Congreso para el establecimiento de la política criminal del Estado. El tribunal mostró así su deferencia a las competencias del poder legislativo para elegir dentro de las opciones de regulación disponibles ahora reinterpretadas de forma dinámica a la luz de los compromisos constitucionales asumidos en 1994.

Finalmente, los jueces consideraron su labor intervenir para aclarar el alcance adecuado de la norma penal en el marco de la Constitución y las convenciones de derechos humanos. Estas normas exigen al legislador la opción por una alternativa regulatoria que responda a un juicio de ponderación entre el interés en la protección de la vida en gestación y el respeto de la dignidad, la igualdad y la autonomía de las mujeres. La mayoría evaluó entonces que la decisión legislativa era compatible con las provisiones constitucionales que establecen la protección de la autonomía (artículo 19 CN) y la igualdad (artículo 16 CN). El artículo 86 también se adecuaba, según los magistrados, a instrumentos de derecho internacional de los derechos

32. Ello muestra, según el voto mayoritario, que la delegación nacional tuvo intención de obligarse al cumplimiento del artículo 1ro. de dicho instrumento, en los términos en que fue aprobado por la mayoría.

33. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño, Argentina, CRC/C/ARG/CO/3-4, del 21/06/2010; Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Palau. 21/02/2001. CRC/C/15/Add. 149; Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Chad. 24/08/1999. CRC/C/15/ Add. 107.

humanos como la CEDAW, especialmente en cuanto aquella obliga a garantizar el pleno desarrollo de las mujeres, eliminando todas las formas de discriminación y mandando el respeto de su vida privada y familiar (artículos 2, 3, 5 y 16).³⁴ En este sentido, el fallo cita además la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Convención de Belém do Pará), que reconoce los derechos a una igual protección ante la ley, a vivir una vida libre de violencia y discriminación, y la obligación del estado de prevenir, sancionar y erradicar todos los casos de violencia contra las mujeres (artículos 4.f., 6.a, y 7).³⁵

Por último, la Corte consideró también que todas esas normas obligaban a la interpretación de la indicación del inciso 2 del artículo 86 de forma que incluyera a todas las víctimas de violación. Para ello, citó además la recomendación, que el Comité de Derechos Humanos formuló a Perú en el 2010³⁶ a este respecto.³⁷ Al mismo tiempo, los jueces remarcaron la importancia del reconocimiento de la dignidad de las mujeres, y la obligación de no imponerles cargas supererogatorias o heroicas. Recordaron también que el principio de legalidad impide restringir el alcance de una norma con base en una interpretación discrecional posterior.

La Corte podría haber ido más lejos, explorando argumentos más refinados sobre la autonomía, la igualdad y la dignidad de las mujeres como fundamentos de la inconstitucionalidad del modelo de indicaciones y la necesidad de adoptar un sistema de plazos abandonando la penalización del aborto al menos durante las primeras etapas de la gestación. Sin embargo, el tribunal eligió centrar su primera decisión importante sobre el tema en la defensa constitucional y convencional del modelo de indicaciones vigente. Según veremos a continuación, el tribunal fue solo más allá de los tribunales provinciales que lo habían precedido al integrar a su hermenéutica la preocupación por la implementación efectiva de la regulación de causales.

34. *F., A.L.*, Considerando 15.

35. *Ibidem*.

36. *F., A.L.*, Considerando 12.

37. Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Sesión 45, 12-30 Julio 2010, Observaciones Finales. CEDAW/C/ARG/CO/6; Sesión 37, 15 Enero-2 Febrero 2007, Observaciones Finales: Perú. CEDAW/C/PER/CO/6.

En efecto, la segunda parte de la opinión de la mayoría en el caso F., A.L. reveló una sensibilidad especial al entorno del funcionamiento del artículo 86 del CPN en la práctica. Esta nueva percepción de la relevancia del contexto en el que operaba el modelo de indicaciones en nuestro país se tradujo, por un lado, en la caracterización del entorno de déficits en la aplicación del artículo 86. Por otra parte, también llevó a los jueces a considerar la dimensión institucional de los derechos para lo cual desagregaron una serie de deberes individuales e institucionales en los cuales tuvieron especialmente en cuenta el contexto de falencias descripto en primer lugar.

Según el voto mayoritario en el caso F., A.L., las deficiencias en el funcionamiento del modelo de indicaciones para el aborto configuraban una práctica *contra legem*, es decir, una situación ilegal. Para los jueces, esta situación ilegal resultaba del contexto de incertidumbre y desinformación existente, de la falta de claridad sobre los requisitos procedimentales de acceso a las prácticas, la falta de comprensión del funcionamiento del principio de legalidad en la regulación del aborto, y la ausencia de servicios adecuados para su realización.

Así, en primer lugar, la Corte reconoció el deber del Estado de remover todas las barreras médicas, burocráticas y judiciales que impedían el acceso a los abortos legales poniendo en riesgo la salud y la vida de las mujeres al retrasar la interrupción legal del embarazo.³⁸ Este deber debía traducirse, para el tribunal, en la obligación del Estado de “poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura” sin imponer cargas desproporcionadas a las mujeres que soliciten interrumpir su embarazo.³⁹

Como su preocupación principal se enfocó en el acceso efectivo a los servicios de aborto legal, la Corte se vio obligada a precisar algunas cuestiones controvertidas en torno a la implementación del derecho al aborto: (a) el deber del Estado y todos los subsistemas de salud de proveer los servicios de aborto legal, (b) la prohibición de solicitar autorización judicial para la práctica de abortos legales, (c) la declaración jurada como único requisito para el acceso al aborto legal en caso de violencia sexual, (d) la ilegalidad de cualquier exigencia adicional a las contempladas en la norma penal, que

38. F., A.L., Considerando 24.

39. F., A.L., Considerando 25.

puedan retrasar o impedir la práctica, (e) la necesidad de desarrollar normas procedimentales para garantizar el acceso a las interrupciones, con provisiones especiales para el caso de desacuerdo con el/la profesional frente a la solicitud de un aborto legal, y (f) la necesidad de regular el ejercicio de la objeción de conciencia por parte de profesionales de la salud para asegurar que este no comprometa o retrase el acceso de las mujeres a las prácticas solicitadas.

En el mismo sentido, la Corte recordó que tanto profesionales de la salud como funcionarios del poder judicial pueden enfrentar sanciones, penales, administrativas y civiles, por obstruir o retrasar al acceso a las interrupciones legales del embarazo. Finalmente, instó al gobierno a desarrollar campañas de información pública enfocadas especialmente en las mujeres más vulnerables para terminar con la desinformación causante de que muchas mujeres no soliciten los abortos legales y terminen en el sistema clandestino.

Interesantemente, estas consideraciones sobre la implementación del derecho al aborto se basaron también en normas de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos. La preocupación por el acceso a las prácticas que mostró la Corte en este fallo siguió una tendencia observada en una serie de decisiones internacionales en las que comités de monitoreo de los tratados de derechos humanos evaluaron la vulneración de derechos que implicaba la no accesibilidad de los abortos despenalizados en diversos países, entre ellos, la Argentina. Para empezar, la Corte apeló a la declaración hecha por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1999, en el marco de la evaluación de la agenda de la CIPD +5.⁴⁰ De la misma forma, citó las recomendaciones finales hechas por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a la Argentina en el caso *L.R.M.*,⁴¹ y por el Comité de los Derechos del Niño en 2010, en la que se exhortó a la Argentina a realizar reformas en relación con el acceso a la salud reproductiva en general, y en particular, al aborto legal. Finalmente, la Corte subrayó el riesgo de responsabilidad internacional para el país, derivado de la falta de garantía

40. United Nations, *Key actions for the further implementation of the Programme of Action of the International Conference on Population and Development*. New York, United Nations (A/S-21/5/Add.1), 1999.

41. *L.M.R. v. Argentina* (2011), UN HRC 101st Sess., UN Doc. CCPR/C/101/D/1608/2007.

de acceso a los abortos legales, y la ausencia de reacción eficaz frente a las obstrucciones generadas por individuos, organizaciones o por autoridades del Estado, incluyendo el sistema de salud. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos jugó entonces un papel importante en la articulación de estas nuevas preocupaciones acerca de la implementación de las normas. Las exhortaciones de la Corte, justamente se propusieron evitar o corregir situaciones de subimplementación de las normas que establecen o garantizan el derecho al aborto.

Esta relectura de las normas constitucionales que regulan los abortos se integró también con argumentos sensibles al contexto sanitario de acceso a la práctica con argumentaciones morales y de competencias basadas en la Constitución y el derecho internacional, moviéndose más allá de las afirmaciones de las primeras apelaciones de autoridad a la Constitución formuladas desde las perspectivas prohibicionistas descriptas más arriba. Desde entonces, la Corte volvió a pronunciarse en otras dos situaciones sobre el aborto. En 2013, el tribunal emitió una sentencia en la causa conocida como *Profamilia*,⁴² en la que durante el año anterior había intervenido cautelarmente ante el intento de obstrucción judicial que pretendía impedir la práctica de un aborto legal a una víctima de trata. Este caso surgió a raíz de un episodio que tomó estado público en la ciudad de Buenos Aires a finales de 2012. Una mujer que había escapado de un circuito de trata solicitó interrumpir su embarazo. Por esos días, el jefe de Gobierno de la Ciudad, Mauricio Macri, había resuelto vetar la regulación de los abortos legales aprobada por la oposición en la Legislatura. Al anunciar el veto, el entonces jefe de Gobierno declaró su voluntad de hacer cumplir la normativa administrativa que acababa de sancionar y que operaría en lugar de la ley vetada, anunciando mediáticamente detalles del aborto requerido por la víctima de trata. Ante la noticia, la organización *Profamilia* y un abogado representante del “por nacer”, se presentaron ante la justicia de la Ciudad solicitando una medida cautelar para impedir el aborto. Aunque el juez de la Ciudad rechazó el pedido, de manera irregular la jueza civil nacional, Myriam Rustán de Estrada, concedió la cautelar violando el proceso de asignación de causas.

42. Asociación para la Defensa y Promoción de la Familia –PROFAMILIA– s/ medidas precautorias, Expte. 82.259/2012, 17 de septiembre de 2013, Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Dos días más tarde, la Corte intervino anulando la medida precautoria y autorizando la práctica del aborto legal. Casi un año después, el 17 de septiembre de 2013, el tribunal emitió por unanimidad su decisión exhortando a: (a) investigar el abuso de autorización para funcionar de la organización litigante, (b) evaluar el desempeño del abogado representante del “niño por nacer”, y (c) investigar la potencial responsabilidad de la magistrada en el marco de la comisión de disciplina del Consejo de la Magistratura. En su breve sentencia, la Corte recordó también que las barreras descriptas generaban responsabilidad y no debían ser toleradas, como sucedía frecuentemente hasta 2012. Finalmente, en marzo de 2014, el tribunal rechazó el pedido de un conjunto de organizaciones de la sociedad civil para abrir un proceso de monitoreo del cumplimiento de la sentencia en F., A.L.

A partir de 2012, la intensificación de las discusiones constitucionales del artículo 86 del CPN ha sido tal que sería imposible rastrearlas todas aquí. Algunos informes como los elaborados por el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género,⁴³ la Asociación por los Derechos Civiles,⁴⁴ Amnistía Internacional⁴⁵ o el Centro de Estudios Legales y Sociales⁴⁶ ilustran mejor la eclosión de instancias de judicialización, reclamos administrativos, regulaciones y confrontaciones legales producidas luego de la intervención de la Corte Suprema en el caso F., A.L. Los estudios muestran también el registro creciente, aunque limitado, de la provisión de abortos legales en los sistemas sanitarios de algunas provincias del país.⁴⁷

43. Gebruers, C. & Gherardi, N., *El aborto legal en Argentina. La justicia después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso F., A. L.* Buenos Aires, CEDES - ELA, 2015.

44. Asociación por los Derechos Civiles. *Acceso al aborto no punible en la Argentina. Estado de situación.* ADC, 2015.

45. Amnistía Argentina, *op. cit.*, *supra* nota 19.

46. CELS, *op. cit.*, *supra* nota 20.

47. En un ejercicio exploratorio de recopilación de los datos públicos realizado durante el 2015, encontramos por ejemplo que, según el Informe de Gestión del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (en adelante, “PNSSR”), durante el año 2014, 14 provincias registraron información sobre casos de aborto no punible, entre las cuales 12 informaron haber realizado interrupciones, y 4 hicieron derivaciones a profesionales en otras provincias. Además, 3 anunciaron no tener efectores que practicaran abortos legales y 18 notificaron que contaban con al menos un efector de salud

La falta de estadísticas necesarias para informar una política pública sería que garantice el acceso a los abortos legales y la repetición de situaciones de obstrucción como las descritas en F., A.L. son aún parte del funcionamiento de la regulación del aborto en la práctica. No obstante, algunos estudios y cifras dispersas reflejan un cambio importante ocurrido en el transcurso de la última década en la consideración de esta normativa en el país: para el año 2015 un conjunto amplio de instituciones e individuos a través de distintas jurisdicciones ya aceptaban la provisión de abortos en las causales del artículo 86. Además, los datos indican que tanto quienes gestionan políticas públicas como quienes realizan o asisten a las mujeres registran cada vez más públicamente su intervención en casos de aborto legal. Si bien la garantía universal de acceso a los abortos legales requeriría políticas públicas más sofisticadas que este mero reconocimiento, algo ha cambiado desde el punto de vista jurídico respecto al aborto.

para realizarlas, 6 habían además mejorado sus procesos de atención, y 8 registraban limitaciones en el acceso a insumos u otro tipo de barreras en los servicios de aborto legal. Según el documento citado, 374 efectores a nivel nacional cuentan con servicios de interrupción legal y durante el 2013 se reportaron “más de 1.500 prestaciones de aborto no punibles”. Disponible en: Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Informe de gestión anual, año 2013. Informe provincias. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ARG/INT_CEDAW_ADR_ARG_19577_O.pdf

En el nivel provincial, los datos tampoco abundan. Según la respuesta de la provincia de Tucumán a un pedido de información formulado junto a Chequeado.com y Amnistía en 2015, se han registrado solo 12 abortos legales en su territorio. En Chubut, a partir del reporte de algunos servicios de salud provinciales y el estudio de historias clínicas desde 2010, el Programa Provincial de Salud Sexual y Procreación Responsable registra: en 2010-2011, 40 abortos legales en toda la provincia; en 2012, 45; en 2013, 94; y en 2014 fueron 208. En Santa Fe, en 2011 los medios de comunicación reportaron 17 abortos legales; en 2012 fueron 14; y para 2013, solo en Rosario se habían realizado 346. Por último, en la provincia de Buenos Aires en el 2013 se realizaron 233 abortos legales. Es probable que las cifras mencionadas no reflejen todos los abortos legales realizados en el país. A su bajo nivel de sistematicidad, seguramente se sumen múltiples problemas de inconsistencias en las categorías de registro de los abortos que no se adecuan a las distinciones legales. Por otro lado, las cifras no registran los abortos legales realizados en los sistemas de obras sociales, la medicina prepaga o la contratación individual privada de servicios profesionales.

A partir de estos cambios fragmentados y graduales, también las discusiones constitucionales han avanzado para incorporar aspectos regulatorios de los requisitos del procedimiento para realizar los abortos. De esta forma, comenzó a debatirse en distintos foros cuáles eran las exigencias constitucionales y legales respecto de cuestiones más específicas como por ejemplo: (a) la regulación del consentimiento de las adultas, las niñas y adolescentes, tuvieran o no una discapacidad intelectual, (b) los deberes de provisión de información a los distintos actores involucrados, (c) los plazos, (d) el tipo de profesionales que individualmente o en el marco de algún tipo de comité podía participar de la constatación de las causales y otras circunstancias hasta la realización del aborto, (e) las opciones terapéuticas autorizadas para realizar la ILE, (f) la necesidad de una denuncia judicial o de otro tipo en el caso de la causal violación, (g) el tipo de violencia sexual requerida, o (h) la improcedencia de la autorización judicial del aborto.

Abordar en detalle cada una de las discusiones listadas arriba de esta fase más sofisticada de lectura de las normas civiles y penales a la luz de la Constitución excede el espacio de este trabajo. Creo que este breve excursus sobre la argumentación de la Corte y las consecuencias de la sentencia es suficiente para ilustrar los rasgos de una cosmovisión constitucional contrapuesta a la versión mecanicista y conservadora con la que se había enfrentado durante años.

b. Una cosmovisión constitucional transformadora y feminista

En las reivindicaciones que dieron lugar a las interpretaciones de la Corte en *F., A.L.* y las que luego siguieron al trabajo por su implementación, por un lado, así como en las demandas de una reforma legislativa para establecer el aborto a requerimiento debatidas en los últimos meses en el Congreso de la Nación, es posible vislumbrar una nueva cosmovisión constitucional transformadora y feminista. En ella confluyen las herramientas propias de la interpretación ético-jurídica promovida por el constitucionalismo liberal igualitario, sumada a los recursos de un constitucionalismo social de derechos, y un enfoque pragmático de la interpretación constitucional. La combinación de estas herramientas con una impronta centrada en los derechos de las mujeres y los colectivos LGBT que proponen ampliar la categoría de sujetos gestantes para incluir, por ejemplo, a los varones trans

con capacidad de gestar, termina de completar la identidad feminista de esta cosmovisión de vocación transformadora.⁴⁸

Para comenzar, esta perspectiva constitucional abreva en cuatro ideas claves de la tradición constitucional liberal que incluyen, en primer lugar, el reconocimiento de la tensión o conflicto de derechos, valores y objetivos de política pública, que el derecho debe administrar al analizar la legislación vigente sobre el aborto a la luz de la Constitución. En segundo término, la tradición liberal aporta la idea de un juicio de ponderación o análisis de proporcionalidad, para efectuar el balanceo entre los derechos, valores y objetivos de política en juego. En tercer lugar, esta concepción de la interpretación constitucional contribuye alguna visión del grado de determinación que la Constitución ha previsto para esa ponderación junto a una definición de las competencias institucionales de los distintos poderes para adoptar decisiones legislativas o regulatorias. Todo ello una vez aceptado algún margen de indeterminación para el poder legislativo democrático, por supuesto. Este aparato argumental se articula además con los aportes en materia de políticas públicas y los recursos de la argumentación ético-jurídica provenientes de la filosofía moral y la ética feminista para definir el contenido de principios y valores.

Estas herramientas argumentales de la tradición liberal se han desarrollado en numerosos textos doctrinarios⁴⁹ pero fueron adquiriendo con-

48. El proyecto de investigación más amplio al que me he referido en la introducción incluye un estudio más detallado de las contribuciones feministas al debate constitucional sobre la regulación del aborto en nuestro entorno. A título de ejemplo, estas ideas han sido articuladas en trabajos pioneros como los de Chiarotti, S., García Jurado, M. & G. Schuster, “El embarazo forzado y el aborto terapéutico en el marco de los derechos humanos”, en *Foro por los Derechos Reproductivos*. Buenos Aires, Foro por los Derechos Reproductivos, 1997; Chiarotti, S., “El aborto en el marco de los derechos humanos. La situación en Argentina”, en Checa, S., *Realidades y coyunturas del aborto: entre el derecho y la necesidad*, Buenos Aires, Paidós, 2006; y Faerman, R., “Algunos debates constitucionales sobre el aborto”, en Gargarella, R., *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009. Pueden verse también los artículos incluidos en las compilaciones mencionadas *supra* notas 3 y 10. Un estudio sistemático de esta literatura es parte del trabajo en progreso.

49. Para esa formulación en el derecho argentino, pueden verse trabajos pioneros como los de Nino, C., “Algunas reflexiones sobre el tratamiento legal del aborto y la eutanasia”, en Bergallo, P., *op. cit.*, *supra* nota 10; y Farrell, M., *La ética del aborto y la eutanasia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993.

senso a través de las decisiones sobre aborto adoptadas en importantes sentencias constitucionales del derecho comparado, en las que los tribunales debieron pronunciarse sobre la constitucionalidad de reformas legislativas como las que a partir de la década del setenta se sucedieron en la mayoría de los países centrales.⁵⁰ En los desarrollos de sentencias como las emitidas por la Corte Constitucional de Colombia a partir de 2006 y en las producidas en Argentina en los casos de aborto mencionados más arriba, este esquema argumental se ha combinado a su turno con la referencia a las normas y precedentes del derecho internacional de los derechos humanos y los riesgos de responsabilidad internacional que su desafío implicaba para el país.

Otro de los recursos centrales de esta cosmovisión constitucional es el relacionado con su fundamentación en el reconocimiento de un derecho a la salud emergente de nuestro constitucionalismo social;⁵¹ fundamentación reforzada también por previsiones de los tratados de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El influjo de esta dimensión de nuestro constitucionalismo puede verse, por ejemplo, en las referencias de la Corte Suprema a la exhortación a garantizar la provisión de servicios de los abortos legales en el sistema público de salud, y en la tarea desplegada por las jurisdicciones subnacionales que con el tiempo desarrollaron, aunque con limitaciones, protocolos regulando esos mismos servicios.

Por otra parte, la impronta pragmática de esta cosmovisión puede leerse, según he defendido en otro texto,⁵² en su preocupación permanente en la argumentación por el funcionamiento de las normas “en acción” y sus reinterpretaciones en la práctica y los diseños institucionales de los sistemas de justicia y salud reales. En efecto, tanto en los reclamos judiciales de acceso a abortos no punibles, como en los debates para la consideración de

50. Para una revisión de algunas de las decisiones más importantes en este sentido puede verse Rubio Marín, R., “Transferencias jurídicas sobre mujeres y fetos: un viaje del constitucionalismo del aborto alemán al portugués”, en Ramón Michel, A. & Bergallo, P., *op. cit.*, supra nota 3; Siegel, R., “La constitucionalización del aborto”, en Cook, R., Erdman, J. & Dickens, B., *op. cit.*, supra nota 3.

51. Para una descripción más completa del constitucionalismo de derechos sociales, véase Brinks, D. & Gauri, V., “Social rights constitutionalism: Negotiating the tensión between the universal and the particular”, en *Annual Review of Law and Social Science* 2015, 11:1, 289.

52. Véase en este punto, Bergallo, P. en Casas, L. & Lawson, D., *op. cit.*, supra nota 3.

una nueva ley de plazos, esta cosmovisión constitucional ha enfatizado, en primer lugar, los límites del derecho “en acción” y la distancia que lo separa de las promesas “en los libros”. Así ha quedado claro en las referencias a ambivalencia de las políticas de persecución penal al tiempo ineficaces y arbitrarias, así como en la evidencia sobre las restricciones de contexto resultantes de las prácticas *contra legem*, los vallados y obstáculos burocráticos impuestos para acceder a los abortos del artículo 86 del CPN. Estos vallados fueron especialmente tenidos en cuenta por la Corte Suprema en el caso F., A.L., y su persistencia, sumada a la desidia, en el desarrollo de una política pública de acceso universal a servicios de aborto legal, han sido referidas durante los debates parlamentarios recientes como parte de la evidencia que apoya la reforma. En segundo lugar, la preocupación pragmática se ha traducido en la inquietud por las dimensiones regulatorias y de política pública involucradas en el funcionamiento de la provisión de servicios de salud para acceder al aborto.

Finalmente, la combinación original de estas herramientas interpretativas sumada al foco en la fundamentación de las distintas estrategias en una demanda de protección de los derechos a la dignidad, autonomía e igualdad de las mujeres y las personas gestantes, en general, termina de darle forma a una cosmovisión constitucional transformadora y feminista comprometida con la liberalización de la legislación sobre aborto.⁵³ He allí la novedad.

IV. A modo de conclusión

Las páginas anteriores reconstruyen a grandes trazos dos de las cosmovisiones de la interpretación constitucional que en los últimos meses debaten para definir los destinos de la regulación del aborto en nuestro país. No son las únicas perspectivas involucradas en la discusión y lo que he presentado es, por ahora, solo un bosquejo preliminar de ambas posiciones.

En ese bosquejo, he reconstruido a un lado de la contienda la presencia de voces de un constitucionalismo conservador formalista que insisten en una protección constitucional de la vida en gestación absoluta, monocorde y

53. En un trabajo en proceso ofrezco una elaboración mayor de la caracterización feminista de esta perspectiva constitucional transformadora que aquí presento solo de forma esquemática.

constante. Desde esta perspectiva se defiende también la necesidad de continuar empleando el derecho penal, aunque no necesariamente la política criminal contra las mujeres, para limitar una práctica que se entiende aberrante. Aunque sus detractores no siempre lo aceptan, se trata de una práctica que asimilan al homicidio de la persona nacida. En esta mirada formalista de la interpretación, persisten los discursos en que las personas gestantes y sus derechos no aparecen, pero también los relatos en los que se omiten o disputan los desarrollos del derecho nacional e internacional sobre la permisibilidad de la legislación vigente. Estas perspectivas no parecen afligirse frente a las experiencias y los sufrimientos de las personas gestantes. Tampoco preocupa la inseguridad jurídica que generan los cambios interpretativos de los últimos quince años en relación al artículo 86 del CPN y las ambigüedades de su implementación en la oferta de servicios de aborto legal a través del país. En definitiva, son pocas las novedades argumentales desarrolladas por esta cosmovisión desde sus primeras articulaciones allá por 1994.

Según propuse en estas páginas, del otro lado de la contienda asistimos al desarrollo de una cosmovisión constitucional transformadora y feminista puesta en marcha tanto a través de demandas de implementación de las normas vigentes como de reivindicaciones de su reforma legislativa. Esta visión de la interpretación constitucional se define como feminista por su foco en el reconocimiento de un lugar central a los derechos de las mujeres y las personas gestantes, en general, y por su estilo experimental al combinar herramientas de la interpretación ético-jurídica de la tradición liberal con propuestas de un constitucionalismo social de derechos, los aportes del derecho internacional de los derechos humanos, y perspectivas pragmáticas sobre la relevancia del contexto y el funcionamiento de las normas en acción. Otro rasgo feminista y pragmático de esta cosmovisión puede deducirse de su vocación pedagógica observable en las diferentes instancias en las que se ha trabajado en pos de la transformación de las conciencias legales sobre la legislación vigente y su reforma.

A diferencia del constitucionalismo conservador formalista, para esta visión de la interpretación constitucional la opción de la penalización total del aborto está claramente fuera del marco de las alternativas abiertas al poder legislativo hoy pero también queda fuera de la interpretación aceptable de las normas aprobadas en 1921. Pero además, en 2018, para esta perspectiva el margen de opciones liberalizadoras no puede incorporar con el mismo alcance la posibilidad de un nuevo sistema de causales frente a la

opción de otro de plazos (con o sin derecho penal). Eso, porque para esta cosmovisión la reformulación del compromiso legislativo con un modelo de causales de aborto legal representa una opción por un *status quo* incierto e injusto desde la perspectiva de los derechos de las personas gestantes. En ese *status quo*, el modelo de causales del artículo 86 reinterpretado por jueces y autoridades sanitarias del país desde el 2005 no ha logrado garantizar el acceso a servicios en la práctica de un contexto anómico de incerteza, resistencias y ambivalencias políticas sobre las normas realmente válidas. En ese entorno no se ha podido diseñar una política universal de disponibilidad, accesibilidad y adaptabilidad a los abortos legales que aplicara los estándares de interpretación previstos en el fallo F.,A.L. o los protocolos de aborto legal sancionados a partir de 2007.

Esa política de garantía de servicios de aborto legal debería haber logrado:

- (a) La generación de un registro centralizado de las consultas médicas recibidas, y los abortos legales realizados en los distintos sistemas de recolección de datos sanitarios existentes (i.e. el CIE y el SIP, por ejemplo).
- (b) El reconocimiento de un status formal para los protocolos de aborto legal y su aprobación en todas las jurisdicciones del país para la aplicación a todos los subsistemas de salud, públicos y contributivos.
- (c) Una política de recursos humanos capacitados y territorialmente bien distribuidos para garantizar la provisión de servicios de aborto legal, que contuviera además una política expresa para la gestión de objetos de conciencia.
- (d) Un menú amplio y completo de alternativas terapéuticas aprobadas debidamente y disponibles para el aborto legal, incluyendo la AMEU, el Misoprostol, la Mifepristona, y servicios profesionales para el manejo del dolor, por ejemplo.
- (e) Una política de difusión de información sobre las normas legales y la existencia de servicios de salud adecuados a ellas, que incluyeran campañas de información al público en general, los profesionales de la salud y autoridades de los sistemas sanitarios.
- (f) La inclusión de los abortos legales en la definición de los deberes de cobertura de las empresas de medicina prepaga y las obras sociales a través de su incorporación al Plan Médico Obligatorio y otras normas relevantes.

(g) El monitoreo y la evaluación de los servicios ofrecidos para su adecuación y mejora.

En un ambiente en el que nada de esto ha formado seriamente parte de una política de garantía de provisión de servicios de aborto legal a través de un modelo de causales como el del artículo 86 –reinterpretado a la luz de la Constitución y otras fuentes legales–, no resulta aceptable rechazar la adopción de una legislación más moderna como la que representa un sistema de plazos dentro o fuera de la legislación penal. Dejar vigente un régimen que ha mostrado la ineficacia e inseguridad jurídica del actual no sería parte del margen de consideración razonable para el poder legislativo hoy. Este reconocimiento del contexto deficitario en el que ha operado el artículo 86 del CPN torna más clara la necesidad de adoptar un régimen que limite el derecho penal y al hacerlo contribuya también a proveer más seguridad jurídica.

Bibliografía

- Argibay, C., “Algunos problemas actuales en el acceso a los derechos sexuales y reproductivos”, en Defensoría General de la Nación, *Discriminación y Género: Las formas de la violencia*, Buenos Aires, 2011.
- Amnistía Argentina, “El acceso al aborto en Argentina: Una deuda pendiente”, 2017. Informe disponible en <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2017/09/EL-ACCESO-AL-ABORTO-EN-ARGENTINA-ENTREGA03-FINAL.pdf>
- Ávila Santamaría, Ramiro, Acosta, A. & Martínez, E., *El neoconstitucionalismo transformador: el estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Ecuador, 2011.
- Asociación por los Derechos Civiles, *Acceso al aborto no punible en la Argentina. Estado de situación*, ADC, 2015.
- Barber, S. A. & Fleming, J. E., *Constitutional Interpretation*, Oxford, 2007.
- Bergallo, P., “Cambio constitucional, reproducción y derechos”, en Gargarella, R., *La Constitución 2020*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.
- “La liberalización del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para su debate”, en Bergallo, P., *Aborto y Justicia Reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.

- “Las normas informales que regulan el aborto”, en Cook, R., Erdman, J. & Dickens, B., *El aborto en el derecho transnacional: casos y controversias*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- “Interpretando derechos: la otra legalización del aborto en América Latina”, en Casas, L. & Lawson, D., *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, Universidad Diego Portales, 2016.
- Brinks, D. & Gauri, V., “Social rights constitutionalism: Negotiating the tension between the universal and the particular”, en *Annual Review of Law and Social Science* 2015, 11:1, 289.
- Cárdenas, E., López, A. & De La Vega, L., “Aborto legal: Acceso desigualitario y criminalización selectiva”, en Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Derechos Humanos en la Argentina. Informe 2017*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2018. Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/capitulos/aborto-legal-acceso-desigualitario-y-criminalizacion-selectiva/>.
- Chiarotti, S., García Jurado, M. & G. Schuster, “El embarazo forzado y el aborto terapéutico en el marco de los derechos humanos”, en *Foro por los Derechos Reproductivos*, Buenos Aires, Foro por los Derechos Reproductivos, 1997.
- Chiarotti, S., “El aborto en el marco de los derechos humanos. La situación en Argentina”, en Checa, S. (comp.), *Realidades y coyunturas del aborto: Entre el derecho y la necesidad*, Buenos Aires, Paidós, 2006.
- Defensoría General de la Nación, *Informe: Causas penales por aborto propio en la Argentina*, Buenos Aires, 2018. Disponible en: <http://www.mpd.gov.ar/index.php/noticias-feed/4258-segun-un-informe-de-la-defensoria-general-de-la-nacion-los-procesos-penales-por-el-delito-de-aborto-operan-en-si-mismos-como-castigo-y-las-condenas-son-la-excepcion>.
- De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010.
- Di Corleto, J., “Médicos, jueces y abortistas: Buenos Aires, 1940-1970”, en Ramón Michel, A. & Bergallo, P., *La reproducción en cuestión*, Buenos Aires, Eudeba, 2018.
- Faerman, R., “Algunos debates constitucionales sobre el aborto”, en Gargarella, R., *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.

- Farrell, M., *La ética del aborto y la eutanasia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
- Ferrante, M., “Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto”, en Bergallo, P., *Aborto y Justicia Reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.
- Filippini, L., “Los abortos no punibles en la reforma constitucional de 1994”, en Bergallo, P., *Aborto y Justicia Reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.
- Gebruers, C. & Gherardi, N., *El aborto legal en Argentina. La justicia después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso F., A. L.*, Buenos Aires, CEDES - ELA, 2015.
- González Vélez, A. C. & Bergallo, P., “Legal mobilization and the struggle to liberalize abortion laws in Latin America” (2018, mimeo).
- Kramer, L., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Barcelona, Marcial Pons, 2009.
- Lemaitre, J., “El sexo, las mujeres y el inicio de la vida en el constitucionalismo católico”, en Cook, R., Erdman, J. & Dickens, B., *El aborto en el derecho transnacional: Casos y controversias*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- Monte, E., “La demanda por la liberalización del aborto en Argentina: de la politización de la sexualidad a los derechos reproductivos. Notas sobre el caso Portal de Belén”, en Ramón Michel, A. & Bergallo, P., *La reproducción en cuestión*, Buenos Aires, Eudeba, 2018.
- Morán Faúndes, J. M. & Peñas de Fago, M. A., “La vida como política: La iglesia católica y las concepciones científicas y legales contrarias a la legalización del aborto”, en Ramón Michel, A. & Bergallo, P., *La reproducción en cuestión*, Buenos Aires, Eudeba, 2018.
- Nino, C., “Algunas reflexiones sobre el tratamiento legal del aborto y la eutanasia”, en Bergallo, P., *Aborto y Justicia Reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.
- Rubio Marín, R., “Transferencias jurídicas sobre mujeres y fetos: un viaje del constitucionalismo del aborto alemán al portugués”, en Ramón Michel, A. & Bergallo, P., *La reproducción en cuestión*, Buenos Aires, Eudeba, 2018.
- Siegel, R. & Post, R., *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.

- Siegel, R., “La constitucionalización del aborto”, en Cook, R., Erdman, J. & Dickens, B., *El aborto en el derecho transnacional: Casos y controversias*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- Vaggione, J. M., “La sexualidad en el mundo post secular. El activismo religioso y los derechos sexuales y reproductivos”, en Gerlero, M. S., *Derecho a la Sexualidad*, Buenos Aires, 2009.
- Von Bogdandy, A., “Ius constitutionale commune en América Latina: Una mirada a un constitucionalismo transformador”, en *Revista Derecho del Estado*, 2015, 34: 3-50.

Artículos recibidos por convocatoria abierta

El federalismo y la autonomía municipal. Una mirada a partir del llamado “Consenso Fiscal”

*Federico Ignacio Mazio**

Resumen

En el presente trabajo se abordará cómo el denominado “Consenso fiscal”, suscripto a finales del año pasado entre el Gobierno Nacional, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, en su conjunto, todas las llamadas leyes convenio (Ley de Coparticipación Federal, Convenio Multilateral, Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento) afectan al Federalismo argentino, a la autonomía de los municipios y, consecuentemente, a nuestra Constitución Nacional.

Palabras clave: Federalismo, autonomía municipal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Consenso Fiscal.

Federalism and Municipal Autonomy. A Look From the so-called “Fiscal Consensus”

Abstract

The present paper will address how the so-called “fiscal consensus”, signed at the end of last year between the national Government, the provin-

* Abogado (UBA), Magister en Derecho Tributario (UCA) y Especialista en Derecho Constitucional (UBA) tesis pendiente; profesor ayudante de las referidas materias en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; federicomazio@gmail.com.

ces and the autonomous city of Buenos Aires and, as a whole, all the fiscal pacts affect Argentine federalism, autonomy of the municipalities and, consequently, our national Constitution.

Keywords: Federalism, Municipal Autonomy, Autonomous City of Buenos Aires, Fiscal Pacts.

I. Introducción. Orígenes del federalismo en Argentina

Nuestros convencionales constituyentes de 1853 sancionaron nuestra ley suprema siguiendo los lineamientos del modelo norteamericano de 1787 en el cual se había establecido una república presidencialista como forma de gobierno y el federalismo como forma de estado. Para la adopción de esa forma de estado se tuvo particularmente en cuenta el pensamiento alberdiano. El prócer tucumano, en los capítulos XVII al XXIV de sus Bases, al enumerar los antecedentes unitarios y los antecedentes federales de nuestro país, sostenía que para superar las luchas estériles del pasado hay que llegar a un “sistema mixto” que “abraze y concilie las libertades de cada provincia y las prerrogativas de toda la Nación”. Pero, sin embargo, conviene también decirlo, manifestaba que para nuestro caso debía centralizarse aún más el sistema a adoptar. En efecto, sus palabras al respecto decían “Bajo el gobierno español, nuestras provincias compusieron un solo virreinato, una sola colonia. Los Estados Unidos, bajo la denominación inglesa, fueron tantas colonias o gobiernos independientes absolutamente unos de otros como Estados. Cada Estado de Norteamérica era mayor en población que toda la actual Confederación Argentina; cada Provincia de esta es menor que el condado o partido en que se subdividen aquellos Estados. Este antecedente, por ejemplo, hará que en la adopción argentina del gobierno compuesto de la América del Norte, entre más porción de centralismo, más cantidad de elemento nacional, que en el sistema de Norteamérica”. Es decir, de acuerdo a sus ideales, Alberdi intentó diseñar un federalismo particular para la región, sobre la base de la Constitución norteamericana, pero con una evidente potenciación de las atribuciones del gobierno federal, al que denominaba como general o central. Más allá del respeto y reconocimiento que merece nuestro maestro de derecho público, está implícita en su pensamiento su preferencia

por una forma unitaria, que obviamente no comparto para nuestro país.

La adopción del federalismo en Estados Unidos y en nuestro país reconoce motivos diferentes, búsquedas distintas: la “eficiencia” en el primer caso, la “identidad” en el segundo. Es así que desde el punto de vista de la sociología política, la adopción del federalismo en Norteamérica supuso el triunfo del proyecto de la clase más ilustrada del país y la más acaudalada y; en nuestro caso, significó proyectar el sentimiento de los caudillos y el de las masas “incultas”, la “porción más ignorante contra la parte más ilustrada”, como dijera el General Paz.¹

De conformidad a los principios de la federación norteamericana, nuestro Estado comportó la coexistencia de distintos órdenes estatales y gubernamentales, el federal y los provinciales, con una distribución de competencias que otorga al primero solamente las facultades delegadas en forma expresa o implícita, mientras que a las provincias les corresponden las facultades residuales, además de su propia autonomía en lo institucional (poder constituyente), político, financiero y administrativo.² Así, tal como quedó reflejado en el art. 1 de nuestra Constitución Nacional, el Estado argentino adoptó para su gobierno la forma federal. Es decir, un sistema político caracterizado por la descentralización territorial del poder en el Estado, que da surgimiento a un doble nivel de decisión: el nacional y el estadual.

Sin perjuicio de ello, la Constitución de 1853 incluyó entre las condiciones fijadas a las provincias, la de “asegurar el régimen municipal”. Ello significó, según el maestro Bidart Campos, que el estatuto máximo incorpora al orden constitucional argentino la realidad municipal bajo la forma de régimen, es decir, de ordenamiento político, de gobierno local, con independencia y autonomía dentro de los estado federados. De tal manera, prosigue el distinguido autor, el municipio no nace como un desglose de competencias provinciales para fines puramente administrativos, mediante creación y delegación de las provincias, sino como poder político *autónomo* (el destacado me pertenece) por inmediata operatividad de la Constitución federal.³

1. En Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. I, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, p. 127.

2. Hernández, Antonio María, “El federalismo argentino”, en Pablo Luis Manili, *Derecho Constitucional* (coord.), Buenos Aires, Errepar, 2014, p. 275.

3. Bidart Campos, Germán J., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1968, T. I, p. 544.

II. Municipios y federalismo

Las constituciones provinciales dictadas con posterioridad a 1853 dedicaban capítulos al régimen municipal, fijaban sus bases institucionales, dejando librada su organización a una ley de las respectivas legislaturas. De tal forma, las municipalidades carecían de autonomía completa, desde que les faltaba autonomía institucional, es decir, la facultad de crear sus propias instituciones.

A partir de 1957, las provincias empezaron a reconocer la autonomía municipal, al consagrarla en las nuevas constituciones o reformas que se fueron sancionando. Ese cambio copernicano fue posible, sin lugar a dudas, tras la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el famoso caso “Rivademar”.⁴ En el considerando 8° del fallo, la Corte, indagando la onticidad de los municipios, enumera una serie de caracteres que no avienen con el concepto de autarquía, sino con la autonomía que reconoce: de tal manera, el origen constitucional de los municipios, frente al meramente legal de las entidades autárquicas, la existencia de una base sociológica constituida por la población de la comuna, la imposibilidad de su supresión o desaparición, dado que la Constitución asegura su existencia, el carácter de legislación local de las ordenanzas municipales y la elección popular de sus autoridades. Por su parte en el considerando 9° intensifica lo antes expuesto mencionando que “aun cuando no se reconozca que la autonomía de los municipios cuenta con base constitucional, tampoco puede prescindirse de que la necesaria existencia de un régimen municipal impuesta por el art. 5 de la Constitución determina que las leyes provinciales no solo no puedan legítimamente omitir establecerlos sino que tampoco puedan privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para el desempeño de su cometido [...]. Fácil es advertir que si se encontraran sujetos en esos aspectos a decisiones de una autoridad extraña –aunque se trate de la provincia– esta podría impedirles el cumplimiento de sus funciones [...] o causar el desorden administrativo o la ruina económica [...]. Seguidamente, en el considerando 10 el Tribunal hace referencia a distintos antecedentes jurisprudenciales en los cuales los municipios son organismos de gobierno esencial y tienen un

4. CSJN, “Ángela Digna Balbina Martínez Galván de Rivademar vs. Municipalidad de Rosario”, sentencia del 21 de marzo de 1989 (Fallos 312:326).

ámbito propio a administrar, lo que le permitió discernir que si son órganos de gobierno resulta inconcebible que ese gobierno, bien que se ejerza en un ámbito limitado territorial y funcionalmente, esté desprovisto del poder de designar y remover a sus empleados.⁵

En síntesis, al precisar el alcance del artículo 5, la Corte, de acuerdo al pronunciamiento citado y a Fallos 314:495, interpretó que la necesaria existencia de un régimen municipal impuesto por ese artículo de la Constitución Nacional “determina que las leyes provinciales no solo deben imperativamente establecer los municipios, sino que no pueden privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para desempeñar su cometido. Si los municipios se encontrasen sujetos en esos aspectos a las decisiones de una autoridad extraña –aunque se tratara de la provincial– esta podría llegar a impedirles desarrollar su acción específica, mediante diversas restricciones o imposiciones, capaces de desarticular las bases de su organización funcional”.

Posteriormente, la reforma constitucional de 1994, que significó un hito en el federalismo, consagró expresamente la autonomía municipal. En efecto, el art. 123 de la CN establece: “Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5, asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”. Es decir, el constituyente estableció que las constituciones provinciales debían materializar el mandato de autonomía en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

Podemos señalar que esta caracterización es a tal punto definitoria de la comprensión del término “autonomía” que en la convención reformadora se advirtió que “[u]na autonomía que no contenga esta característica [...], no sería una real autonomía municipal y solo quedaría reducida a una simple fórmula literaria grandilocuente pero, en la práctica, vacía de contenido, porque no puede haber municipio autónomo verdadero si no le reconocemos explícitamente entidad política o le retaceamos la capacidad de organizar su administración y realizar los actos administrativos necesarios

5. Para ver evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la consideración del Municipio desde la sanción de la Constitución Nacional hasta la reforma de 1994, ver Ábalos, María Gabriela, “Autonomía municipal: ¿realidad o utopía?”, tesis doctoral presentada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, 1999.

para el cumplimiento de sus funciones o lo privamos del sustento económico-financiero indispensable para que preste aquellos servicios públicos que la provincia le asigne, inherentes a su existencia o le impedimos ejercer su autonomía institucional”.⁶

Por otro lado, en cuanto a la expresión “asegurando” de la citada disposición, cabe poner de relieve que el aludido término, tal como lo manifestara el convencional Antonio Hernández en el debate constituyente, hace referencia a lo que está, que existe e importa el reconocimiento del municipio como institución natural y necesaria, basada en las relaciones de vecindad.⁷

De tal forma, conforme el artículo 123, complementado por el artículo 5, las provincias para ejercer su poder constituyente deben asegurar un “régimen municipal autónomico”. Y si las provincias no cumplen con ello, de acuerdo a lo manifestado por Horacio Rosatti y Hernández en el seno de la Convención Constituyente, pueden llegar a ser intervenidas federalmente en virtud de los arts. 5, 6 y 123 de la CN. Con lo cual, existe una obligación expresa hacia las provincias, con la debida sanción en caso de incumplimiento.

Siempre se interpretó, con el carácter reconocido por el artículo 123, que el régimen municipal debía ser legislado por las provincias en ejercicio de sus autonomías, y que, en consecuencia, no podía existir un régimen local uniforme en nuestro país. Sin embargo, reconocer autonomía en el texto constitucional equivale a consagrar una herramienta interpretativa uniforme en todo el territorio del país, pero en modo alguno significa decir que todos los municipios del país deben tener las mismas competencias. Es tarea de cada provincia, atendiendo a su específica realidad, encuadrar las comunidades locales dentro del parámetro señalado.⁸

De acuerdo a la reforma introducida en 1994, la autonomía provincial tiene un inquebrantable condicionamiento que respetar y que consiste, como vengo diciendo, en asegurar la autonomía municipal en los órdenes institucional, político, administrativo, económico y financiero. La cláusula

6. Intervención del convencional Merlo en la sesión del 8 de agosto de 1994.

7. Hernández, Antonio María, “Los recursos económicos de la Nación y de las Provincias”, en https://constitucionalblog.files.wordpress.com/2015/08/antonio_hernandez.pdf.

8. Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. II, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, p. 617.

define una intencionalidad inequívoca respecto de la inserción del municipio argentino en la vida política del país. En tal sentido, viene a complementar y reafirmar lo dicho –en especial el pensamiento de Bidart Campos– por la cláusula originaria del artículo 5°.

En orden a ello, se ha interpretado que el municipio goza de “autonomía constitucionalmente establecida e infraconstitucionalmente regulada. Es decir, la autonomía proviene de la propia Constitución Nacional, pero su delimitación (alcance y contenidos en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero) son fijados por normas del Derecho Público provincial.⁹

Para tal propósito, las leyes supremas provinciales deben obligatoriamente adecuarse al art. 123 de la CN. Por ejemplo, tal atribución fue reconocida en las Constituciones de Córdoba (art. 188), Jujuy (art. 192), Salta (art. 169), San Juan (art. 253), San Luis (art. 270), Santiago del Estero (art. 220, incs. 8 y 10), etc.

III. Poder tributario municipal

El artículo 123 de la CN enlaza el principio de la autonomía municipal a la capacidad financiera de los municipios. Y, concordemente a ello, la cuestión en torno a si los municipios contienen poder tributario originario o si tal poder le es delegado por la provincia.

El poder tributario o potestad tributaria constituye una de las manifestaciones del poder de imperio del estado que, derivado de la Constitución Nacional, puede obligar coactivamente a determinados sujetos. Es decir, el poder tributario es el poder que tiene el Estado de dictar normas a efectos de crear unilateralmente tributos (llámese impuestos, tasas o contribuciones), establecer deberes formales, eximir y conferir beneficios tributarios, así como de tipificar ilícitos tributarios, cuyo pago y cumplimiento será exigido a las personas a él sometidas, según la competencia espacial estatal atribuida.

El problema en torno a si los municipios tienen poder tributario originario o si tal poder le es delegado por la provincia, es de larga data. Están en

9. Cassagne, Juan C., “La problemática política, constitucional y administrativa de los municipios y su autonomía a la luz de la Constitución reformada”, en *La Ley* 1995-A-977.

primer lugar, los defensores de la potestad tributaria originaria –en donde me incluyo– que acentúa la cláusula del artículo 5º, donde se interpreta que solo puede “asegurarse” algo que preexiste y que se quiere hacer pervivir por medio de recursos suficientes, entre los que se encuentran los impositivos.¹⁰ Mientras los defensores de la “potestad tributaria delegada” afirman en el encadenamiento de los artículos: 121, que reconoce a las provincias (no a los municipios) aquellos poderes no delegados por la Constitución al gobierno federal; artículos 4º, 9, 75, incisos 1º y 2º y concordantes de los que surge el deslinde tributario gobierno nacional-provincias, y artículos 122, 123 y concordantes, en virtud de los cuales la organización político-institucional-administrativa de las provincias (donde figura el “régimen municipal” en sus aspectos tributarios) es asunto interno de las mismas.¹¹

Frente a ello, a la afirmación de la tesis de la “potestad delegada”, en cuanto que la delegación de poderes se circunscribe a los entes territoriales Estado nacional-Estados provinciales, desde la tesis de la “potestad originaria” se responde que la única delegación de poderes operada por la CN es la del pueblo en su intento de organizarse. Y, viceversa, a la afirmación de que los municipios son entidades delegadas de los poderes provinciales, sujetas a las leyes que estos les dicten, se contesta que la realidad histórica demuestra la preexistencia de los municipios con relación a las provincias, porque estas no son sino producto del crecimiento de aquellos.

De tal forma, tal como lo sugiere Rosatti,¹² se sugiere resolver el dilema partiendo de la realidad misma. Y la realidad marca –y así lo reconocen, como veremos, las distintas leyes convenio– que los municipios pueden establecer impuestos, tasas y contribuciones. Ahora bien, el problema que surge es ¿cómo compatibilizar la potestad tributaria entre provincias y municipios? Ello, so pena, de incurrir, por ejemplo, en una doble o múltiple

10. Defensores de la potestad tributaria originaria de los municipios, encontramos: Bauлина, Ángel B, Assandri, Zarza Mensaque, Giuliani Fonrouge, Rodríguez, María José y Mariani, Norberto R.

11. Defensores de la potestad tributaria derivada de los municipios se encuentran: Villegas, De Juano, García Belsunce, Jarach, García Vizcaíno y Bulit Goñi.

12. Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Municipal*, T. II, 4 ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, p. 50.

imposición, con afectación al derecho de propiedad del contribuyente. Para ello, se debería idealizar un sistema de coordinación financiero en el que participen los distintos centros con poder tributario. Es decir, entre la nación, provincias y también los municipios.

IV. Ley de Coparticipación Federal

La coordinación financiera, en relación a los recursos tributarios entre la nación y las provincias, mediante el instrumento de coparticipación tributaria, se inició en nuestro país con la Ley 12.139 (1934) de unificación de impuestos internos, rigiendo actualmente la Ley 23.548 que, siguiendo los lineamientos de las anteriores regulaciones, establece que la adhesión de las provincias importa aceptar el régimen sin limitaciones ni reservas. Cabe destacar que la citada ley se enmarca dentro de las denominadas leyes convenio, esto es, leyes sancionadas por el Congreso de la Nación a las cuales adhieren las legislaturas provinciales por leyes locales.¹³

En lo que me interesa –es decir, en lo atinente a los tributos en el orden municipal– debo expresar que –por medio del artículo 9, inciso b, de la ley de coparticipación actualmente vigente– se les establecen limitaciones a los municipios con relación al alcance de su potestad tributaria. En efecto, de la lectura de la norma citada se desprende que:

- a) Las provincias y los municipios están impedidos de aplicar gravámenes análogos a los nacionales coparticipados. Es decir, no pueden aplicar impuestos, tasas, contribuciones o ningún otro tributo sobre las mismas materias imponibles sujetas a impuestos nacionales distribuidos (inc. b, primer párrafo).
- b) La única excepción para municipios está concedida a las tasas municipales retributivas de servicios efectivamente prestados (inc. b, segundo párrafo).
- c) Las provincias pueden recaudar, entre otros, el impuesto sobre los ingresos brutos, como vía excepcional de imposición de las mismas materias imponibles que los impuestos nacionales coparticipados.

13. Caracterización dada por la Comisión Federal de Impuestos, mediante resolución interpretativa 9/1992 (BO del 17/09/1992).

- d) Los municipios no están legitimados para recaudar un impuesto sobre los ingresos brutos ni cualquier otro tributo análogo.

V. Pacto Fiscal Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento

En un esfuerzo por lograr armonizar las políticas de la nación y de las provincias –incluyendo en estas a sus respectivos municipios–, tendientes a posibilitar el crecimiento de la economía en general, se firmó el 12 de agosto de 1993 un acuerdo entre aquella y dieciséis provincias, al cual adhirieron con posterioridad el resto de las jurisdicciones provinciales.

En cuanto al tema municipal o con proyección a estos, se estableció:

- a) Las provincias se comprometían a promover la derogación de las tasas municipales que afectan la transferencia de combustible, gas, energía eléctrica, incluso las que recaen sobre la autogenerada, y servicios sanitarios, excepto que se trate de transferencias destinadas a uso doméstico.
- b) Las provincias debían instar a sus municipios a derogar –en forma inmediata– los tributos que graven directa o indirectamente, a través de controles, la circulación interjurisdiccional de bienes o el uso para servicios del espacio físico, incluido el aéreo.
- c) Lo mismo debían efectuar las provincias respecto a las tasas municipales en general, en los casos que no constituyan la retribución de un servicio efectivamente prestado, o en aquellos supuestos en los que excedan el costo que derive su prestación.

VI. Convenio Multilateral

En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el Convenio Multilateral es un régimen contractual que liga a los Estados provinciales y a la Ciudad de Buenos Aires, con arreglo al cual se distribuye la base imponible en el impuesto sobre los ingresos brutos entre las distintas jurisdicciones (arg. de Fallos 305:1471 y 329:59).

El Convenio Multilateral no solo delimita las facultades de las provincias, sino también las de sus municipalidades o departamentos. En lo que hace referencia a estos últimos, tiene especial relevancia el art. 35, tercer

párrafo. Por dicha cláusula la tasa de inspección, higiene y seguridad solo podrá cobrarse por los municipios donde exista local, establecimiento u oficinas quienes podrán gravar en conjunto el 100% del monto atribuible a la provincia. Interpretando esta disposición muchos municipios que siendo los únicos que tienen la instalación del local donde se cumplía la actividad pretendieron cobrar la tasa en base al 100% del monto de ingresos atribuibles a la provincia, distorsionando, de esta manera, el sustento territorial del tributo.

VII. Consenso Fiscal

El pasado 16 de noviembre de 2017 el Gobierno Nacional, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires firmaron el llamado “Consenso Fiscal”. Entre los propósitos del referido acuerdo, encontramos: la necesidad de “armonizar las estructuras tributarias de las distintas jurisdicciones de forma tal de promover el empleo, la inversión y el crecimiento económico y promover políticas uniformes que posibiliten el logro de esa finalidad” y la necesidad de acordar una solución integral y realista a los conflictos judiciales suscitados entre las distintas jurisdicciones y emprender el diálogo institucional que desemboque en una nueva ley de coparticipación federal, a fin de cumplir con la manda constitucional.

A lo largo de su articulado, se visualizan distintos compromisos efectuados por las provincias en relación a los municipios:

- “n) Establecer un régimen legal de coparticipación de recursos provinciales con los municipios.
- o) Establecer un régimen legal de responsabilidad fiscal, similar al nacional, para sus municipios, impulsar que estos adhieran y controlar su cumplimiento.
- p) Promover la adecuación de las tasas municipales aplicables en las respectivas jurisdicciones de manera tal que se correspondan con la concreta, efectiva, e individualizada prestación de un servicio y sus importes guarden una razonable proporcionalidad con el costo de este último, de acuerdo con lo previsto por la Constitución Nacional.
- q) Crear una base pública, por provincia, en la que consten las tasas aplicables en cada municipalidad (hechos imponibles, bases

imponibles, sujetos alcanzados, alícuotas y otros datos relevantes) y su normativa.

r) Impulsar un sistema único de liquidación y pago de tasas municipales aplicable a cada provincia y a la CABA.”

VIII. Conclusiones y propuestas

A modo de síntesis, teniendo en cuenta lo esbozado a lo largo del trabajo, me permito efectuar ciertas conclusiones y propuestas:

- A través de las leyes-convenio expuestas se refleja en gran medida que hay una restricción en la potestad tributaria municipal. A los municipios casi no les quedan recursos tributarios genuinos para hacer frente a las necesidades públicas que tienen y, consecuentemente, muchas veces viven a merced de lo que le mande la correspondiente provincia, afectando gravemente su autonomía.
- Las provincias, si bien pueden delimitar el alcance y contenidos –en los órdenes políticos, económico, institucional, administrativo y financiero– de la autonomía municipal, no la pueden vaciar de contenido.
- La Constitución Nacional no contiene ninguna prohibición para restringir el poder tributario de los municipios. De tal forma que, en principio, y respetando la distribución establecida constitucionalmente, pueden establecer impuestos, tasas y contribuciones especiales.
- Los municipios, en virtud de la autonomía que les reconoce la Constitución Nacional y en atención al poder tributario originario que ostentan, deben participar –juntamente con la nación y las provincias– en las negociaciones para el establecimiento de un sistema de coordinación financiera; para lo cual, también se requerirá la modificación del art. 75 inc. 2 de la CN.
- Conjuntamente a lo anterior, en el nuevo régimen de coparticipación debería establecerse un porcentaje mínimo obligatorio destinado a los municipios.
- En aras de una mayor armonización tributaria, se hace necesario que los municipios establezcan criterios uniformes en todo lo relativo a los tributos que recauden y así evitar, entre otras cosas, la doble o múltiple imposición sobre el contribuyente.

Como colofón del presente trabajo me gustaría transcribir a Tocqueville, citado por el gran constitucionalista Joaquín V. González, en relación a

los municipios: “Esas asambleas locales son la fuerza de las naciones libres. Una nación puede fundar un sistema de gobierno libre; pero sin el espíritu de las instituciones municipales, no puede poseer el espíritu de libertad”.¹⁴

Bibliografía

- Ábalos, María Gabriela, “La autonomía y el federalismo en la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994. Especial referencia a la autonomía municipal”, en *LL Gran Cuyo*, 2000, 417.
- “Fortalezas y debilidades del federalismo argentino”, en *SJA* 02/12/2015, 28 JA 2015-IV, 1252.
- Bulit Goñi (dir.), *Tasas municipales*, T. I y II, 1ª ed., Argentina, Lexis Nexis, 2007.
- Cassagne, Juan C., “La problemática política, constitucional y administrativa de los municipios y su autonomía a la luz de la Constitución reformada”, en *La Ley*, 1995-A-977.
- González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, 28ª ed., Buenos Aires, Estrada, 1983.
- Hernández, Antonio María, “El federalismo argentino”, en *Derecho Constitucional*, Pablo Luis Manili (coord.), Buenos Aires, Errepar, 2014.
- Hernández, Antonio María (h.), *Derecho municipal*, vol. I, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1997.
- Losa, Néstor O., “Neofederalismo y municipios: categorizaciones, cartas orgánicas y justicia”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP)*, Volumen 443.
- Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. I y II, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017.
- “Tratado de Derecho Municipal”, T. I y II, 4 ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017.
- Sabsay, Daniel Alberto, “Consideraciones en torno del federalismo argentino”, en *Revista Jurídica UCES*, Volumen 13.
- Vanossi, Jorge Reinaldo, “Federalismo fiscal argentino. Aspectos constitucionales”, en *La Ley*, 2013-F-1157.

14. Tocqueville, “La democracia en América”, cap. V, en González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, 28ª ed., Buenos Aires, Estrada, 1983, p. 661.

¿Contratos con otras especies?*

Ricardo Rabinovich-Berkman**

*Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit:
nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium anima-
lium,
quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est.*
(Ulpianus, 1 Inst., Dig. 1.1.1.3)

Resumen

A partir de un párrafo de Ulpiano preservado en el *Digesto* justiniano, con la ayuda de fuentes clásicas, la consideración de abordajes antropológicos y etológicos, y la evidencia de hechos presentes, este artículo indaga en la dimensión de la idea de un *ius* común entre animales humanos y no humanos y la consecuente posibilidad de establecer contratos entre ambas especies.

Palabras clave: *ius naturale*, Ulpiano, animales no humanos, contratos inter-especies.

* Este trabajo continúa la línea de: Rabinovich-Berkman, Ricardo D., “Sobre las sociedades con otras especies”, en *Nuevos debates n filosofía y ciencia política*, Mar del Plata, Facultad de Derecho, 2015.

** Doctor de la UBA (área: Filosofía del Derecho); director del Departamento de Ciencias Sociales y profesor titular de cátedra (Facultad de Derecho y CBC, UBA); ricardorabinovich@derecho.uba.ar.

Contracts With Other Species?

Abstract

Departing from a paragraph of Ulpianus preserved in the Justinian *Digest*, with the help of classical sources, the consideration of anthropological and ethological approaches, and the evidence of present facts, this article explores the dimension of the idea of a common *ius* among human and non-human animals and the consequent possibility of establishing contracts between both species.

Keywords: Human Animals, Non-Human Animals, Contracts Between Species.

I. El hombre detrás del *ius naturale*

Uno de los conceptos más interesantes (y quizá menos profundizados) que nos han dejado, a través del *Digesto* justiniano, los grandes doctrinarios jurídicos romanos, es el de *ius* (expresión que, como he explicado en otros sitios, prefiero no traducir por “derecho”)¹ *natural*.

En su texto completo, el párrafo que he colocado como epígrafe de este humilde trabajo, dice: “El *ius natural* es aquello que la naturaleza enseñó a todos los animales: porque este *ius* no es propio del género humano, sino que es común a todos los animales, los que nacen en la tierra, los que [nacen] en el mar, y también las aves. De aquí desciende la conjunción del marido y de la hembra, que nosotros llamamos matrimonio, de aquí la procreación de los hijos, de aquí la educación: vemos, en efecto, que también los demás animales [*cetera quoque animalia*], hasta las fieras, se gobiernan por el conocimiento [*peritia*] de este *ius*” (*Digesto* 1.1.1.3).

1. Rabinovich-Berkman, Ricardo D., *Derecho romano*, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 117-138; Rabinovich-Berkman, Ricardo D., *Derecho Romano para Latinoamérica*, Quito, Cevallos, 2006, pp. 115-143.

Se trata de un párrafo que los compiladores del *Digesto* aducen haberlo extraído del Libro 1º de las pérdidas *Instituciones* de Ulpiano. Es decir, del jurista que probablemente se llamara *Gneo Domicio Annio Ulpiano* (Gnaeus Domitius Annius Ulpianus) y hubiera sido destacado discípulo del célebre Papiniano (“el príncipe de la jurisprudencia”).

La biografía de Ulpiano es extremadamente misteriosa. Casi nada se conoce de ella a ciencia cierta, y su reconstrucción solo puede plantearse de un modo muy hipotético y parcial.² Es probable que haya nacido en Tiro, Fenicia, entonces parte de la provincia de Siria (también Papiniano era sirio, según parece).

Ulpiano habría nacido sobre 170, durante la primera década del principado de Marco Aurelio, el gobernante filósofo. Al parecer, desempeñó funciones públicas (como era normal entre los hombres de derecho destacados de entonces) durante la declinación final de la dinastía Antonina y el gobierno de los Severos.

Concretamente, Ulpiano habría comenzado a trabajar bajo la égida de su maestro, en el principado Cómodo, el problemático hijo de Marco Aurelio. Habría tenido cargos públicos durante el rígido gobierno posterior del militar bereber Septimio Severo. Pero su situación habría cambiado en los complicados tiempos de Caracalla, el vástago de Septimio; este, como es sabido, promovió, a poco de asumir, la condena y ejecución de su hermano y cogobernante Geta. A consecuencia de ese episodio (por negarse a justificarlo públicamente con argumentos jurídicos), habría sido decapitado Papiniano.

Seguramente, este ominoso escenario hizo recomendable a Ulpiano alejarse del gobierno (y tal vez de Roma) por un tiempo. Quizás regresó a su tierra natal. Porque de ese período más descansado dataría la mayor parte de sus obras. Sin embargo, parece que ya estaba de nuevo en la función pública durante el breve principado de Heliogábalo (218-222).

Pero Ulpiano se habría vinculado especialmente al joven Alejandro Severo, cuya rama de la dinastía (a la que también pertenecía Heliogábalo, que lo había adoptado) era originaria de Siria como él. Al asumir Alejandro el principado (en plena adolescencia), Ulpiano se habría convertido en su

2. Seguiré aquí la muy buena línea de reconstrucción crítica que formula el blog *Histórico Digital* (<http://historicodigital.com/ulpiano.html>) visitado en abril de 2018.

consejero y alto funcionario (de hecho, el poder estaba en manos de la poderosa abuela del príncipe, Julia Mesa, y su madre, Julia Mamaea).

Las nuevas tareas públicas de Ulpiano, y sus ideas, lo habrían llevado a ganarse la enemistad de los pretorianos. Al parecer fue en el curso de una rebelión de esta peligrosa fuerza que Ulpiano habría sido asesinado, sobre 228. Suele considerarse que a su influjo se debieron las políticas seguidas durante este gobierno, que constituyeran un cierto remanso en una era turbulenta. Pocos años después, Alejandro sería ultimado también, con lo que terminaría la dinastía Severa (y puede considerarse que, de hecho, el Principado también).

Ulpiano es el jurista más citado en el *Digesto* de Justiniano. Los textos que se le atribuyen, dentro de lo que puede esperarse de las recopilaciones realizadas por Triboniano y su equipo, muestran una profundidad interesante y una buena formación filosófica, con elementos aristotélicos y estoicos. Su estilo literario, además, es agradable, y el latín que emplea es muy nítido.

Como se sabe, los compiladores tenían el permiso u orden imperial de no respetar las obras de las que extraían los textos. En cambio, debían actualizarlas, limarlas y compatibilizarlas con las demás partes del complejo. También les cabía depurarlas de sus resabios paganos y de las ideas democráticas, que a veces traían, especialmente si sus autores habían vivido en el período antonino, donde se respiraba cierto aire republicano.

Pero lo peor, probablemente, haya sido el retiro de los párrafos de sus contextos. Como el resto de las obras de las que fueron extraídos a menudo se perdieron (tal lo sucedido con este libro de Ulpiano), la interpretación de los segmentos recopilados cayó a veces en graves tergiversaciones en manos de los exégetas de los siglos posteriores.

II. *Cetera animalia*

El texto de Ulpiano que hemos traducido en el acápite anterior parecería contener, a primera vista, una burda humanización de los “demás animales”. Al estilo de la actitud de los autores de fábulas, tan comunes en el mundo grecorromano. Desde esa perspectiva, su postura pecaría de una notable superficialidad.

Una mirada más detenida y aguda permite, sin embargo, replantear esa valoración. De hecho, frente a los conocimientos de que se dispone

desde hace pocos años, con relación al comportamiento de ciertos animales, el párrafo cobra una dimensión admirable, y una actualidad pasmosa.

Hoy, se presenta como algo asombroso que Ulpiano sostuviera estas ideas a principios del siglo III. Y no puede dejar de felicitar a Triboniano y sus juristas colaboradores (y al emperador mismo) por escoger este segmento, preservarlo, y colocarlo en un sitio privilegiado, al comienzo del *Digesto*.

En nuestros días, nos maravilla la afirmación del jurista sirio, tanto como su rescate por parte de los compiladores bizantinos. Porque ninguno de ellos (ni, que se sepa, cualquier otro europeo) había visto jamás un simio antropoide (es decir, un orangután, un gorila, un chimpancé o un bonobo).

Pueden hallarse varias referencias en fuentes antiguas a los micos, a los monos pequeños. Pero ninguna de esas menciones parece involucrar a un homínido. Lo cual es lógico, porque no había existido contacto europeo o asiático con las áreas donde estos animales habitaban.

Parece que la primera mención documentada de los grandes simios no humanos se produciría con la llegada de los portugueses al África subsahariana. Recién a principios del siglo XVI, el navegante y geógrafo Duarte Pacheco Pereira habría descrito a los chimpancés en su diario de viajes.

Lo que más le impactó al lusitano fue la habilidad de los chimpancés de construirse herramientas rudimentarias y emplearlas. Se trataba, fundamentalmente, de las ramitas peladas y alisadas con esmero, usadas por estos simios para atrapar y extraer insectos de hormigueros y termiteros.

Más de cien años después de los escritos de Pacheco Pereira, los primeros miembros de esa especie de primates serían llevados a Europa desde Angola. Pero apenas como obsequio para príncipes, y no para su exhibición pública, a cuyo efecto deberían pasar muchas décadas más aún.

Entonces, si Ulpiano y los bizantinos no estaban pensando en los grandes simios antropoides, ¿en qué “otros animales” estarían pensando a la hora de formular aquella afirmación extraordinaria?

Por cierto, no lo dijeron. Pero quizás tuvieran en mente a los lobos, tan presentes en la cultura romana. Esa especie gregaria parece haber apasionado desde épocas muy tempranas, para bien o para mal, a los europeos y a los meso-orientales.

Existen muchas teorías respecto de esa relación. Entre ellas hemos de destacar, a continuación, la que sostuviera recientemente la estadounidense Pat Shipman.

III. Los lobos, maestros y socios

El sustento, en la cuna africana de nuestra especie, debe haber sido más sencillo. Podría haberse limitado a la tranquila recolección de frutas y de hierbas, sumada a la ingesta de pequeños animales, fáciles de atrapar, e insectos. Quizás sea ese escenario cálido y holgado la base real de todas las mitologías sobre el Jardín del Edén, los Campos Elíseos o similares. Un sitio lejano, irremediabilmente (y sin necesidad) perdido para siempre, donde no era menester esforzarse para comer ni cubrirse del clima hostil. Deberíamos repintar a Adán y Eva, entonces, con la piel negra.³

Las razones por las cuales nuestros antepasados se fueron alejando del corazón de África no son ni remotamente claras. No debieron haberlo sido tampoco para sus más cercanos herederos, a juzgar por lo complejo y exótico de las narraciones sobre la “caída” del Paraíso. Historias que, invariablemente, denotan un obrar irracional, francamente estúpido. No resultaba fácil, al parecer, justificar el abandono de aquellas selvas generosas para adentrarse en una aventura de flacas perspectivas. Tal vez aquellas mitologías rescaten la verdad: que nuestra especie, desde sus inicios, ha actuado con bastante escasa racionalidad, mal que nos pese.

Probablemente el enorme Sahara estuviera atravesando entonces por una de sus fases húmedas, que se han verificado, al parecer, de modo periódico, desde hace millones de años.⁴ Ya a mediados del siglo XIX el alemán Heinrich Barth había descubierto en pleno desierto las primeras piezas de

3. La hipótesis del origen africano de la tradición edénica ya fue férreamente sostenida por el célebre antropólogo escocés James G. Frazer en 1926 (*The Worship of Nature*, Nueva York, Macmillan, I). En 1933, la retomó en un ensayo (*The African Origin of the Myths and Legend of the Garden of Eden*) que puede verse en <http://www.nbufront.org/MastersMuseums/JGJackson/AfricanOriginsOfMyths.html> (visitado en abril de 2018) el erudito africanista John G. Jackson. En lo personal, voy más lejos: no solo planteo como hipótesis el origen africano del mito, sino que el Edén es una representación fantástica del África original de nuestra especie.

4. De Menocal, P. B., Tierney, J. E., “Green Sahara: African Humid Periods Paced by Earth’s Orbital Changes”, en *Nature Education Knowledge*, 3(10):12, 2012 (consultado en <https://www.nature.com/scitable/knowledge/library/green-sahara-african-humid-periods-paced-by-82884405> en abril 2018).

arte rupestre sahariano.⁵ Hoy se conoce al menos una docena de sitios arqueológicos en el Sahara con piedras pintadas o talladas, algunos de ellos en extremo riesgo y otros ya desaparecidos.⁶

Si bien las evidencias más antiguas no superarían los 15.000 años, podrían perfectamente indicar condiciones anteriores, correspondientes a los períodos de cruce de los grupos humanos provenientes del África central. Las imágenes nos muestran un Sahara completamente diferente del actual, con lagos, prados y gran cantidad de animales. Los humanos aparecen cazándolos con hachas, palos y arcos. Todo parece indicar culturas nómadas de cazadores, como muy probablemente lo fueran, unos milenios antes, los grupos que migraran hacia el norte.⁷

Algunas de estas obras rupestres muestran algo que podría vincularse con lo que veremos a continuación. Los cazadores aparecen con cabezas de perro. Más claramente aún, se observan grandes canes participando activamente en la cacería junto a los humanos.⁸ Porque los grupos que habían salido de las selvas centrales habrían ido desarrollando, a lo largo de su lenta migración hacia el norte, el arte de la caza, indispensable para sobrevivir en esos nuevos escenarios.

La antropóloga Pat Shipman (nacida en 1949) es profesora de la Universidad del Estado de Pennsylvania. Tras haber publicado varios libros sobre diversos temas, pasó en 2011 a dedicarse a la relación entre los humanos primitivos y las demás especies animales. En *The Animal Connection, a new perspective on what makes us human (La conexión animal, una nueva perspectiva sobre lo que nos hace humanos)*⁹ desarrolla como tesis la importancia visceral que habría tenido, en la construcción de nuestra cultura, la vinculación con los restantes animales.

5. Barth, Heinrich, *Travels and Discoveries in North and Central Africa*, Nueva York, Harper, 1857.

6. La “Association des Amis de l’Art Rupestre Saharien” (Asociación de los Amigos del Arte Rupestre Sahariano), fundada en 1991, publica en forma periódica la *Carta (La Lettre)* y los *Cuadernos (Les Cahiers)*, dedicados al tema (http://aars.fr/publications_en.html visitado en abril 2018).

7. Mori, Fabrizio, *The Great Civilisations of the Ancient Sahara. Neolithisation and the earliest evidence of anthropomorphic religions*, Roma, L’Erma, 1998, *passim*.

8. Montañas de Akakus, Libia (<https://africanrockart.org/rock-art-gallery/libya/?lang=es>).

9. Nueva York, Norton, 2011.

Central a esta obra es la idea de un intercambio, especialmente con algunas especies. Un aprendizaje mutuo. Shipman parte de algunos factores obvios (que suelen ser los que más desapercibidos pasan), como la fascinación que los animales ejercieron sobre nuestros ancestros, plasmada en el arte arcaico, infinitamente más dedicado a representarlos a ellos que a los paisajes o a elementos vegetales.

Cuatro años después, estos abordajes cuajaron en su apasionante libro *The Invaders, How Humans and their Dogs drove Neanderthals to Extinction (Los invasores. Cómo los humanos y sus perros llevaron a los neanderthales a la extinción)*.¹⁰ En esta obra, Shipman sostiene que el dominio de Europa y las regiones aledañas ya ocupadas por el “Neanderthal” (*homo neanderthalensis*) le habría sido arrebatado por parte del inmigrante *homo sapiens* gracias a la pronta alianza de este con algunos grupos de lobos.

El *neanderthalensis* cazaba grandes mamíferos. Como viéramos, el *sapiens*, a su llegada al norte de África, el Medio Oriente y Europa, también. Claro que el *neanderthalensis* debía tener más experiencia, porque llevaba mucho tiempo ya (unos 200.000 años) habitando aquellas regiones frías. En cambio, el *sapiens* llegaba mucho después, unos 50.000 años a.C. Sus posibilidades de ganar al *neanderthalensis* el espacio que este dominaba (y que no daba como para sustentar a ambas especies) hubieran parecido, a primera vista, escasas.

Pero, según Shipman, sobrevino entonces la gran alianza. En algún momento, grupos de humanos y de lobos (que también cazaban esas mismas presas), quizás por razones fortuitas, habrían ido pasando, en ocasiones concretas, de la competencia original a una forma de sociedad.

Se ignora realmente, agregamos, cómo tuvo inicio la asociación que llevaría a la domesticación de esos lobos (de una especie extinta, antepasada del perro y del actual lobo gris, pero aparentemente no de los demás lobos hoy existentes).¹¹ Podrían plantearse, en principio, dos hipótesis plausibles:

10. Cambridge, Harvard, 2015, *passim*.

11. Hoy predomina la hipótesis, basada no solo en la evidencia tradicional (arqueológica) sino ya en los estudios genéticos, de dos procesos de domesticación, uno europeo y otro asiático (Botigué, Laura *et al.*, “Ancient European dog genomes reveal continuity since the Early Neolithic”, en *Nature Communications*, 8, 2017, <https://www.nature.com/articles/ncomms16082>; Frantz, Laurent A. F. *et al.*, “Genomic and archaeological evidence suggest a dual origin of domestic dogs”, en *Science*, 352, 2016, pp. 1228-1231).

la recogida de lobeznos pequeños y su cría, o el paulatino acercamiento de adultos a los grupos humanos.

Esta segunda posibilidad podría haberse dado en dos marcos: un seguimiento de los conjuntos humanos por parte de manadas de lobos (para comer los restos de sus cacerías) o el desarrollo de una mutua participación. Esta última hipótesis parece mucho más creíble, porque los cánidos habrían sido superiores en técnica y experiencia a los humanos en el campo de la cacería. Además, estaban naturalmente mejor dotados.

Tanto para cansar y acosar a los grandes mamíferos apetecidos por ambas especies, como para protegerse mutuamente después, a la hora de comer, de los demás carnívoros, la alianza se habría probado eficaz. Al menos mientras hubiera alimento para todos, no se presentarían problemas. Y normalmente lo habría, porque los grupos eran reducidos, y no había modo de conservar la carne.

Regresando a la propuesta de Shipman, dos resultados evolutivos habrían derivado de esta alianza remota, que la autora sitúa hace alrededor de 30.000 años.¹² El más obvio sería la paulatina transformación de algunos lobos domesticados en perros (y de perros salvajes en domésticos, agregamos). El otro, asombroso y menos esperado, sería el crecimiento de la membrana esclerótica (el blanco del ojo) en relación al iris.

El humano es el único homínido que presenta esa conformación. Su origen evolutivo estaría relacionado directamente con una optimización de la comunicación no verbal.¹³ Ese intercambio requeriría extremos de velocidad en la cacería. Los perros reconocen las señales hechas con los ojos por humanos (no las hacen entre ellos). De modo que, tal vez, si la tesis de Shipman es correcta, nosotros hicimos a los perros domésticos, pero los perros también nos hicieron a nosotros.

12. La datación es coherente con el artículo de Germonpré *et al.* sobre el “perro belga”, espécimen de alrededor de 34.000 años de antigüedad (Germonpré, M., Sablin, M. V., Stevens, R. E., Hedges, R. E. M., Hofreiter, M., Stiller, M., Despres, V. R., “Fossil dogs and wolves from Palaeolithic sites in Belgium, the Ukraine and Russia: osteometry, ancient DNA and stable isotopes”, en *Journal of Archaeological Science*, 36(2), 2009, pp. 473-490). También con los trabajos citados en la nota anterior (que permitirían, inclusive, atrasar la fecha hasta cerca de 40.000 años).

13. Tomasello, Michael, Hare, Brian, Lehmann, Hagen, Call, Josep, “Reliance on head versus eyes in the gaze following of great apes and human infants: the cooperative eye hypothesis”, en *Journal of Human Evolution*, 52, 2007, pp. 314-320.

En este punto, separándome de la idea de Shipman, pero a partir de ella, me pregunto si los lobos no nos construyeron (sin saberlo) no solo en cuanto a la conformación de nuestros ojos, sino además en aspectos culturales de enorme trascendencia. Estamos por completo en el terreno de las hipótesis, por supuesto. Pero quizá los lobos, con su ejemplo, enseñaran a nuestros antepasados sus antiguas estrategias de cacería, que su especie llevaba muchos milenios perfeccionando.¹⁴

Hubiera sido prácticamente imposible, para los humanos, acoplarse en la caza conjunta con los lobos sin adecuar sus acciones a las de sus aliados. Vencer a los gigantescos y peligrosos mamíferos que proveían la fuente de alimento en ese entorno, con armas muy elementales (en el caso de los lobos, suplidas por sus garras y dientes) no era cuestión de fuerza sino de estrategia. Se requería un meditado trabajo de acoso y cansancio de la presa para poder matarla. Un grupo anárquico de cazadores jamás hubiera tenido posibilidades de éxito.

Aquellas estrategias de cacería involucraban, de modo esencial, la obediencia a un jefe. Entre los lobos, suele destacar el que hoy denominamos “macho alfa”. En los estudios de la primera mitad del siglo XX, se tendió a entender ese liderazgo como autocrático. Sin embargo, actualmente la consideración ha cambiado mucho. Sobre todo, porque se ha podido (como sucede con otras especies de mamíferos) dar comienzo a la compleja y cansadora observación sobre grupos en libertad, ayudada por la tecnología de que hoy se dispone.

El comportamiento de los grupos de lobos libres en sus ambientes naturales (o en grandes reservas) muestra una enorme diversidad. Sin embargo, estudiosos especializados como Jane M. Packard (Texas A&M University) tienden a considerar que se verifican liderazgos fuertes. Estas jefaturas, ejercidas por un macho (generalmente reproductor del grupo) o por la pareja progenitora, se hacen evidentes por las actitudes de los restantes miembros, que bajan la cabeza o realizan gestos de respeto con las patas delanteras, y esperan su turno para comer la carne de las presas.¹⁵ Empero, las decisiones

14. Mech, L. David, Boitani, Luigi (eds.), *Wolves: Behavior, Ecology, and Conservation*, Chicago, University, 2003, *passim* (pero especialmente los primeros seis capítulos).

15. Packard, Jane M., “Wolf behavior: reproductive, social and intelligent”, en Mech - Boitani, p. 60 y ss.

del líder pueden ser protestadas por los demás, y parece existir lo que el etólogo sueco Erik Zimen llamó, agudamente, una “democracia calificada”.¹⁶

Es notable hasta qué punto se presentan similitudes entre estas estructuras político-jurídico-sociales y las que se verificaban dentro de algunos grupos humanos que expresaban de diversas maneras su respeto, admiración o hasta veneración por los lobos, característicamente, las etnias germánicas, sobre todo nórdicas. El tipo de liderazgo que tendía a darse en estos pueblos también exhibía ese entramado de complejas relaciones jerarquizadas entre pares.

Considero que debería trabajarse más, por todo ello, alrededor de la hipótesis de que aquellos cánidos nos comunicaran (y nuestros antepasados las imitasen) sus construcciones político-jurídicas y sociales (quizás hasta la monogamia). Incluso, yendo más lejos, su forma de sucesión en el poder.

IV. La fraternidad con los delfines

Como es sabido, el *Digesto* se compuso en Constantinopla, en la primera mitad del siglo VI. Hacía media centuria apenas que se había truncado la división administrativa en dos partes del Imperio Romano. Bizancio, como cultura idiosincrásica, estaba aún en ciernes.

Ya había quedado claro, sin embargo, desde los antiguos días de la guerra entre Marco Antonio y Octavio, que la tradición llamada a predominar en esas regiones sería la helenística. Es decir, aquella cultura ecléctica, extraordinariamente integradora, con una base griega (sobre todo ateniense), moldeada por los grandes intelectuales de los siglos V y IV a.C. (sustancialmente, Platón y Aristóteles), que se había puesto en marcha con las conquistas de Alejandro Magno y se había consolidado bajo las dinastías fundadas por sus seguidores (los “diádocos”).

En ese legado cultural, había un sitio muy especial para los delfines. De modo que estos cetáceos podrían considerarse como otros candidatos plausibles para ser aquellos “otros animales” del texto de Ulpiano. Al menos, si no en la cabeza de ese jurista, sí en las de Triboniano, Justiniano y los compiladores bizantinos.

16. “Parece más que todos los miembros de la manada contribuyen en la toma de decisiones, pero no con la misma extensión. Es una democracia calificada” (Zime, Erik., *The Wolf, a species in danger*, Nueva York, Delacorte, 1981, p. 173 y *passim*).

En Constantinopla se hablaba el griego. En ese idioma, aquellos mamíferos acuáticos eran designados por la palabra *delfis*. El vocablo se vincula con *delfys*, que significa útero. Y con *adelphós* (“hermano”), término que literalmente hace referencia a la proveniencia de un mismo vientre materno.

Podría asumirse que esa vinculación onomástica entre el delfín y el útero hubiera derivado simplemente del descubrimiento empírico de que las hembras de estos “peces”, relativamente semejantes en sus formas a las de los otros (las ilustraciones antiguas de los delfines suelen mostrarlos cubiertos de escamas), presentarían sin embargo una matriz del tipo de la de los mamíferos terrestres.

Esa interpretación sería perfectamente plausible, pero partiría de una mirada física, limitada a tomar a los humanos como meros descriptores de formas biológicas. Existe, en cambio, la posibilidad de que subyaciera una idea de hermandad con los delfines.

Esa noción fraternal tendría raíces mitológicas. Los delfines aparecen vinculados, en las tradiciones griegas clásicas, con el dios Dionisos. Según una leyenda, este había transformado a un grupo de naufragos (en algunas versiones, unos piratas que lo atacaron) en los primeros delfines.

Sin embargo, ese salvataje divino no habría estado exento de contraprestación. Dionisos habría encargado a sus beneficiados la tarea de hacer lo propio con otros naufragos. De allí habría surgido la tradición que sostenía que estos cetáceos rescataban a las personas que se hallaban en peligro en el mar. Varios ejemplos de ello aparecían en los relatos folclóricos y poéticos. Otros se verían en las hagiografías cristianas.¹⁷

Aeliano (Claudius Aelianus, a veces también llamado Aelio o Elián) fue un romano contemporáneo de Ulpiano. Inclusive no sería raro que se hubiesen conocido. Escribió (en griego) un libro que se hizo muy famoso ya desde la época de su aparición. Fue llamado *Sobre la idiosincrasia de los animales* (*Peri zóon idiótetos*).

No sería nada extraño que Ulpiano hubiera leído esta obra. O bien que hubiese conocido, al menos, parte de su contenido. Es muy posible que los compiladores bizantinos del *Digesto*, por su parte, sí la tuvieran presente, porque para entonces ya era un clásico.

17. Catton, Chris, *Dolphins*, Nueva York, St. Martin, 1995, *passim*.

En el trabajo de Aeliano hay interesantes referencias a los delfines. Citaré un segmento en extenso, porque presenta mucho interés a los efectos de este artículo:

Y dice un bizantino, de nombre Leónidas, que vio por sí mismo, cuando navegó más allá de la Eólida, en la polis llamada Poroselene, un delfín domesticado, que vivía en el muelle y se trataba con todos como si fueran sus parientes. Y además agrega cómo él mismo vio que una pareja anciana lo alimentaba como a un hijo adoptivo, con succulentas comidas. Y sucedió que el hijo de la pareja anciana era criado junto al delfín, y por esto de ser criados juntos, fue creciendo el amor entre el humano y el animal [...].

En consecuencia, el delfín amaba a Poroselene como si fuera su patria, saludaba ese muelle como si fuera su propia casa. Y además pagaba por la comida a sus criadores. Y lo hacía del siguiente modo. Cuando hubo crecido, ya no necesitaba que le dieran de comer con la mano, sino que nadaba mar adentro. Y en sus expediciones en busca de presas, tomaba una parte para él y el resto lo traía a sus amigos. Estos lo sabían, y alegremente esperaban esa donación.

Esa era una manera, otra era la siguiente. Así como al niño, los padres adoptivos le dieron un nombre al delfín. Y el muchacho, con el coraje que resultaba de la crianza común, se paraba en algún punto que se proyectase hacia el mar y llamaba al delfín por su nombre, con palabras dulces. Ante ello el delfín, sea que estuviera corriendo carreras con un barco de remos o saltando y zambulléndose para burlar a los otros peces que por allí pululaban en cardúmenes, o cazando para paliar el hambre, subía a toda velocidad a la superficie, como un barco cuando barrena en las olas. Y, acercándose a su amado, hacía piruetas a su lado. Ora nadaría junto al muchacho, ora parecería desafiarlo y hasta lo induciría a correrle carreras. Y aún más asombroso: a veces llegaría a dejarse ganar y quedaría segundo, como si le hiciera feliz ser derrotado. Estos hechos eran comentados en otras partes, y aquellos que navegaban hasta allí los destacaban entre las excelentes atracciones que tenía esa polis para mostrar. Y para los ancianos y el muchacho, eran una fuente de ingresos (II.6).

Y prosigue Aeliano:

Hay historias que nos llegan de Eubea sobre pescadores que en esas regiones comparten su pesca con los delfines en partes iguales. Y se me ha referido que pescan de la siguiente manera. El clima debe estar calmo. Si así lo está, atan a la proa de sus botes unos braceros huecos con fuego dentro, tales que se puede ver a través de ellos, de modo que retienen el fuego sin ocultar la luz. Los llaman linternas.

Sucede que los peces se asustan del brillo, pero los atrae la claridad. Así que algunos de ellos, sin saber de qué se trata, se aproximan deseosos de averiguarlo, y al hacerlo se asustan. Aterrorizados, o bien se aglomeran cerca de alguna roca, temblando de miedo, o bien son lanzados a la orilla mientras se encuentran inmovilizados, como golpeados por un rayo. En esas condiciones, es muy fácil arponearlos.

Así que, cuando los delfines ven que los pescadores encendieron sus fuegos, se preparan para actuar. Y, mientras los hombres reman suavemente, los delfines asustan a los peces de alrededor y los empujan, evitando que escapen. Entonces los peces, presionados por todos lados y casi rodeados, entienden que no hay cómo huir de los hombres que reman y de los delfines que nadan. Así que se quedan donde están y son capturados en gran cantidad.

Y los delfines se acercan, como exigiendo los beneficios que se les deben por el trabajo común en la obtención de comida. Entonces los pescadores, leal y agradecidamente, entregan a sus camaradas de caza su justa porción, asumiendo que de ese modo desearán regresar de nuevo, veloces y sin necesidad de llamada, para ayudarlos. Porque estos labradores del mar están convencidos de que, si omitieran hacer así las cosas, se transformarían en enemigos de quienes sus amigos antes fueron (II.8).¹⁸

18. Traduzco del griego a partir de: Aelian, *On the Characteristics of Animals*, London, Heinemann, 1958, pp. 92-99. Confronto con la traducción al inglés de A. F. Scholfield, contenida en la misma edición.

V. O golfinho parceiro

Hasta allí Aeliano y su versión de la sociedad de los pescadores de Eubea con los delfines. Su relato, tan pormenorizado, fue a menudo considerado una leyenda. La propia actitud del escritor, que cuidó mucho no tomar partido y alejarse de la responsabilidad (son “historias que nos llegan de Eubea” y “se le han referido”) no ayudó mucho a su credibilidad. Sin embargo, hoy estamos en condiciones de revisar esa postura. Y las razones para ello no nos llegan de Grecia ni de la Antigüedad, sino de aquí cerca y ahora mismo.

En efecto, una asociación entre pescadores y delfines tiene lugar en la actualidad, en la localidad de Laguna, al sur de Brasil. Según un artículo aparecido pocos años atrás en un respetable medio de difusión científica, “un visitante puede tropezar con una vista extraña en Laguna, Brasil, si va a la playa. Aquí los pescadores locales confían en los delfines para ayudarlos con su captura anual de peces”.

Al parecer, “nuevas investigaciones han descubierto que solo un grupo local de alrededor de veinte delfines trabaja con los pescadores, mientras los otros delfines locales no cooperan, y encuentran otras fuentes de alimentación. Los investigadores no están seguros sobre qué es lo que separa a estos grupos”.

Prosigue el texto:

Los científicos han sabido que los delfines trabajan juntos para arrear cardúmenes de lisas (un pez que constituye una importante fuente de comida para los pescadores locales) hacia una línea de pescadores en botes o con el agua hasta las rodillas. Entonces los delfines señalan con movimientos especializados de la cabeza o de la cola cuándo y dónde los pescadores deben lanzar sus redes. La cooperación es útil para ambas partes...

Cooperación que llega al nivel de resultar imprescindible para la mutua subsistencia. Porque unos doscientos pescadores brasileños dependen casi totalmente de los delfines para obtener sus presas. Tal como aquellos de Eubea referidos por Aeliano, que temían incumplir su parte del acuerdo, porque entonces perderían a sus socios. O, mucho peor aún, estos se transformarían en sus rivales.

El investigador Fábio Daura-Jorge, de la Universidad Federal de Santa Catarina, explica que los pescadores reconocen, por sus marcas naturales, a

cada uno de sus socios delfines. Y agrega: “Los pescadores tienen nombres para los delfines cooperativos: estrellas particulares en esta cooperación son *Scooby* y *Caroba*, que han cooperado por más de 15 años”. Exactamente como aquel delfín de Poroselene, cuyo nombre desconocemos.

No deja de ser llamativo que los pescadores de Laguna escogieran el nombre de un famoso perro de los dibujos animados, Scooby-Doo. Más allá de las implicancias culturales hegemónicas que surgen de esta elección (y que son ajenas a este modesto estudio), puede notarse cómo, de un modo implícito, han realizado una identificación entre delfín y can.

Y esto último, si recordamos que los perros resultaron de adecuaciones evolutivas (“ayudadas” por el ser humano) de aquellos lobos socios en la cacería prehistórica, relaciona extraordinariamente ambas asociaciones inter-especies.

De acuerdo con los autores del mencionado trabajo, fueron identificadas

...tres redes sociales distintas entre los delfines de Laguna, con uno de esos grupos integrado enteramente por delfines cooperativos con los pescadores. Esta cooperación parece ser un comportamiento aprendido o heredado, ya que no hay nada en el entorno que impida a los otros delfines involucrarse en ella.

Es decir que no se trataría de una conducta instintiva ni compelida evolutivamente, sino que resultaría de una elección voluntaria de los delfines participantes. Esa opción estaría más condicionada en los delfines integrantes del grupo cooperativo. Se trataría, en fin, de una construcción cultural compartida entre dos especies, la de los delfines y la de los humanos.

El alto grado de interacción social característico de los delfines (así como el de los humanos, claro está) habría incidido en esta construcción cultural conjunta. “El comportamiento cooperativo puede haber pasado de la madre delfín a sus hijos durante el aprendizaje social”, explican los investigadores. Y, justamente, “es así como la tradición se propaga en la mitad humana del dúo: Los mayores de la comunidad enseñan a los pescadores más jóvenes cómo trabajar con los delfines”.¹⁹

19. Welsh, Jennifer, “Dolphins help Fishermen Catch Fish”, en *Live Science*, 1/5/2012 (<http://www.livescience.com/20027-dolphins-work-fishermen.html>), traducción nuestra del inglés (consultado en octubre de 2015).

Un artículo aparecido en Brasil sobre este mismo asunto agrega, citando a Luke McNally, del Theoretical Ecology Research Group (Trinity College, Dublín), que “tal comportamiento podría haber evolucionado desde los años ‘70, donde la demanda por **interacciones sociales complejas** habría llevado a tal evolución cognitiva”. Explica este trabajo que “aunque ambas partes obtengan su cuota de peces, es interesante notar que nunca hay un trueque directo de peces entre los delfines y los pescadores, ni se sigue un horario fijo”.

Recordemos que los pescadores de Eubea, según el relato de Aeliano, necesitaban que el mar estuviera calmo para trabajar con sus socios delfines. De modo que ellos tampoco habrían estado sujetos a horarios preestablecidos.

Cita esta reseña a Joe Roman, profesor de la Universidad de Harvard: “Los delfines trabajan en su propio tiempo, los pescadores muchas veces quedan de brazos cruzados en tierra, mientras los cetáceos no andan cerca”. Y concluye este biólogo especializado en cetáceos: “Fuera del caso de Brasil, tales interacciones **simbióticas**, donde especies salvajes y seres humanos son beneficiados, son raras [...] La mayoría parece ser lo que los biólogos llaman **relaciones comensales**, donde un lado se beneficia y el otro no gana ni pierde”.

“Esta forma única de pesca cooperativa viene aconteciendo desde hace por lo menos 120 años, conforme he comprobado por una carta del siglo XIX que mencionaba a los delfines especiales de Laguna. Pero nadie sabe exactamente cómo todo comenzó”, concluye el artículo brasileño.²⁰

He estado personalmente en la región de Laguna y he recibido testimonios directos acerca de esta sociedad inter-especies, cuyo funcionamiento se prolonga hasta el día de hoy. No solo llama la atención su similitud con las prácticas descritas por Aeliano, sino además los nexos entre estas conductas, vinculadas a la obtención de alimentos, y las que suponemos se desarrollaron en la prehistoria en relación con los lobos.

20. Florios, Daia, “Há 120 anos, golfinhos ajudam os pescadores de Laguna a pescarem”, en *Green Me*, 19/5/2015 (<http://www.greenme.com.br/informar-se/animais/1856-ha-120-anos-golfinhos-ajudam-os-pescadores-de-laguna-a-pescarem>), traducción nuestra del portugués (acceso en octubre de 2015).

VI. Revisita a Ulpiano

Podemos ahora regresar, desde otros puntos de vista, sobre el texto de Ulpiano. A la luz de las sociedades, pasadas y presentes, del ser humano con otras especies, su párrafo sobre el *ius naturale* adquiere una dimensión extraordinaria, que llena de asombro. Porque nadie en tiempos de Ulpiano ni de Justiniano tenía conocimientos de etología ni de antropología. No se hacían en estas áreas estudios de campo ni se dedicaban las personas a la investigación científica de los comportamientos de los animales.

La Bizancio del siglo VI, además, se declaraba militantemente cristiana. Es decir, defensora de la idea bíblica de la creación, que separa drásticamente al ser humano de los “animales”. Solo el humano es hecho a imagen y semejanza de Dios. Parecería que en este párrafo del pagano Ulpiano se les habría filtrado a los compiladores justinianos la cosmovisión grecorromana. O no se dieron cuenta, o bien no les importó. Porque el misterioso jurista sirio estaba proponiendo que los “demás animales” son “sabios” (*periti*) en un *ius*. Y que, basados en esa sabiduría (*peritia*), se gobiernan (*censeri*). Y que la naturaleza ha “enseñado” (*docuit*) ese *ius* a todos los animales, el ser humano (un animal) entre ellos.

¿Sería ese *ius*, entonces, el que permitió a los lobos y a los humanos cazar juntos? ¿Será porque comparten las construcciones de ese *ius* que los pescadores de Laguna, como antes los de Eubea, pueden trabajar en sociedad con los delfines?

Sin ese *ius*, según Ulpiano, sería imposible la unión de la pareja (*maris atque feminae coniunctio*), “que nosotros la llamamos matrimonio” (porque, podría decirse, no sabemos cómo la llaman los demás animales). Tampoco sería posible la procreación de los hijos (nuestro autor emplea el sustantivo *liber*, que es utilizado, normalmente, para los hijos de los ciudadanos romanos). Ni la educación.

¿Estaba esbozando Ulpiano una teoría antropológica del derecho? ¿Estaba insinuando que el origen de varias construcciones jurídicas que consideramos esenciales, como todas aquellas referidas, radica en nuestros orígenes “salvajes”, en el comportamiento “enseñado por la naturaleza” cuando éramos semejantes a los demás animales? Hoy nos podemos preguntar todo esto con nuevas luces.

Si Ulpiano venía de Siria, como tantos juristas destacados de entonces, al haberse formado en las últimas décadas del siglo II, es muy posible que

tuviera una educación helenística. En tal paquete pedagógico (también muy exitoso en Roma misma, ya lo prueban el propio príncipe Marco Aurelio y las ideas de otros autores contemporáneos, como Papiniano y Paulo) tenía un sitio preponderante el estudio de las obras de Aristóteles.

Sabemos que el filósofo estagirita había sido un apasionado de la biología, muy especialmente del estudio de los animales. Las comparaciones entre el comportamiento de ciertas especies y de los seres humanos, en su *Política*, pueden ser vistas como verdaderas anticipaciones de la etología. Aunque uno disienta con Aristóteles (como frente a sus estrambóticas teorías sobre la servidumbre natural o la inferioridad de la mujer), es muy difícil dejar de admirarse ante su capacidad de pensar profundamente.

Si el Estagirita hubiera vivido en nuestra época, quizá se hubiese considerado un biólogo y no un filósofo. Era de esperarse, pues, que a la hora de referirse al *anthropos*, lo considerase un *zoon*, un animal. Por un lado, como animal “político”. Es decir, que requiere de una *polis* (una comunidad social organizada) para concretarse en su esencia, tal como el pez necesita del agua y las aves voladoras del cielo.

Por otra parte, como animal “lógico”. Por dos razones: porque habla (los griegos no conocían ningún otro animal capaz de articular palabras), y porque razona. Esos son los dos sentidos principales de *logos* (palabra y razón). Así que el humano era, para Aristóteles, un animal de la *polis*, que habla y que razona. Pero un animal siempre.

VIII. Conclusión

Ver a ciertos animales como humanos transfigurados no es peculiar de los griegos ni apunta solo a los delfines. Los selk’nam de Tierra del Fuego tenían una hermosa leyenda sobre los lobos marinos en ese sentido. “Orangután” significa, en malayo, “hombre del bosque”. En las islas de Borneo y de Sumatra, de donde es originario este primate, se dice: “El orangután sabe hablar, pero se calla para que no lo obliguen a trabajar”.

Aquel viejo párrafo de Ulpiano, tantas veces citado, puede hoy, a la luz de la antropología, de la etología, de las investigaciones modernas y de un conocimiento más cabal y una interpretación más aguda de las fuentes antiguas, mostrar una asombrosa actualidad y unas aristas no imaginadas.

El reconocimiento de la existencia de un *ius* común, remoto y muy íntimo, de raigambre evolutiva, entre los humanos y los demás animales, que daría pie a los contratos entre nuestra especie y otras (como los lobos y los delfines), intuida por ese excepcional jurista del Medio Oriente, mucho colaboraría en el camino feliz del respeto hacia los otros seres vivientes y el descenso del *homo sapiens sapiens* de aquel trono estulto de soberbia y prepotencia que se ha construido a lo largo de siglos, pretendiendo torpemente velarse a sí mismo la comprensión de lo evidente, de lo obvio, de lo clarísimo.

Es decir, de su propia animalidad.

Bibliografía

Libros:

- Aelian, *On the Characteristics of Animals*, London, Heinemann, 1958.
- Barth, Heinrich, *Travels and Discoveries in North and Central Africa*, Nueva York, Harper, 1857.
- Catton, Chris, *Dolphins*, Nueva York, St. Martin, 1995.
- Frazer, James G., *The Worship of Nature*, Nueva York, Macmillan, 1926.
- Mech, L. David, Boitani, Luigi (eds.), *Wolves: Behavior, Ecology, and Conservation*, Chicago, University, 2003.
- Mori, Fabrizio, *The Great Civilisations of the Ancient Sahara. Neolithisation and the earliest evidence of anthropomorphic religions*, Roma, L'Erma, 1998.
- Rabinovich-Berkman, Ricardo D., *Derecho Romano para Latinoamérica*, Quito, Cevallos, 2006.
- *Derecho romano*, Buenos Aires, Astrea, 2001.
- *Sobre las sociedades con otras especies*, en *Nuevos debates en filosofía y ciencia política*, Mar del Plata, Facultad de Derecho, 2015.
- Shipman, Pat, *The Animal Connection, a new perspective on what makes us human* Nueva York, Norton, 2011.
- *The Invaders, How Humans and their Dogs drove Neanderthals to Extinction*, Cambridge, Harvard, 2015.
- Zime, Erik, *The Wolf, a species in danger*, Nueva York, Delacorte, 1981.

Artículos:

- Botigué, Laura *et al.*, “Ancient European dog genomes reveal continuity since the Early Neolithic”, en *Nature Communications*, 8, 2017, <https://www.nature.com/articles/ncomms16082>
- De Menocal, P. B., **Tierney, J. E.**, “Green Sahara: African Humid Periods Paced by Earth’s Orbital Changes”, en *Nature Education Knowledge*, 3(10):12, 2012, en <https://www.nature.com/scitable/knowledge/library/green-sahara-african-humid-periods-paced-by-82884405>.
- Florios, Daia, “Há 120 anos, golfinhos ajudam os pescadores de Laguna a pescarem”, en *Green Me*, 19/5/2015.
- Frantz, Laurent A. F. *et al.*, “Genomic and archaeological evidence suggest a dual origin of domestic dogs”, en *Science*, 352, 2016.
- Germonpré, M., Sablin, M. V., Stevens, R. E., Hedges, R. E. M., Hofreiter, M., Stiller, M., Despres, V. R., “Fossil dogs and wolves from Palaeolithic sites in Belgium, the Ukraine and Russia: osteometry, ancient DNA and stable isotopes”, en *Journal of Archaeological Science*, 36(2), 2009, pp. 473-490.
- Jackson, John G., “The African Origin of the Myths and Legend of the Garden of Eden”, 1933, <http://www.nbufront.org/MastersMuseums/JG-Jackson/AfricanOriginsOfMyths.html>
- Tomasello, Michael, Hare, Brian, Lehmann, Hagen, Call, Josep, “Reliance on head versus eyes in the gaze following of great apes and human infants: the cooperative eye hypothesis”, en *Journal of Human Evolution*, 52, 2007, pp. 314-320.
- Welsh, Jennifer, “Dolphins help Fishermen Catch Fish”, en *Live Science*, 1/5/2012

Sitios de internet (además de los ya citados, todos ellos verificados en abril de 2018):

- http://aars.fr/publications_en.html
<https://africanrockart.org/rock-art-gallery/libya/?lang=es>.
<http://www.livescience.com/20027-dolphins-work-fishermen.html>
<http://www.greenme.com.br/informar-se/animais/1856-ha-120-anos-golfinhos-ajudam-os-pescadores-de-laguna-a-pescarem>
<http://historicodigital.com/ulpiano.html>

Just Side. Justicia, sostenibilidad y territorio. Sistemas de infraestructuras de datos espaciales

*Silvia Nonna**

Resumen

El objetivo de este artículo es presentar la red Just Side, un proyecto que tiene por objeto aportar una herramienta para identificar injusticias socioambientales, basado en la metodología y pretendiendo la consolidación del área específica del “geoderecho”. La información, territorial y social será analizada a través de un proceso geoespacial que ayudará a la detección de problemas y patrones. Se desarrollará una metodología basada en Sistemas de Información Geográfica con software de código abierto. La futura herramienta permitirá la identificación de problemas relacionados con injusticias territoriales en Iberoamérica y se constituirá en una fuente abierta digitalizada disponible para decisores políticos y para la comunidad en general.

Palabras clave: justicia, sustentabilidad, datos espaciales, geoderecho.

* Doctora en Leyes de la Universidad de Buenos Aires. Post Doctora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Abogada Especialista en Recursos Naturales. Posgrado en Comercio Internacional de Hidrocarburos en la Facultad de Ingeniería de la Universidad de Buenos Aires. Posgrado en Derecho Ambiental, Universidad Austral. Environmental Research Fellow, The George Washington University, Estados Unidos. Desde 2010 es secretaria académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Titular de Derecho de los Recursos Naturales y Protección del Ambiente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Titular de Derecho Ambiental en la Universidad Abierta Interamericana. Profesora invitada en posgrados de universidades públicas y privadas. Dirige programas de investigación. Ponente en ámbitos nacionales e internacionales. Autora de libros y numerosas publicaciones.

Justice and Sustainability in the Territory through Spatial Data Infrastructure Systems

Abstract

The aim of this article is to introduce the Just Side network, a project that aims to provide a tool to identify socio-environmental injustices, based in the methodology and intending to consolidate a special area of “geo law”. All the information, territorial and social, will be analyzed through geospatial processes that help in the visualization and detection of problems and patterns. Developing a methodology based in Geographic Information Systems with open source software. The future tool will allow the identification of the problems related to territorial injustices and making an open source software solution available for policy makers and community.

Keywords: Justice, Sustainability, Spatial Data, GeoLaw.

I. Introducción

La red Just Side se constituye en una herramienta para identificar injusticias sociales en Iberoamérica. Los países que integran la red son: Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, España, México, Portugal y Uruguay.

Un grupo de expertos de varias universidades iberoamericanas, del que participa Argentina,¹ liderados por la portuguesa Universidad de Coimbra, ha encarado la tarea de desarrollar un programa de dos años basado en el geoderecho, enmarcado en el Programa Iberoamericano de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo (CYTED).²

1. Las profesoras doctoras Silvia Nonna y Leila Devia, titulares de Derecho de los Recursos Naturales y Protección del Ambiente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, investigadoras del Instituto Ambrosio Gioja de esa facultad, integran la red como investigadoras responsable y asociada, respectivamente.

2. El Programa Iberoamericano de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo (CYTED), creado en 1984 mediante un Acuerdo Marco Interinstitucional suscrito por 19 países de

La red Just Side pretende realizar un análisis jurídico de los datos territoriales, ambientales y sociales a partir de una visualización geoespacializada a fin de obtener información sobre injusticias socioambientales que pueda servir como base científica para la adopción o corrección de políticas públicas. La red Just Side pretende crear una metodología de desarrollo y utilización de una herramienta basada en una infraestructura de datos en soporte digital que ayude a apoyar las decisiones, para promover y fortalecer las políticas públicas, para hacer frente a los desafíos sociales, ambientales, económicos, jurídicos y democráticos.

Tanto los resultados de la investigación como la herramienta a utilizar para realizarla estarán luego disponibles para los gobiernos de los países iberoamericanos.

Se espera así contribuir, en el plan académico, con la consolidación del área específica del geoderecho, y, por otro lado, en el plano político y social para la mejoría de la eficacia y justicia de las políticas públicas con incidencia territorial.³

El proyecto que ha comenzado sobre fines de 2017 va a estudiar 16 casos específicos en diferentes territorios en los que, sea por la propia idiosincrasia social o por resultados de políticas públicas incorrectas o

América Latina más España y Portugal, es un programa internacional de cooperación científica y tecnológica, multilateral, de ámbito iberoamericano con carácter horizontal, orientado al desarrollo y que cubre todas las fases de la I+D+I bajo una misma coordinación, desde la cooperación en investigación básica y aplicada hasta la cooperación en desarrollo e innovación. Su objetivo principal es contribuir al desarrollo armónico y sostenible de la Región Iberoamericana mediante el establecimiento de mecanismos de cooperación entre grupos de investigación de las universidades, centros de I+D y empresas innovadoras de los países iberoamericanos, que pretenden la consecución de resultados científicos y tecnológicos transferibles a los sistemas productivos y a las políticas sociales. Desde 1995, el Programa CYTED se encuentra formalmente incluido entre los Programas de Cooperación dependientes de las Cumbres Iberoamericanas de Jefes de Estado de la Comunidad Iberoamericana de Naciones.

3. El geoportal Just Side soportará la infraestructura abierta y regional de datos espaciales apta para una aplicación de ciencia abierta en la nube. La cartografía avanzada que resulta de la superposición de múltiples capas (*layers*) de información geográfica, ambiental y social, así como los principios, recomendaciones y buenas prácticas de integración de la justicia socioambiental en las políticas públicas de los países integrantes de la Red quedarán disponibles en el sitio Just Side.

demoradas, se identifican situaciones disvaliosas o dañosas, tanto desde el punto de vista económico como ambiental, para la población involucrada.⁴

II. Objetivo general y objetivos específicos de la propuesta

La propuesta de Red Temática Just Side plantea como objetivo general el de incentivar el intercambio de conocimientos y la cooperación entre diferentes grupos de I+D (Investigación y Desarrollo) para el desarrollo abierto local de infraestructuras de software para promover la justicia en el territorio y la sostenibilidad de las políticas públicas para que las regiones y los Estados puedan cumplir con los objetivos de desarrollo sostenible asumidos en la Agenda 2030 de la ONU.⁵

También se colabora para la planificación de acciones que señalan las directrices de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas para centrarse en el papel crucial de las infraestructuras de datos digitales en sus objetivos de desarrollo sostenible (en particular en los objetivos 5, 12, 16 y 17). Además, reconoce la necesidad de crear la capacidad institucional para la construcción de bases de datos y el suministro de información de calidad, accesible, oportuna, fiable, detallada y georreferenciada (párrafos 48 y 57 de la Agenda).

Como un objetivo específico se pretende potenciar sinergias y la coordinación de las líneas de I+D de los miembros de la Red que inicialmente forman parte y los que luego vayan sumándose para ampliarla. El desafío es desarrollar una infraestructura abierta y regional de datos espaciales apta para una aplicación de ciencia abierta en la nube.

La ciencia que será desarrollada es el geoderecho, entendiéndolo como un análisis jurídico de los datos territoriales, ambientales y sociales en forma de visualización y presentación geoespacializada a fin de obtener información jurídicamente relevante que pueda servir como base científica para la adopción de políticas públicas.

Como otro objetivo específico, la red tiene como misión la interconexión entre las nuevas tecnologías para crear infraestructuras de datos

4. Ver punto VI, Los casos argentinos.

5. <http://www.ar.undp.org/content/argentina/es/home/post-2015/sdg-overview.html>.

digitales y el derecho, para crear herramientas de apoyo a la decisión y participación. Se estima que la red va a crear el potencial para el uso de los sistemas de datos para la promoción de la justicia territorial, el uso eficiente de los recursos naturales, la protección del ambiente, el uso sostenible del suelo, la redistribución equitativa de los ingresos, entre otros.

Se otorga especial importancia a la presencia en la red de socios en diferentes áreas científicas, como el derecho, la geografía, las tecnologías de información, las políticas públicas, la ciencia política, la administración pública, y en diferentes contextos geopolíticos.

El objetivo que mayores desafíos propone es la colaboración en el refuerzo de la base científica de las decisiones que puedan coadyuvar para planificar políticas públicas más sólidas cuyos resultados se cristalicen en el fortalecimiento de la ciudadanía y de la conciencia ambiental. Con el soporte de datos científicos se otorga mayor legitimidad a las políticas, mejorando la aceptabilidad y legitimación de las decisiones, se previenen conflictos y se profundiza, sin duda alguna, la sostenibilidad.

III. Metodología propuesta

La red Just Side utiliza herramientas de Geomática asociadas al Derecho para desarrollar el área científica del geoderecho.

Se utilizará la producción de mapas con múltiples capas como forma de visualización avanzada que contribuye a la comprensión de fenómenos sociales complejos, identificando condiciones de vivienda, acceso a agua potable, condiciones básicas de salubridad y condiciones sociales en general como acceso a medios de transporte, a hospitales, a educación, a trabajo, entre otras. Lo que representa la utilización del mapeo como cartografía en sentido estricto a partir de la geoespacialización de fenómenos económicos, sociales y ambientales, aparentemente no relacionados entre sí pero que, cuando se los visualiza en conjunto, permiten contribuir a la identificación de causas y efectos de factores de peligro y vulnerabilidad agravantes del riesgo.⁶

6. <https://ejscreen.epa.gov/mapper>

1) En el aspecto jurídico

Se encarará el estudio de derecho comparado para la construcción de un sistema estructurado de criterios de análisis jurídico de datos territoriales, ambientales y sociales relevantes, a través del relevamiento de:

- Fuentes de derecho internacional como la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969), la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (2000), o el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), criterios de vulnerabilidad en lo que toca a la salud, a la vivienda, a la alimentación y a otras condiciones necesarias para una vida digna.
- Ordenamientos jurídicos de los ocho Estados participantes en la Red Just Side, ejemplos de leyes que dispongan de criterios de vulnerabilidad humana, ambiental o patrimonial. Se tendrán en cuenta leyes de protección civil, leyes de conservación de la naturaleza, leyes de patrimonio cultural, etc., que definen instrumentos de protección para defender a individuos, poblaciones, elementos de la naturaleza, o manifestaciones culturales materiales e inmateriales.
- Legislación sobre políticas públicas (de educación, de salud, de transportes, de abastecimiento de agua, etc.) para mirar las prioridades políticas y también la legislación sobre actividades con impacto sobre poblaciones vulnerables.

2) En relación con la gobernanza

A partir de datos disponibles para casos en estudio y de nuevas aportaciones de los grupos participantes en la Red Just Side, se identificarán:

- Los principales riesgos ambientales⁷;
- Los principales conflictos ambientales⁸;
- Las principales susceptibilidades ambientales y vulnerabilidades sociales.
- Las medidas adoptadas por las autoridades públicas de los Estados parti-

7. <http://www.emdat.be/>

8. <https://ejatlas.org/>

cipantes para mitigar los riesgos, pacificar los conflictos y reducir las vulnerabilidades.

- Principios y recomendaciones para políticas públicas más justas.

3) Metodología de reproducción y difusión

Se planifican:

- Actividades de formación avanzada en contexto académico (tesis de maestría, de doctorado y de posdoctorado que apliquen las metodologías desarrolladas).
- Oferta de becas semestrales a estudiantes de primer o segundo ciclo que se propongan hacer el mejor trabajo de pesquisa con las herramientas de Just Side en las universidades participantes.
- Premio anual Just Side para el mejor trabajo académico sobre geoderecho.
- Actividades de formación para audiencias estratégicamente escogidas, como decisores políticos, líderes de opinión, periodistas, miembros de organizaciones no gubernamentales, jueces, fiscales y otros actores judiciales.
- Actividades de formación a distancia orientadas hacia audiencias más vastas compuestas por actores territoriales públicos y privados, académicos y pesquisadores, activistas ambientales y de derechos humanos, ciudadanos interesados en general.
- Realización de amplias conferencias anuales abiertas sobre diferentes temas desarrollados en la Red Just Side.
- Publicación de artículos científicos en periódicos científicos de áreas de especialidad próximas del geoderecho, y también libros y capítulos de libros sobre el tema, por los participantes en la Red.
- Utilización del directorio de contactos hecho por cada participante para garantizar una amplia divulgación de los entregables del proyecto (los mapas de integración disponibles en el portal Just Side en internet, los casos de estudio, las guías genéricas y guías particulares, los principios y recomendaciones de buenas prácticas).

IV. Actividades planificadas

Se han planificado tareas y actividades en distintas áreas científicas a realizarse durante el período total de duración de la propuesta.

Año 1. Actividades a realizar

1. Tareas de cooperación:

- Realizar reuniones remotas y reunión general presencial de todo el equipo de trabajo a fin de establecer el calendario de actividades que serán realizadas por los miembros.
- Analizar todas las líneas de investigación en la que actúa el socio, los datos estadísticos que se trabajan y los que interesan a la Red.
- Crear un punto de contacto permanente en la UC, para mantener en estrecho contacto a todos los socios y controlar la realización de los compromisos, las metas y el calendario establecido.
- Preparar los documentos ambientales, sociales y geográficos que pueden ser analizados por todos los socios con el fin de catalogar: a) Leyes de vulnerabilidad social ambiental y patrimonial en cada país; b) políticas públicas para combatir los riesgos, solucionar los conflictos y mitigar las vulnerabilidades; identificar la cartografía existente.
- Promover talleres virtuales para discutir los criterios legales para el análisis de selección de casos y otros, analizar posibilidades y estructurar propuestas para la financiación de proyectos.
- Crear un website de la red que incentive el intercambio de conocimientos y la cooperación.
- Crear un directorio de contactos con los principales agentes e instituciones e usuarios de su región, con el fin de difundir los resultados alcanzados para lograr el necesario vínculo entre la ciencia y la gestión. Los usuarios directos son las autoridades nacionales que desarrollen políticas públicas con efectos territoriales y ambientales. Los usuarios finales son las asociaciones cívicas y ambientales, empresas, academia, los ciudadanos y demás actores sociales con interés en cuestiones de justicia territorial.

2. Tareas de producción científica:

- Adquisición de datos estadísticos y/o geoespaciales para análisis de susceptibilidad ambiental, vulnerabilidad social y patrimonial; a) Catalogación de leyes de vulnerabilidad social, ambiental y patrimonial; b) Catalogación de políticas públicas de combate a los riesgos, pacificación de los conflictos y mitigación de las vulnerabilidades.
- Desarrollo de criterios jurídicos de análisis.
- Inventario y relevamiento de cartografía existente.

- Becas semestrales y premio Just Side.
- 3. Upload de la versión Alfa del geoportal Just Side para potenciar la discusión entre los socios de la red y diagnosticar las dificultades potenciales.
- 4. Primera Conferencia internacional de lanzamiento de la Red Just Side, sobre software SIG libre y/o de código abierto. Realización de Congreso Internacional.

Año 2. Actividades a realizar

Informe sobre la situación de los resultados del Año 1 y el cronograma y programa conjunto de actividades para el Año 2.

1. Elaboración de casos de estudio de conflictos ambientales. Un caso por Estado participante después del primer año ($8 \times 3 = 24$).
Ejemplos de casos de estudio: minería, producción de energías renovables, producción de energía convencional, construcción o demolición de edificios urbanos, proyectos industriales, catástrofes ambientales y tecnológicas, construcción de vías de comunicación, proyectos deportivos y de ocio, instalaciones militares, etc.
2. Producción de mapas de integración sectorial. Dos sectores diferentes por estado ($8 \times 2 = 16$).
Ejemplos:
Sectores: el turismo, la agricultura, la ganadería, la pesca, la silvicultura, la movilidad, la vivienda, la salud, la urbanización, la educación, etc.
Datos sociales: saneamiento básico, servicios públicos, ingreso per cápita, asociaciones ambientales y movimientos sociales, delincuencia, desempleo, población migrante, transporte público, beneficios sociales, vivienda social, educación básica, seguro de accidentes personales, ahorros, segunda vivienda, vehículo propio, distribución de tareas por género, comunidades tradicionales, indígenas o nómadas, etc.
Datos ambientales: riesgo de inundaciones, riesgo de incendios, zonas verdes, huella ecológica, calidad del agua, calidad del aire, suelo contaminado, niveles de ruido, proximidad de usos indeseables del suelo o LULOs, riesgo de accidentes de trabajo, riesgo de accidentes de tráfico, riesgo de ataques de animales, etc.

3. Tareas de cooperación: reuniones parciales y dos reuniones generales remotas y una reunión general presencial de todo el equipo de trabajo.
4. Segunda conferencia internacional Just Side, sobre datos abiertos y software libre y/o de código abierto.
5. Becas semestrales y premio Just Side.
 - Oferta de becas semestrales a estudiantes de primer o segundo ciclo que se propongan hacer el mejor trabajo de pesquisa con las herramientas de Just Side en las universidades participantes.
 - Premio anual Just Side para el mejor trabajo académico sobre geoderecho.
6. Upload de la versión Beta del geoportal Just Side.
7. Presentación de video en la competición Data Stories Contest.⁹

Año 3. Actividades a realizar

1. Producción de directrices de metodología:
 - Guías generales aplicables a todos los Estados incluyendo: lista de condiciones de uso; lista comentada de áreas de aplicación potenciales; lista de pasos, métodos y procedimientos; lista de principios de producción geojurídica.
 - Guías particulares aplicables a aspectos relevantes específicos de cada Estado o de áreas naturales. Por ejemplo: análisis geojurídico en territorios de las comunidades tradicionales, en áreas escasamente pobladas, en megapolis, en periferias urbanas, en regiones industriales en decadencia, en poblaciones insulares o de montaña, en regiones costeras densamente pobladas, en zonas de desastre o con actividad guerrillera y de tráfico de mercancías prohibidas, en sitios de concentración de migrantes irregulares, etc.
2. Cursos de enseñanza a distancia en línea en lengua española y portuguesa.
3. Tareas de cooperación: reuniones parciales, dos reuniones generales remotas y una reunión general presencial de todo el equipo de trabajo.
4. Preparación de acciones de formación (cursos, conferencias, talleres) destinadas a diferentes públicos para utilización y desarrollo de las herramientas de Websig producidas que serán realizados en el Año 4.

9. <http://www.sciencemag.org/projects/data-stories/official-rules-data-stories-contest>

5. Configuración, estabilización y upload de la versión Omega del geoportal Just Side.
6. Tercera Conferencia internacional Just Side: justicia ambiental, social y territorial.
7. Becas semestrales y premio Just Side.
8. Presentación de video en la competición Data Stories Contest.

Año 4. Actividades a realizar

1. Elaboración de los principios fundamentales del geoderecho: principios de integración de producción geojurídica en las políticas sectoriales del ambiente y del ordenamiento del territorio.
2. Desarrollo de acciones de formación (cursos, conferencias, talleres) destinadas a gobiernos nacionales, regionales y locales, grupos de investigación académicos, entidades empresariales, organizaciones no gubernamentales para utilización y desarrollo de las herramientas de Websig producidas.
3. Tareas de cooperación: reuniones parciales, generales remotas y una general presencial de todo el equipo de trabajo.
4. Geoportal Just Side. Upload de casos de estudio y materiales producidos.
5. Cuarta Conferencia internacional Red Just Side, sobre geojusticia.
6. Presentación de video en la competición Data Stories Contest.
7. Becas semestrales y premio Just Side.

V. Resultados esperados

La red aportará conocimientos en georreferenciación y en disciplinas involucradas de manera transversal e integrada, Derecho, Economía, Gobernanza y Políticas Públicas e identificará exploratoriamente la información disponible, las técnicas de interconexión, tratamiento de la información y análisis jurídico.

Los estudios de caso permitirán probar la precisión, alcance, eficiencia y eficacia de las técnicas de geoderecho utilizadas para identificar patrones geoespaciales que legitimen análisis e interpretaciones de injusticias ambientales y exclusión territorial generando orientaciones generales para las políticas públicas.

Los talleres y congresos interdisciplinarios e internacionales que se organizarán ayudarán a la difusión de datos y resultados, las conferencias

y cursos a distancia permitirán compartir conocimientos, experiencias, difusión de técnicas y fundamentalmente aportarán oportunidades de utilización.

Se presentará un conjunto de “Principios de integración de técnicas de geoderecho en las políticas de ordenamiento territorial y de ambiente y demás políticas sectoriales”, una guía metodológica de condiciones de utilización, áreas potenciales de aplicación, etapas principales, métodos, procedimientos y procedimientos principios de espacialización de datos y comunicación de información.

Considerando que los resultados y la producción científica serán integralmente abiertos, todas las herramientas (jurídicas, de gobernanza, geográficas, informáticas, metodológicas) podrán ser aprovechadas por el sector productivo de acuerdo a sus intereses o misiones.

A su vez, se prevén beneficios con la implementación de la propuesta en la Región Iberoamericana, a través del desarrollo de nuevas herramientas para el monitoreo, la prospectiva y la construcción de escenarios de la justicia tanto presente como futura y a nivel territorial, social y ambiental, que, entre otras cosas permitan:

- La mejora de las condiciones ambientales y de transformación del territorio.
- La mejora del bienestar y calidad de vida de la población.
- La promoción de la integración y la cohesión territorial (en los niveles nacional y supranacional).
- El aumento de la eficiencia y eficacia de las políticas públicas con impacto territorial y ambiental.
- Promoción de la justicia territorial y prevención de injusticias ambientales y sociales (exclusión, discriminación).
- Aumento de la resiliencia colectiva ante el riesgo.

Por otra parte, y en cuanto a los beneficios y repercusión prevista para los países y organizaciones participantes de la red, se desarrollarán y se consolidarán interacciones científicas estables y continuadas, dando lugar a la producción de conocimiento.

Cuando la capacidad de producción y análisis geojurídico esté instalada, la continuidad de la producción y reproducción del conocimiento (producción científica de artículos, libros, tesis y formación en geoderecho) esta-

r  asociada al funcionamiento normal de las instituciones participantes en la Red Just Side.

VI. Los casos que se estudiarán en Argentina

Se han identificado dos casos a estudiar de manera multi e interdisciplinaria, con utilización de datos existentes y previendo la producción de nuevos datos georreferenciados y analizados desde la óptica del geoderecho.

La cuenca Matanza-Riachuelo es una de las cuencas más contaminadas del mundo; alcanza niveles críticos en los cursos medio y bajo del río y tiene consecuencias directas sobre la salud y calidad de vida de los 5 millones de personas que habitan la zona. Podemos considerarlo un ícono nacional de la contaminación y fundamentalmente de injusticia ambiental.

Se han elaborado planes. Se han solicitado fondos internacionales. Se han creado organismos. Incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tomado activa participación e intervención en el tema. Pero seguimos sin solucionar el problema. Hay que pasar del discurso a la acción.

Hay sentencia. Hay actividades claramente identificadas y asignadas. Hay metas y plazos para cumplir.

Desde su primera sentencia en 2006¹⁰ y hasta la última audiencia pública de abril de 2018, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha puesto el acento en la relocalización de familias afectadas. Está demostrado que la población que se fue asentando a orillas del Riachuelo hace tiempo sufre graves problemas de salud que podrán agravarse aún más si no es reubicada. También es necesario el seguimiento de las personas que sufren alguna enfermedad vinculada con la contaminación.

Algunos datos que surgen de la audiencia de abril de 2018, según Norma Cadoppi:¹¹

En el mundo hay más personas con teléfonos móviles que con inodoros, solo dos de cada diez países destinan fondos suficientes para garantizar el acceso de sus poblaciones al agua potable y a servicios de cloacas, y, sin

10. Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo. 20/6/2006. M. 1569. XL. Originario.

11. Norma Cadoppi, presidente del Foro Estratégico para el Desarrollo Nacional.

embargo, se estima que por cada dólar que invierte un gobierno en manejo del agua y el saneamiento ambiental, se ahorran cuatro dólares en gastos de salud y aumento de la productividad.¹²

También se planea estudiar la situación de las comunidades originarias en su relación con los bosques nativos que habitan y la efectividad de la ley de presupuestos mínimos 26.331¹³ de Protección de Bosques Nativos. Téngase presente que tanto la Constitución Nacional como la Ley de Bosques Nativos señalan la necesidad de respetar la cultura ancestral de las comunidades originarias, y en lo que se analizará, fundamentalmente a través de la promoción de la conservación, restauración y uso responsable de los servicios y productos de los bosques nativos, apuntando a los servicios ambientales que brindan teniendo como premisa que la mejor manera de cuidar los bosques es fortaleciendo a las comunidades que los habitan.

VII. Conclusión

La Red Just Side se constituye en una herramienta para identificar injusticias sociales en Iberoamérica. Un grupo de expertos de países que integran la red (Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, España, México, Portugal, Uruguay) ha encarado la tarea de desarrollar un programa de dos años basado en el geoderecho.

El objetivo de la propuesta es realizar un análisis jurídico de los datos territoriales, ambientales y sociales a partir de una visualización geoespacializada a fin de obtener información sobre injusticias socio-ambientales que pueda servir como base científica para la adopción o corrección de políticas públicas.

Se creará una metodología de desarrollo y utilización de una herramienta basada en una infraestructura de datos en soporte digital que ayude a apoyar las decisiones, para promover y fortalecer las políticas públicas, para hacer frente a los desafíos sociales, ambientales, económicos, jurídicos y democráticos.

12. Diario *Clarín* del 4/5/18, por Norma Cadoppi.

13. Ley 26.331. B.O. 26/12/2007. Presupuestos Mínimos para la Protección Ambiental de los Bosques Nativos. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/ane-xos/135000-139999/136125/norma.htm>.

Se espera así contribuir al desarrollo y la consolidación del área específica del geoderecho.

Bibliografía

- Aragón, Alexandra, en <https://www.youtube.com/watch?v=4gcIdN3Cduk&feature=youtu.be>.
- Barreira, Ana, *La cartografía como herramienta para la defensa jurídica del medio ambiente*. Para IIDMA: <http://iidma.org/wp-content/uploads/2018/04/NP-IIDMA-Cartograf%C3%ADa-y-cambio-clim%C3%A1tico.pdf>.
- <http://www.cytod.org/es/just-side>.
- Peralta, Carlos E., Alvarenga, Luciano J., Augustin, Sérgio, *Direito e justiça ambiental: diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica*, Caxias do Sul, RS, Educus, 2014.
- Nonna, Silvia, y otros, *Ambiente y Residuos Peligrosos*, Buenos Aires, Editorial Estudio, 2011.

La lucha contra el terrorismo en el Estado de Derecho: dilemas legales, morales y estratégicos

*Emiliano Senes**

Resumen

En este trabajo se analizarán los dilemas legales, morales y estratégicos que presentan el terrorismo internacional y las acciones contraterroristas a las sociedades que viven bajo los principios del Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos. En la primera parte haremos una breve referencia al surgimiento del terrorismo internacional moderno y adoptaremos una definición del concepto. En la segunda parte discutiremos si el terrorismo resulta o no un método efectivo para alcanzar los objetivos declarados por quienes lo utilizan. En la tercera parte debatiremos cómo lidiar con esta amenaza, abordando la cuestión desde tres enfoques: i) ¿debemos negociar con los terroristas?; ii) ¿los ataques terroristas deben ser considerados delitos penales o actos de guerra?; y iii) ¿qué interés debe primar en la acción antiterrorista: la seguridad pública o las libertades individuales? Finalmente, concluiremos el estudio estableciendo cuáles principios básicos habrán de regir la lucha contra el terrorismo.

Palabras clave: terrorismo internacional, Estado de Derecho, Derechos Humanos, contraterrorismo.

* Abogado con orientación en Derecho Internacional Público y Maestrando en Relaciones Internacionales (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires); auxiliar docente de Elementos de Derecho Internacional Público (Facultad de Derecho, UBA). Investigador graduado (en formación) en Proyectos UBACyT y DECyT; easenes@gmail.com.

The Struggle Against Terrorism Under the Rule of Law: Legal, Moral and Strategic Dilemmas

Abstract

This paper analyzes the legal, moral and strategic dilemmas posed by international terrorism and counter-terrorist actions to societies that live under the principles of the Rule of Law, democracy and human rights. In the first part we will briefly refer to the rise of modern international terrorism and adopt a definition of the concept. In the second part we will discuss whether or not terrorism is an effective method to achieve the declared objectives of those who use it. In the third part, we will discuss how to deal with this threat, addressing the issue from three approaches: i) should we negotiate with terrorists?; ii) should terrorist attacks be considered criminal offenses or acts of war?; and iii) what interest should prevail in counter-terrorist action: public security or civil liberties? Finally, we will conclude the study by establishing what basic principles should govern the fight against terrorism.

Keywords: International Terrorism, Rule of Law, Human Rights, Counter-terrorism.

I. Introducción

El terrorismo es una de las formas más siniestras de ejercer violencia. Como veremos, tiene como principal objetivo esparcir el pánico a través del asesinato de personas inocentes con ataques de difícil previsión en escenarios cotidianos, los que no solo provocan masacres indiscriminadas sino que a la vez generan una verdadera alteración en la sociedad atacada, la cual puede ceder ante el miedo en detrimento de la razón: reducción de libertades, detenciones administrativas, torturas, castigos colectivos y/o endurecimiento del Derecho Penal han sido en muchos casos las respuestas a este fenómeno. Es claro que estas respuestas son directamente contrarias a ciertos presupuestos fundamentales de los Estados democráticos sometidos al imperio de la ley y comprometidos con el respeto de los derechos huma-

nos. Entonces, ¿hasta qué punto es posible contrarrestar el terrorismo de manera eficaz sin convertirse en aquello que se está combatiendo?

En este trabajo se presentarán algunas de las discusiones fundamentales relacionadas con las facetas legal, estratégica y moral del terrorismo y el contraterrorismo. El análisis se apoyará en las ideas de doctrinarios del derecho, la filosofía y la ciencia política que sostienen teorías y argumentos divergentes acerca de cómo deben ser interpretadas y aplicadas las reglas que conforman los presupuestos del Estado de Derecho a la hora de enfrentar las amenazas del terrorismo, en el entendimiento de que esta contraposición de enfoques nos permitirá acercarnos lo más posible a hallar el balance entre la efectividad, la moralidad y la legalidad de las acciones antiterroristas.

Consideramos además que estas discusiones resultan esenciales tanto para los juristas como para los estudiosos de la ciencia política y las relaciones internacionales, bajo la premisa de que aquellos que quieran dedicarse a elaborar una legislación antiterrorista que brinde resultados óptimos deberán conocer a fondo los problemas legales, estratégicos y morales que rodean la cuestión.

En virtud de lo dicho, en primer lugar, se tratará de delimitar el objeto de estudio. Si bien no se ha logrado una definición unánime del concepto de terrorismo, sí es posible identificar ciertas características del fenómeno que lo distinguen de otras formas de violencia. En segundo lugar, discutiremos si el terrorismo resulta o no una forma efectiva de lucha, esto es, cuáles son las ventajas y desventajas de esta estrategia y por qué cada vez más grupos armados alrededor del mundo recurren a ella para alcanzar sus objetivos. En tercer lugar, debatiremos cómo lidiar con el terrorismo; para ello, expondremos tres distintos enfoques desde los cuales puede encararse la lucha contra el terrorismo internacional y sus posibles consecuencias: i) ¿Debemos negarnos a ceder a las demandas terroristas? ¿Qué implica negociar con ellos?; ii) ¿Debemos considerar que estamos en guerra con los terroristas? ¿O su persecución debe ser una cuestión sometida a las reglas del Derecho Penal?; iii) ¿Cómo podría un gobierno luchar contra el terrorismo en una sociedad democrática que desea continuar viviendo bajo el imperio de la ley? ¿Debemos priorizar la seguridad pública o las libertades individuales? Finalmente, dedicaremos unas palabras a precisar cuáles deben ser los principios que rijan las acciones antiterroristas.

II. Delimitación del concepto de terrorismo

El 22 de julio de 1968, miembros del Frente Para la Liberación de Palestina (FPLP) tomaron por la fuerza el control de un vuelo israelí con destino a Tel-Aviv manteniendo a sus pasajeros como rehenes, iniciando así una campaña de secuestro de aeronaves con el fin de obtener el interés de la opinión pública en los reclamos del pueblo palestino. Dershowitz identificó en este episodio el inicio de la era del terrorismo internacional, en tanto constituyó el primer secuestro de una aeronave “diseñado para aterrorizar a una nación [con el fin de] cambiar su política y forzar la atención del mundo en una causa”.¹

Posteriormente, el 23 de octubre de 1983, el grupo radical Hezbolá llevó a cabo dos atentados simultáneos contra bases militares estadounidenses y francesas apostadas en Líbano. El saldo de más de trescientos muertos que dejaron estos ataques, sumados a otros tantos sufridos por el ejército israelí durante la ocupación de ese país, provocó la retirada de las fuerzas armadas del territorio por parte de sus respectivos gobiernos. Según se ha sostenido, esta retirada influyó directamente en la expansión del terrorismo a nivel global: “[e]stos logros convencieron a los tigres tamiles, a los grupos terroristas palestinos y a Al Qaeda de que el terrorismo suicida podía ser un instrumento eficaz para alcanzar sus objetivos. La organización del mundo actual se debe en parte a las decisiones que tomaron [los gobiernos de Estados Unidos, Francia e Israel] hace veinte años”.²

Ahora bien, aunque existen elementos comunes que pueden brindar una idea general de a qué nos referimos cuando hablamos de terrorismo, no se ha llegado a establecer una definición universalmente aceptada del término, lo que se debe particularmente al uso ideologizado que ha adquirido. Como señala Dershowitz, “[c]asi todas las naciones han hecho uso del terrorismo. Casi todas las causas han apoyado o se han beneficiado de alguna forma de terrorismo. Muchos individuos tienen grupos terroristas a los cuales ‘aprueban’, ‘se niegan a condenar’, ‘entienden’, o a los cuales

1. A. Dershowitz, *Why Terrorism Works. Understanding the threat, responding to the challenge*, New Haven-London, Yale University Press, 2002, p. 36.

2. R. Pape, *Morir para ganar. Las estrategias del terrorismo suicida*, Barcelona, Paidós, 2006, p. 94.

aplican un estándar más permisivo del que usan para [juzgar] a otros grupos terroristas”.³ En este mismo sentido se expresa Gasser, para quien “[l]a gran mayoría de la gente considera que los actos terroristas son crímenes, aunque, en circunstancias determinadas, algunas personas pueden intentar justificar esos actos con el argumento de que sirven para lograr un objetivo que, en su opinión, es más importante que la prohibición de la violencia indiscriminada contra las personas civiles”.⁴

Es por ello que definir al terrorismo se torna una tarea difícil: un grupo puede ser considerado terrorista por sus víctimas, mientras que sus partidarios entenderán que su accionar resulta legítimo.⁵ Para superar este obstáculo, debemos recurrir a un análisis que se aparte de consideraciones subjetivas y establezca criterios imparciales sobre los cuales basar una posible definición.

En este sentido, Walzer remarca la importancia de relegar el objetivo del acto terrorista a un segundo plano, ya que lo importante no sería el *fin* (es decir, la causa que el ejecutor defiende o promueve) sino el *medio* que se utiliza para alcanzarlo. Este autor clarifica esta cuestión recurriendo a una analogía: las mafias o bandas del crimen organizado poseen objetivos similares a los de muchas personas honestas, es decir, ganar dinero. Lo que hace que los primeros sean criminales no es entonces el fin al que aspiran sino las acciones que llevan a cabo para obtenerlo. Así, quienes intentan justificar al terrorismo confunden medios con fines: “los hombres y las mujeres que ponen bombas en las zonas residenciales urbanas, o que organizan masacres, o que hacen ‘desaparecer’ a las personas, o que se hacen saltar por los aires en cafés atestados, pueden considerarse militantes políticos o religiosos, o empleados públicos y funcionarios, pero con razón los llamamos terroristas”.⁶

3. A. Dershowitz, *Why Terrorism Works...*, op. cit., p. 7.

4. H. P. Gasser, “Actos de terror, ‘terrorismo’ y derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2002, N°847, disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5ted8g.htm>, consultado el: 12/09/17.

5. Esto se expresa en la idea de que lo que algunos llaman “terrorista” otros lo denominan “combatiente por la libertad” (“one man’s terrorist is another man’s freedom fighter”, en S. Nathanson, *Terrorism and the Ethics of War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 15).

6. M. Walzer, *Terrorismo y guerra justa*, Buenos Aires, Katz, 2008, p. 22.

En un camino similar avanza Nathanson, destacando que resulta desafortunado identificar a los terroristas apuntando al *quién* en vez de al *qué*. En efecto, un “grupo terrorista” está compuesto de individuos que llevan a cabo diferentes acciones, muchas de las cuales no tienen relación alguna con el terror o incluso la violencia. Por ello, debemos correr el foco de los individuos o grupos y observar la naturaleza de los actos que se ejecutan: lo que convierte a las personas en “terroristas” no es lo que *son*, sino lo que *hacen*.⁷

Es interesante notar que esta concepción permite también superar la discusión acerca de si los Estados pueden cometer actos terroristas. Por ejemplo, la definición de Pape señala que el terrorismo es el uso de violencia “por parte de una organización distinta de un gobierno nacional”;⁸ pero, en efecto, si la cuestión de quién ejecuta la acción pasa a ser irrelevante a los fines de establecer si un acto es o no terrorista, no habría obstáculos para considerar que también los Estados pueden llevarlos a cabo.⁹

Con lo dicho, se torna necesario entonces identificar algunos elementos que nos permitan establecer qué es lo que los terroristas hacen que los diferencia de aquellos que recurren a otras formas de violencia.

En este marco, Walzer señala que “[e]l terrorismo es el asesinato aleatorio de personas inocentes impulsado por la esperanza de producir un temor generalizado”.¹⁰ El autor introduce así dos conceptos fundamentales:

7. S. Nathanson, *Terrorism and the Ethics...*, *op. cit.*, pp. 13-14.

8. R. Pape, *Morir para ganar...*, *op. cit.*, p. 22.

9. Para un análisis en profundidad sobre esta discusión ver S. Nathanson, *Terrorism and the Ethics...*, *op. cit.*, p. 59 y ss. No obstante, en este trabajo el foco no estará puesto en el terrorismo de Estado sino en el ejercido por grupos no estatales, ya que las diferencias sustanciales entre ambos tipos de terrorismo requieren diferentes análisis.

10. M. Walzer, *Terrorismo...*, *op. cit.*, p. 9. Debe mencionarse que el desarrollo de Walzer se realiza en el contexto de los conflictos armados y teniendo como marco la teoría de la guerra justa. Esta teoría apunta a esclarecer los fundamentos éticos de la guerra, estableciendo cuándo está permitido recurrir a ella y cuándo no lo está. A estos fines, desarrolla los conceptos de *ius ad bellum* (“el derecho a la guerra”) y de *ius in bello* (“el derecho en la guerra”) o, dicho de otro modo, cuáles son los motivos por los cuales es éticamente aceptable iniciar un conflicto bélico y qué medios y métodos se encuentran permitidos en el combate, respectivamente. Esta separación conceptual no es casual y resulta importante por lo siguiente: aunque el inicio de una guerra esté justificado, esto no implicará que no existan límites en cuanto al empleo de medios o estrategias de combate, pues estos serán evaluados bajo parámetros distintos de aquellos que dieron justificación

el de la *aleatoriedad* y el de la *inocencia*. Con respecto a la primera, debe hacerse una aclaración: los ataques de los terroristas suelen apuntar contra un colectivo definido (nacional, étnico, religioso, etc.), aunque cualquier individuo perteneciente a él puede ser víctima, e incluso cualquier persona que se encuentre cerca del ataque es también un blanco buscado, en tanto “[l]os terroristas sostienen que no hay nada parecido a los daños ‘colaterales’ [...] Para ellos, todos los daños son primarios, y quieren hacer tanto daño como les sea posible: a más muertes, mayor miedo”.¹¹ Así, “aleatorio” debe entenderse en el sentido de “indiscriminado”, pero teniendo en cuenta que las potenciales víctimas suelen ser seleccionadas por los terroristas en virtud de características identitarias específicas.

Sobre el segundo concepto, se presenta una complejidad al momento de querer establecer con certeza a qué nos referimos con “personas inocentes”. Una primera aproximación podría llevarnos a pensar que con “inocentes” nos referimos a los ciudadanos comunes y corrientes que nada tienen que ver con el conflicto en cuyo marco los terroristas ejecutan sus ataques. Sin embargo, podría alegarse que, si bien estos ciudadanos no combaten de forma directa, pagan impuestos con los que se sostiene económicamente la guerra, votan gobiernos que deciden la continuación de las hostilidades o pueden formar grupos de presión que apoyen política o moralmente a los ejércitos. ¿Por qué, entonces, no podrían ser calificados como blancos legítimos por los terroristas? ¿Y qué pasa con aquellos que, aun siendo miembros del ejército, no participan de las hostilidades (por ejemplo, cocineros, oficinistas, etc.)? ¿No serían estos últimos más inocentes que aquellos ciudadanos que no son parte de las fuerzas armadas pero que colaboran de alguna manera más concreta con el esfuerzo bélico (por ejemplo, con donaciones o apoyo logístico)?

Al respecto, Nathanson sostiene que debemos hacer una diferencia entre una concepción moral de la inocencia y otra concepción basada en el

al inicio de las hostilidades, lo que repercute en una mayor protección de las personas involucradas en el conflicto. Adicionalmente, uno de los principios fundamentales de esta teoría es aquel que diferencia entre los civiles y los combatientes, siendo exclusivamente estos últimos los blancos legítimos de los ataques, mientras que aquellos gozan de protección. Ver en general: M. Walzer, *Just and Unjust Wars*, Nueva York, Basic Books, 4^a ed., 2006; S. Nathanson, *Terrorism and the Ethics...*, *op. cit.*, p. 18 y ss.

11. M. Walzer, *Terrorismo...*, *op. cit.*, pp. 33-34.

estatus. La primera nos impide establecer quién es inocente porque no nos permite superar las interrogantes planteadas. En cambio, una concepción basada en el estatus apunta a los distintos roles que pueden ocupar las personas, siendo estos roles los de civiles o combatientes,¹² distinción que surge de la teoría de la guerra justa¹³ y es la base del Derecho Internacional Humanitario.¹⁴ Así, serán inocentes quienes posean el estatus de civiles, mientras que los combatientes serán considerados “implicados” (y no “culpables”).¹⁵ El valor práctico de esta idea radica en que soluciona la cuestión evitando la discusión de cómo determinar la inocencia en términos morales, aunque esto no significa que no tenga un sustento de tal tipo.

En efecto, Walzer señala que los civiles no solo no participan materialmente del esfuerzo bélico, sino que son un grupo heterogéneo con diversos intereses, creencias y puntos de vista. Constituyen, en definitiva, un pueblo y deben ser considerados inocentes –y por tanto inmunes– con independencia de lo que haga su gobierno o de su posición con respecto al conflicto. Asimismo, la importancia de esta inmunidad no radica solamente en que protege a los individuos como tales, sino también al colectivo al que pertenecen¹⁶. Este rol debe ser contrapuesto al de los combatientes, es decir, quienes sí participan directamente del esfuerzo bélico se encuentran organizados, entrenados y dedicados específicamente a luchar con el oponente; y es por ello que resultan blancos legítimos de los ataques.¹⁷

Por último, aunque hemos establecido que deben ignorarse los motivos específicos de los terroristas para una mejor aproximación al fenómeno, sí podemos identificar propósitos generales en los grupos que recurren a

12. S. Nathanson, *Terrorism and the Ethics...*, *op. cit.*, p. 47 y ss.

13. Ver nota al pie 10.

14. Ver por ejemplo F. Kalshoven y L. Zegveld, *Restricciones en la Conducción de la Guerra. Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 3ª ed., 2001.

15. M. Walzer, *Terrorismo...*, *op. cit.*, p. 10.

16. *Ibidem*, p. 15.

17. M. Walzer, *Terrorismo...*, *op. cit.*, p. 12 y ss. Vale aclarar que la consideración de que el terrorismo implica exclusivamente ataques contra civiles excluye de su marco a la violencia ejercida contra la categoría de los combatientes. En esta concepción, por ejemplo, el caso del atentado perpetrado en el Líbano por Hezbolá, referido más arriba, no calificaría como un acto terrorista ya que fue efectuado contra fuerzas armadas regulares.

este método. En este sentido, diversos autores coinciden en que el terrorismo persigue fines políticos.¹⁸ Estos fines pueden ser variados, aunque se han reconocido los siguientes entre los más comunes: provocar un cambio de régimen o bien de las políticas aplicadas por un gobierno, promover demandas territoriales o mantener el *statu quo*.¹⁹ Cabe aclarar que estos objetivos no son excluyentes entre sí y pueden combinarse de acuerdo con las necesidades del grupo que los persigue.

Asimismo, y en adición a la evidente finalidad de generar pánico entre la población, la doctrina especializada ha individualizado diversas estrategias de los terroristas, de las cuales haremos énfasis aquí en las siguientes: i) el desgaste, que implica la repetición y constancia en los ataques a los fines de demostrar al blanco la voluntad de mantener la lucha e infligir un temor y sufrimiento tal que logre el sometimiento a sus demandas; ii) la intimidación, que importa demostrar que el apoyo a determinado gobierno generará un castigo y que este resulta incapaz de evitarlo; iii) la publicitación de una causa, en tanto el terrorismo posee un “aspecto comunicativo”²⁰ (esto es, el mensaje que los terroristas quieren transmitir), para lo cual los terroristas poseen “audiencias” –los gobiernos cuyas decisiones quieren influenciar (y los ciudadanos a quienes gobiernan), los individuos que los apoyan y podrían eventualmente sumarse a su causa y actores internacionales–; y iv) la provocación, que conlleva la esperanza de generar respuestas excesivas de parte de los objetivos –especialmente a nivel gubernamental– de modo tal de fortalecer la causa de los terroristas a los ojos de sus partidarios o de generar apoyo en la opinión pública.²¹

18. Ver en general S. Nathanson, *Terrorism and the Ethics...*, *op. cit.*; M. Walzer, *Terrorismo...*, *op. cit.*; R. Pape, *Morir para ganar...*, *op. cit.*; H. P. Gasser, “Actos de terror...”, *op. cit.*

19. A. Kydd y B. Walter, “The Strategies of Terrorism”, en M. Brown, O. Coté Jr., S. Lynn-Jones y S. Miller (eds.), *Contending with Terrorism: Roots, Strategies, and Responses*, Cambridge, The MIT Press, 2010, p. 96 y ss.

20. Cf. S. Nathanson, *Terrorism and the Ethics...*, *op. cit.*, p. 26.

21. A. Kydd y B. Walter, “The Strategies...”, *op. cit.*, p. 102 y ss.; V. Fortna, “Do Terrorists Win? Rebels’ Use of Terrorism and Civil War Outcomes”, en *International Organization*, vol. 69, 2015, p. 525 y ss. Las otras estrategias identificadas por estos autores son: el *outbidding*, que consiste en que el grupo que recurre al terrorismo se presente como una “mejor oferta” que otros grupos insurgentes que no lo hacen, y el *spoiling*, que implica

Resumiendo el apartado, hemos intentado identificar algunos elementos que puedan ayudarnos a comprender de qué hablamos cuando nos referimos al terrorismo. Así, se estableció en primer lugar que a los fines de elaborar una noción desideologizada y objetiva del concepto debemos enfocarnos en los *actos* que se ejecutan y los *medios* que se utilizan a tal fin, excluyendo del análisis la cuestión de *quiénes* los llevan cabo y los *fines* específicos que se persiguen. En segundo lugar, encontramos que existen elementos en los cuales apoyarse para identificar actos de terrorismo: i) utiliza ataques aleatorios o indiscriminados; ii) dirigidos contra personas inocentes, entendido este término en razón del estatus de civiles, en contraposición con el de combatientes; y iii) con el propósito de producir y explotar el miedo en la población atacada. En tercer lugar, establecimos que los terroristas persiguen objetivos eminentemente políticos (cambio de régimen, cambio de políticas, demandas territoriales, mantenimiento del *statu quo*) a través del desgaste, la intimidación, la publicitación de su causa y/o la provocación.

Bajo este contexto, a continuación discutiremos si el terrorismo resulta un método efectivo para la consecución de los objetivos buscados por quienes lo utilizan.

III. ¿Es el terrorismo efectivo?

Diversos autores sostienen que el terrorismo es un método efectivo para concretar los objetivos propuestos. Pape indica que el terrorismo ha crecido en los últimos años porque los terroristas han descubierto su efectividad para someter a sus blancos y coaccionarlos para que cumplan sus requerimientos.²²

Para Kydd y Walter, el terrorismo funciona porque “proporciona frecuentemente la respuesta deseada”.²³ Su hipótesis es que este tipo de vio-

que el grupo terrorista “eche a perder” una opción negociada entre el gobierno y otro grupo de carácter moderado. En tanto estas dos estrategias aluden a una competencia entre grupos terroristas o entre estos y grupos insurgentes antes que a un conflicto con un gobierno, no serán tratadas en este análisis.

22. R. Pape, *Morir para ganar...*, *op. cit.*, p. 81 y ss.

23. A. Kydd y B. Walter, “The Strategies...”, *op. cit.*, p. 93. Estos autores señalan que

lencia es ejercida por grupos que no son lo suficientemente fuertes para enfrentar a sus enemigos “cara a cara”, por lo que su opción radica en “demostrar públicamente cuán lejos están dispuestos a llegar para obtener los resultados deseados”.²⁴ Teniendo en cuenta que los terroristas no solo emiten amenazas, sino que también las materializan, aumentan la verosimilitud de aquellas y exhiben su voluntad de llevar el conflicto hasta las últimas consecuencias: “Cuanto más altos son los costos que una organización terrorista es capaz de infligir, más creíble es la amenaza de infligir costos futuros, volviéndose más probable que el objetivo otorgue concesiones”.²⁵ Desde esta óptica, el punto de inflexión se encontraría allí donde los daños generados por los terroristas superan las ventajas que sus víctimas obtienen por resistir a sus demandas.²⁶

Otra línea argumental refiere al aspecto comunicativo del terrorismo, referido precedentemente. En efecto, la publicidad y espectacularidad de los ataques apuntan a generar temor y angustia en la sociedad, en una época en que el desarrollo de las comunicaciones y la tecnología permiten la difusión global e instantánea de la información y las imágenes. Como señala Hoffman, “las armas del terrorismo moderno no son solo los fusiles y las bombas, como siempre lo han sido, sino las minicámaras, los videocasetes, la televisión e internet”.²⁷ Asimismo, el terrorismo ha sido considerado especialmente efectivo cuando es utilizado contra Estados democráticos,²⁸ los cuales tienen entre sus mayores pilares la libertad de expresión. Todos estos factores permiten a los terroristas alterar la opinión pública de forma dramática en poco tiempo.

la mitad de las campañas terroristas llevadas a cabo entre 1980 y 2003 han logrado concesiones sustanciales de parte de los gobiernos objetivo. En el mismo sentido, ver en general R. Pape, *Morir para ganar...*, *op. cit.*

24. A. Kydd y B. Walter, “The Strategies...”, *op. cit.*, p. 94.

25. *Ibidem*, p. 104.

26. M. Abrahms, “Does Terrorism Really Work? Evolution in the Conventional Wisdom since 9/11”, en *Defence and Peace Economics*, 2011, vol. 22, p. 586.

27. B. Hoffman, “Rethinking Terrorism and Counterterrorism Since 9/11”, en *Studies in Conflict & Terrorism*, 2002, vol. 25, p. 307.

28. Ver R. Pape, *Morir para ganar...*, *op. cit.*, p. 62 y ss.; A. Dershowitz, *Why Terrorism Works...*, *op. cit.*, p. 106 y ss.; V. Fortna, “Do Terrorists Win?...”, *op. cit.*, p. 547.

En este marco, Dershowitz señala que el miedo a los ataques conduce a las víctimas a centrar su atención en las razones que llevaron a los terroristas a utilizar este método para promocionar su causa, lo que deriva a su vez en que aquellas exijan a sus gobiernos que esa causa sea oída para que los ataques cesen. Siguiendo este razonamiento, afirma:

[...] la razón por la que el terrorismo funciona [...] es precisamente porque sus perpetradores creen que asesinando civiles inocentes tendrán éxito en atraer la atención del mundo sobre sus supuestos sufrimientos y en su demanda de que el mundo “los entienda” y “elimine sus causas”. Rendirse a esta demanda es enviar el siguiente mensaje contraproducente a aquellos que posean unos supuestos motivos de reclamo: si recurren al terrorismo, trataremos de atender sus reclamos y de responder a ellos más arduamente de lo que lo haríamos si hubiesen empleado métodos menos violentos.²⁹

Así, al colocar en la agenda política los reclamos de un grupo que recurre al terrorismo se estaría creando una relación directa entre la violencia y el avance de la causa que la origina.

Esta afirmación de Dershowitz, sin embargo, es disputada por Abrahms, quien sostiene que el terrorismo no es un método efectivo justamente debido a que, al atacar civiles indiscriminadamente, produce en sus víctimas una confusión entre las metas políticas de los terroristas (lo que esperan alcanzar con la violencia) y los medios que utilizan para ello (la violencia misma). De esta forma, esas víctimas no atenderían con mayor interés las causas de los terroristas para que la violencia cese, sino que las “perderían de vista” para enfocarse únicamente en el valor simbólico del ataque y en el significado que el mismo posee para quienes lo padecen:

Los países creen que su población civil está siendo atacada no porque el grupo terrorista protesta contra condiciones externas desfavorables tales como la ocupación territorial o la pobreza. En vez de ello, los países blanco infieren de las consecuencias del

29. A. Dershowitz, *Why Terrorism Works...*, *op. cit.*, p. 24.

terrorismo en el corto plazo –la muerte de ciudadanos inocentes, el miedo masivo, la pérdida de confianza en que el gobierno pueda ofrecer protección, la retracción económica y la inevitable erosión de las libertades civiles– los objetivos del grupo terrorista.³⁰

Bajo esta postura, entonces, el terrorismo fracasaría en acercarse a su objetivo político a quienes lo emplean porque sus víctimas prestarían menor atención a ese objetivo que al hecho (plausible o no) de que es su misma supervivencia la que está en juego y no estarán dispuestas a ceder en ello.

Por otra parte, Fortna sostiene que el éxito del terrorismo no puede medirse en el vacío, sino que estará ligado a la relevancia de los fines que se propongan los terroristas: aquellos que posean objetivos menos ambiciosos podrán lograr un mayor nivel de éxito, mientras que aquellos cuyo objetivo resulte más complejo enfrentarán mayores chances de fracasar. El nivel de éxito del terrorismo como estrategia variará también en razón del valor que posea su reclamo para quienes deben someterse a él:³¹ por ejemplo, un gobierno que tenga tropas estacionadas en territorio extranjero sin obtener mayores ventajas militares o geopolíticas por ello estará más dispuesto –o será menos reticente– a ceder frente a los terroristas que reclaman su retirada que otro gobierno cuyos intereses esenciales se vieran seriamente afectados si retirase a las suyas.

Asimismo, esta autora –que realiza su análisis del uso del terrorismo en contextos de guerra civil– también afirma que los grupos terroristas resultan menos exitosos en alcanzar sus objetivos que los grupos insurgentes que no recurren a ese método. Esto sería así porque los ataques indiscriminados contra civiles, más allá de sus efectos comunicativos, no brindan ventajas militares en términos materiales (v.gr. conquistar o mantener el control sobre un determinado territorio).

Adicionalmente, indica que el terrorismo tampoco brindaría ventajas políticas a quienes hacen uso de él, ya que: i) los gobiernos estarán menos dispuestos a hacer concesiones o a negociar a los fines de alcanzar un acuerdo,

30. M. Abrahms, “Why Terrorism Does Not Work”, en M. Brown, O. Coté Jr., S. Lynn-Jones y S. Miller (eds.), *Contending with Terrorism: Roots, Strategies, and Responses*, Cambridge, The MIT Press, 2010, p. 142.

31. V. Fortna, “Do Terrorists Win?...”, *op. cit.*, p. 521.

en tanto los terroristas generan poca confianza en que un compromiso será respetado; ii) si bien podría resultar útil para generar una reacción excesiva de parte del gobierno (lo que generaría críticas en algunos sectores de la sociedad y sumaría más adeptos a la causa del grupo),³² también puede otorgar excusas a ese gobierno para convencer a la población de que una respuesta extrema es necesaria para terminar con la violencia y que un compromiso político no resulta posible; iii) al ser una estrategia poco costosa (en términos operativos y organizacionales), quien recurre al terrorismo manifiesta una posición de impotencia, ya que los blancos civiles son considerados “blandos” en contraposición con los militares, cuyo ataque requiere mayor capacidad y preparación militar; y iv) la utilización de la violencia indiscriminada contra civiles, aunque publicite al grupo terrorista y a su causa, puede generar su deslegitimación ante la opinión pública.³³

Ahora bien, si el terrorismo no es efectivo, ¿por qué cada vez más grupos eligen recurrir a él? Siguiendo los resultados empíricos alcanzados en su estudio, Fortna afirma que el terrorismo brinda la ventaja de extender el conflicto en el tiempo y permitir la supervivencia del grupo, aunque esto le impida alcanzar los objetivos políticos que se propone.³⁴ Así, al utilizar este método, los terroristas priorizarían su propia subsistencia ante la más ambiciosa meta de concretar su causa política declarada. En similar sentido, Abrahms resalta la diferencia entre los “objetivos de resultado” y los “objetivos de proceso”: los primeros son las metas políticas de fondo que los terroristas aducen perseguir, mientras que los segundos son aquellos que apuntan a conservar al grupo, entre los cuales podemos encontrar el atraer la atención de la opinión pública, desarticular procesos de paz, incrementar

32. Véase D. A. Johnson, A. Mora y A. Schmidt, “The Strategic Costs of Torture. How ‘Enhanced Interrogation’ Hurt America”, en *Foreign Affairs*, septiembre/octubre 2016, disponible en: <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/strategic-costs-torture?cid=int-lea&pgtype=hpg>, consultado el 12/09/17, para un desarrollo acerca de cómo las torturas cometidas por fuerzas estadounidenses en la cárcel de Abu Ghraib en Irak fueron un factor crucial para el reclutamiento de miembros por parte de grupos terroristas.

33. V. Fortna, “Do Terrorists Win?...” , *op. cit.*, p. 525.

34. *Ibid.*, p. 549.

la moral y cohesión del grupo o lograr apoyo político y/o financiero,³⁵ todo lo cual coadyuva a perpetuar su existencia.

Dicho todo esto, y con los argumentos esgrimidos a favor y en contra respecto de la pregunta planteada en el título, es posible efectuar algunas reflexiones. En primer lugar, creemos que el éxito o fracaso del terrorismo debe ser medido en un contexto determinado y de modo casuístico, ya que las circunstancias específicas de cada situación alterarán enormemente los resultados (teniendo en cuenta, por ejemplo, quiénes son los blancos/enemigos de los terroristas, con quiénes han tejido alianzas, qué percepción tiene la población y/o la opinión pública internacional acerca de la justicia o injusticia de su causa, qué tipo de ataques llevan a cabo, etc.).

En segundo lugar, y tomando las ideas y conclusiones de las posturas doctrinarias expuestas, consideramos que existen dos razones generales por las cuales el terrorismo resultaría efectivo: i) si el terrorismo coadyuva a la subsistencia del grupo, cuanto más se extienda esta en el tiempo mayores posibilidades tendrá dicho grupo de transformarse en un actor social relevante que eventualmente dispute u obtenga el control territorial y/o gubernamental (como es el caso, por ejemplo, del grupo Hamás en la Franja de Gaza, el Hezbolá en el Líbano o los Talibán en Afganistán).

Así, el terrorismo sería efectivo porque la consecución de los objetivos de procedimiento elevaría la probabilidad de que el grupo alcance sus objetivos de resultado, mientras que no alcanzar estos últimos en lo inmediato no implicaría necesariamente la desaparición del grupo (siempre y cuando obtuvieran esporádicamente concesiones mínimas); ii) además, el terrorismo sería efectivo debido a “la asimetría fundamental derivada de la incapacidad de proteger a todos los blancos todo el tiempo contra todos los posibles ataques”,³⁶ lo que maximizaría la capacidad de cualquier organización de generar daños considerables con un costo relativamente bajo en términos humanos y económicos. Estas razones generales, como señaláramos previamente, no deberán ser sopesadas en el vacío sino en casos concretos y considerando todos sus aspectos relevantes.

35. M. Abrahms, “Does Terrorism Really Work?...”, *op. cit.*, p. 592; M. Abrahms, “The Political Effectiveness of Terrorism Revisited”, en *Comparative Political Studies*, 2012, vol. 45, p. 367.

36. B. Hoffman, “Rethinking Terrorism...”, *op. cit.*, p. 314.

Finalmente, resulta interesante remarcar la creciente interrelación entre el terrorismo y el crimen organizado transnacional.³⁷ Por un lado, podría sostenerse que las actividades delictivas de los terroristas (narcotráfico, tráfico de personas, de armas, secuestros extorsivos, lavado de dinero, etc.) servirían únicamente como objetivos de procedimiento –brindar los medios para sustentar financieramente a la organización–, pero sería posible también pensar en que esas actividades constituyen la razón misma por la cual muchas personas deciden formar parte de o tomar partido por una organización terrorista, teniendo en cuenta además que las modernas agrupaciones terroristas (así como las criminales) poseen una estructura de células o redes independientes con libertad operativa, formándose así numerosas “ramas” o subgrupos con intereses que pueden o no coincidir con los de los miembros líderes de la organización, pero que generan beneficios mutuos para ambos.

IV. ¿Cómo debemos enfrentar al terrorismo?

En muchos casos, la necesidad y la urgencia en dar una respuesta a los ataques terroristas han llevado a las autoridades a tomar medidas que bordean los límites jurídicos y morales del Estado de Derecho. La pregunta que intentaremos contestar aquí es ¿cómo debemos enfrentar esta amenaza para mantenernos dentro de esos límites?

A. ¿Debemos negociar con los terroristas?

Como mencionamos previamente, ha sido sostenido que ceder a las demandas del terrorismo conllevaría alentar su empleo como método para promover una causa. En este marco, cierta doctrina sostiene que negociar con los terroristas implicaría legitimarlos como actores políticos, lo que sería inaceptable desde lo moral pero también estratégicamente, en tanto

37. A este respecto, ver en general L. de la Corte Ibáñez, “¿Hasta qué punto convergen el terrorismo global y la criminalidad organizada?: parámetros generales y escenarios críticos”, en *Revista Electrónica del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2013; C. Dishman, “The Leaderless Nexus: When Crime and Terror Converge”, en *Studies in Conflict & Terrorism*, 2005, vol. 28.

enviaría un mensaje negativo a otros grupos que también reclaman esa legitimación pero que han decidido no recurrir a la violencia.³⁸

Entre ellos, Dershowitz señala que, contrariamente a atender las razones de quienes recurren al terrorismo,

debemos comprometernos a nunca tratar de entender o eliminar sus causas, sino a colocarlas fuera de los límites del diálogo y la negociación. Nuestro mensaje debe ser el siguiente: incluso si tienen reclamos legítimos, si recurren al terrorismo como un medio para eliminarlos simplemente no los escucharemos, no intentaremos comprenderlos, y de ninguna manera cambiaremos nuestras políticas hacia ustedes. En su lugar, los perseguiremos y destruiremos su capacidad para hacer uso del terror.³⁹

Bajo este razonamiento, al igual que en cuestiones como la persecución y sanción de delitos comunes, la intención del Estado debe ser la de reprimir los actos criminales y con ello desincentivar su comisión. Si bien es un deber de los gobernantes implementar políticas públicas de largo plazo para erradicar las causas de la criminalidad, el enfoque legal no está específicamente puesto en ellas, sino en el hecho dañoso. Del mismo modo, Dershowitz indica que castigar a los terroristas no implica ignorar determinadas injusticias que puedan estar cometándose contra el pueblo o comunidad al que dicen representar. Lo que señala es que deberán ser ignoradas hasta tanto abandonen el terrorismo.

Este argumento puede verse como el sustento teórico tras la célebre política de “no negociar con terroristas”.⁴⁰ *Prima facie*, la postura resulta convincente: para disuadir a quienes quisieran recurrir al terrorismo debe-

38. Para un detalle de este sector de la doctrina ver en general H. Toros, “We Don’t Negotiate with Terrorists!’: Legitimacy and Complexity in Terrorist Conflicts”, en *Security Dialogue*, 2008, vol. 39.

39. A. Dershowitz, *Why Terrorism Works...*, *op. cit.*, pp. 24-25.

40. Aunque esta política puede ser más un discurso que una realidad. Ver S. Engler, “The U.S. Does Negotiate With Terrorists”, en *Foreign Policy*, 2014. Disponible en: <http://foreignpolicy.com/2014/06/03/the-u-s-does-negotiate-with-terrorists/>, consultado el: 12/09/17, donde se describen numerosos episodios de negociación entre gobiernos y entidades terroristas.

mos evitar cualquier resultado favorable que pudiera surgir de su empleo y, aún más, lograr que la causa que impulsan no solo no avance, sino que retroceda. Esto ayudaría también a convencer a los simpatizantes del grupo terrorista a que les retiren su apoyo, ya que sus acciones también afectarán sus intereses.⁴¹

Sin embargo, esta posición presenta problemas morales y prácticos. Respecto de los primeros, es importante recordar que una de las características del terrorismo es que posee como trasfondo una causa política, lo que implica que involucra necesariamente no solo al grupo que la promueve por medios violentos sino también a una población mayormente pacífica o no relacionada con el terror. Así, la estrategia propuesta dificulta –por no decir imposibilita– diferenciar entre los intereses de los miembros de un grupo terrorista y los del colectivo al que pertenecen: ¿por qué debería este último sufrir las consecuencias de los actos de un grupo que fuera tal vez minoritario? ¿No se asemeja esto a un castigo colectivo? ¿No es esto lo que repudiamos de los terroristas cuando atacan a personas inocentes para influenciar a sus gobiernos?

Respecto de los problemas prácticos, al ignorar tanto la suerte de las víctimas directas como las demandas más amplias de la sociedad (o un sector de ella) –que pueden estar basadas en el miedo, pero también en convicciones morales, ya que como hemos visto muchas personas están de acuerdo con los objetivos políticos de quienes recurren al terrorismo– esta estrategia puede resultar impopular, en tanto podría generar el descontento de la opinión pública y dificultar al gobierno mantenerse firme en su posición. Por otra parte, si las razones de los terroristas no son atendidas y al mismo tiempo las acciones gubernamentales contra ellos no son efectivas es probable que continúen ejerciendo la violencia, por lo que debe esperarse que la confrontación se agudice y con ello se profundice la percepción de que el gobierno no es apto para cumplir su función.

41. En este sentido, puede citarse como ejemplo la política de demoliciones de casas implementada por el gobierno israelí. Estas demoliciones apuntaban a disuadir a potenciales terroristas suicidas de cometer ataques (teniendo en cuenta la imposibilidad material de persuadirlos por medio del castigo), a través de la imposición de medidas punitivas a sus familiares. Ver en este sentido: Corte Suprema de Justicia de Israel, “HCJ 2006/97. Janimat v. OC Central Command”, citada en *Judgments of the Israel Supreme Court: Fighting Terrorism within the Law*, Jerusalem, vol. 1, 2005, pp. 61-65.

Adicionalmente, como nota Toros, debemos considerar la cuestión discursiva. En efecto, la calificación de una organización como “terrorista” genera problemas al gobierno que así la define, ya que: i) al deslegitimarla como actor social con aspiraciones políticas válidas refuerza la postura de aquellos que fomentan la radicalización de esa organización; y ii) limita sus posibilidades de finalizar el conflicto, pues para ello deberá justificar ante la opinión pública por qué habrían de aceptar un acuerdo con los “terroristas”, sometiéndose así al riesgo de enviar el mensaje de que la violencia paga. Debemos tener en cuenta entonces que el terrorismo puede ser solo un aspecto entre muchos otros en un conflicto, pero al reducir todos esos aspectos a uno solo de ellos, el gobierno excluye otras posibilidades de solución y se obliga a sí mismo a extremar su posición.⁴²

En este contexto complejo, Walzer nos sugiere imaginar una mesa de discusión en la cual los miembros de un grupo debaten si deben o no adoptar el terrorismo como método de lucha. Aquí encontraremos algunos que estén a favor, pero también habrá quienes estén en contra. Para contener y reducir a las facciones más extremas de ese grupo, entonces, debemos asumir que siempre existe esta oposición, por mínima que sea, a recurrir al terrorismo no solo dentro de la sociedad a la que los terroristas dicen representar sino también dentro del mismo movimiento, y trabajar con esa oposición,⁴³ lo que además permitirá reforzar su posicionamiento dentro del grupo y limitar el poder y la influencia de los miembros más radicalizados.⁴⁴ Como indica Toros, “[n]egociar con ‘terroristas’ puede en efecto llevar a su legitimación, pero a través de esta legitimación se podría ofrecer a los ‘terroristas’ un camino alternativo y la oportunidad de transformarse en actores no violentos”.⁴⁵ En este marco, el término “negociar” no necesariamente debe entenderse como sinónimo de “sometimiento” a los reclamos de los terroristas, sino que también puede interpretarse como una etapa en un proceso de diálogo –especialmente con quienes se oponen al terrorismo dentro del grupo– que permita eventualmente resolver la cuestión de fondo.⁴⁶

42. H. Toros, “‘We Don’t Negotiate with Terrorists!’...”, *op. cit.*, p. 422.

43. M. Walzer, *Terrorismo...*, *op. cit.*, p. 25 y ss.

44. H. Toros, “‘We Don’t Negotiate with Terrorists!’...”, *op. cit.*, p. 413.

45. *Ibidem*, p. 422.

46. Ver S. Engler, “The U.S...”, *op. cit.*

Siguiendo esta línea, Jones y Libicki han descubierto que una de las formas más comunes por las que los grupos terroristas cesan de existir es su ingreso y participación en el proceso político.⁴⁷ Esto puede darse a través de la celebración de acuerdos de paz, amnistías para los miembros de la organización terrorista, creación de las llamadas “comisiones de la verdad” y/o tribunales de justicia especiales, reparaciones a las víctimas, entre otras;⁴⁸ esto es, recurriendo a políticas conciliatorias en el marco de un proceso de justicia transicional que permita la reinserción y aceptación del grupo por la sociedad como un actor legítimo con aspiraciones políticas válidas.⁴⁹

Ahora bien, las descritas en los párrafos precedentes son opciones de solución a largo plazo y requieren una particular predisposición a alcanzar la paz. Es claro que no todos los gobiernos están dispuestos a negociar con quienes califican como “terroristas”, ya sea por mantener una posición moral o bien por intereses propios (como podría ser, por ejemplo, el sostenimiento del conflicto para desarrollar ciertas políticas, distraer la atención de la opinión pública de otros asuntos, etc.). Inversamente, no todos los grupos que recurran al terrorismo estarán dispuestos a encontrar una solución negociada. Debe tenerse en cuenta además que la posibilidad de alcanzar un acuerdo con una organización terrorista se encuentra sujeta a la magnitud

47. Ver en general S. Jones y M. Libicki, *How terrorist groups end: lessons for countering Al Qaeda*, Rand Corporation, 2008. Según señalan en dicho estudio, desde 1968 hasta 2006 el 43% de un total de 648 grupos han cesado de existir por esta razón. Su estudio también arrojó que la segunda causa por la que los grupos terroristas concluyen su existencia es a través de la eficiente utilización de las fuerzas policiales por parte del Estado (*policing*), lo que será desarrollado en el siguiente acápite de este título.

48. Ver en general J. Renner y A. Spencer, “Bringing transitional justice to terrorism research: possibilities, pitfalls and critical voices”, en I. Tellidis y H. Toros (eds.), *Researching Terrorism, Peace and Conflict Studies. Interaction, synthesis, and opposition*, Nueva York, Routledge, 2015.

49. Encontramos un ejemplo de actualidad en este sentido en el acuerdo de paz suscripto por el gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Ver en este sentido el sitio web “Acuerdo de Paz”, disponible en: <http://www.acuerdodepaz.gov.co/>, consultado el 12/09/17. Para un resumen de la historia del conflicto en Colombia ver en general: A. Idler y B. Paladini Adell, “When peace implies engaging the ‘terrorist’. Peacebuilding in Colombia through transforming political violence and terrorism”, en I. Tellidis y H. Toros (eds.), *Researching Terrorism, Peace and Conflict Studies. Interaction, synthesis, and opposition*, Nueva York, Routledge, 2015.

de sus demandas,⁵⁰ ya que, como se dijo en apartados precedentes, un gobierno (por más predisposición que tuviera hacia la paz) no estará dispuesto a ceder cuando esto implique poner en riesgo los intereses esenciales del Estado.

Sumado a ello, debemos remarcar que un proceso de paz con una organización terrorista puede resultar concebible en ciertas situaciones (como ser, por ejemplo, los casos colombiano o israelí, en los que las posiciones y aspiraciones de cada parte están definidas y demarcadas territorial, política y socialmente) pero no en otras, como son los casos que involucran a actores no estatales de carácter transnacional, sin localización específica ni estructuras jerárquicas tradicionales. ¿Podemos imaginar un proceso de paz entre la organización Al Qaeda y Estados Unidos? ¿A quién debemos considerar el interlocutor válido de la organización? En razón de ello, debemos aclarar que la negociación como método de finalización de un conflicto que involucra al terrorismo no siempre resulta posible: lo que aquí se afirma es que esta opción no debe ser descartada *in limine* por el gobierno.⁵¹

Dicho esto, mientras se espera (o no) que el conflicto finalice, los gobiernos necesitan tomar medidas paliativas para evitar los perjuicios que ocasionan los terroristas a la sociedad. Es por ello que, a continuación, discutiremos dos enfoques desde los cuales podemos concebir los ataques terroristas y sus consecuencias.

B. ¿Es un ataque terrorista un acto de guerra o un delito penal?

Tras el ataque del 11 de septiembre de 2001, el gobierno estadounidense declaró la “guerra contra el terrorismo”,⁵² un eslogan vacío de contenido

50. Ver en general S. Jones y M. Libicki, *How terrorist groups end...*, *op. cit.*

51. H. Toros, “We Don’t Negotiate with Terrorists!...”, *op. cit.*, p. 422.

52. En términos legales, el Congreso de los Estados Unidos aprobó el 18 de diciembre de 2001 la Ley denominada *Authorization for Use of Military Force* (AUMF), cuyo artículo 2, inc. a), autorizó al presidente “a utilizar toda la fuerza apropiada y necesaria contra aquellas naciones, organizaciones, o personas que determine que planearon, autorizaron, cometieron, o colaboraron en la comisión de los ataques terroristas ocurridos el 11 de septiembre de 2001, o que hubieren albergado a tales organizaciones o personas, a los fines de prevenir futuros actos de terrorismo internacional contra los Estados Unidos por tales naciones, organizaciones o personas”, disponible en: <https://www.gpo.gov/fdsys/>

pero que trajo graves consecuencias prácticas a nivel internacional, entre las cuales se halla la invasión de Afganistán. Según señala Gasser, hasta ese momento “ningún Gobierno había enviado [...] a sus fuerzas armadas a un territorio extranjero para combatir, e incluso acabar, con lo que perciben como ‘terroristas’. Dicho de otro modo, la ‘guerra contra el terrorismo’ se ha convertido en una justificación para utilizar la fuerza armada contra otro país”.⁵³

En razón de ello, en la actualidad la cuestión del terrorismo puede ser abordada desde un enfoque bélico o bien desde un enfoque penal. No obstante, estas dos esferas no resultan teóricamente excluyentes y, en ocasiones, han demostrado ser difícilmente diferenciables en la práctica. Existen así numerosas problemáticas (detenciones efectuadas por autoridades administrativas, juzgamientos por tribunales militares, la discusión del estatus de los llamados “combatientes ilegales”, los homicidios selectivos, entre muchas otras), en las cuales el límite entre el “enemigo” y el “criminal” se ha difuminado frente a esta nueva amenaza. Esto ha generado profundos debates en torno a los problemas legales, políticos y morales que genera la represión del terrorismo.

En relación con la esfera legal, la calificación de un acto terrorista como un acto de guerra o como un delito penal definirá el régimen jurídico que se aplicará para su persecución. En el primer caso, serán aplicables las disposiciones del *ius ad bellum* y del *ius in bello*:⁵⁴ a nivel general, entre las normas del primero podemos encontrar la Carta de Naciones Unidas y las resoluciones aplicables de sus órganos, otros tratados internacionales multilaterales o bilaterales pertinentes y las disposiciones de la costumbre internacional. Entre las normas del segundo se destacan el régimen del Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, también, el derecho consuetudinario internacional. Asimismo, deberá determinarse cuáles de estas normas resultan aplicables en cada caso particular (teniendo en cuenta, por ejemplo, los instrumentos internacionales que los involucrados hubieren suscripto o si fueren objetores persistentes de una norma internacional consuetudinaria). Por otra parte, serán de aplicación

pkg/PLAW-107publ40/pdf/PLAW-107publ40.pdf, consultado el 12/09/17.

53. H. P. Gasser, “Actos de terror...”, *op. cit.*

54. Ver nota al pie 10.

las normas de orden constitucional y legal de cada país que rijan la cuestión de la guerra.

En cambio, en el segundo caso la comisión de un acto terrorista se disminuirá de acuerdo con el Derecho Penal de cada Estado. Cabe mencionar sin embargo que varios de los tratados internacionales sobre actos delictivos relacionados con el terrorismo excluyen expresamente la posibilidad de catalogarlos como de carácter político o de negar la extradición bajo esa justificación (así como también respecto de los delitos conexos).⁵⁵

Debe resaltarse además que, a pesar de la carencia de un tratado internacional que defina el concepto de “terrorismo”, sí existe hoy un concepto jurisprudencial del crimen de “terrorismo internacional” (en tiempos de paz) basado en el derecho internacional consuetudinario. En efecto, de acuerdo con lo establecido por la Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano, este crimen consta de los siguientes tres elementos: i) la comisión de un delito (homicidio, secuestro, toma de rehenes, incendio, etc.) o la amenaza de llevarlo a cabo; ii) con la intención de propagar el miedo entre la población (que conlleve la creación de un peligro público) o directa o indirectamente coaccionar a una autoridad nacional o internacional a llevar a cabo una acción o a impedir que lo haga; y iii) que el acto involucre un elemento transnacional.⁵⁶

Respecto de las dificultades políticas y morales, como bien nota Ackerman, en términos generales una guerra suele suponer la existencia de un enemigo que tiene la capacidad de amenazar al sistema político o la misma

55. Ver por ejemplo: artículo 8 del Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (entrada en vigor: 14 de octubre de 1971); artículo 1 del Convenio Europeo sobre Represión del Terrorismo (entrada en vigor: 4 de agosto de 1978); artículos 5 y 11 del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas (entrada en vigor: 23 de mayo de 2001); artículos 6 y 14 del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (entrada en vigor: 10 de abril de 2002); artículo 11 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo (entrada en vigor: 7 de octubre de 2003). Para un detalle de estos instrumentos internacionales ver el sitio web “Naciones Unidas. Actividades de Lucha contra el Terrorismo”, disponible en <http://www.un.org/es/counterterrorism/legal-instruments.shtml>, consultado el 12/09/17.

56. Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano, sentencia interlocutoria, “Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging”, Caso STL-11-01/I, 16 de febrero de 2011, para. 85.

supervivencia de un Estado. Pero como hemos visto, los ataques terroristas no poseen –salvo casos excepcionales– esta capacidad. De esta forma, calificar un ataque terrorista como acto de guerra no solo es erróneo, sino también peligroso. Esto es así, entre otras razones, porque: i) utilizar el concepto de guerra sin recurrir a graduaciones esconde una trampa. Por ejemplo, la Segunda Guerra Mundial presentó una grave amenaza para millones de personas y la supervivencia de numerosas naciones. Así, las medidas altamente restrictivas de los derechos fundamentales que se tomaron en esos tiempos podían justificarse más claramente teniendo en cuenta el peligro al que estaban expuestas. Pero otras guerras de menor escala, en las cuales la existencia misma de la nación no se ve amenazada, no proporcionan excusas para ignorar las reglas básicas del Estado de Derecho, como sucedió en los Estados Unidos a raíz de los ataques del 11 de septiembre de 2001;⁵⁷ ii) este tipo de “guerras” no poseerían una estructura clásica, lo que significa que no finalizarán con un tratado de paz o un cese de las hostilidades, pudiendo entonces extenderse indefinidamente la alteración de la normalidad; y iii) se induciría a la opinión pública a creer que los terroristas poseen recursos y capacidad de movilización equivalentes a los de un Estado, aumentando así el pánico de la población.⁵⁸

Por su parte, Dworkin sostiene que ni la calificación de guerra ni la de delito penal son suficientes para lidiar con la cuestión del terrorismo. Por un lado, aunque los terroristas cometen actos criminales, no pueden considerarse delincuentes comunes ya que poseen un alto nivel de organización y recursos; tienen objetivos políticos afines a los de mucha gente –incluso a veces con los de naciones enteras–, lo que impide diferenciar a los agentes de la organización de sus simpatizantes; esto, a su vez, genera rispideces entre los Estados que apoyan a la organización terrorista a los fines de la en-

57. Entre otras medidas, podemos mencionar la *USA Patriot Act* (H.R. 1362), sancionada en 2001, la cual comportó la modificación de numerosas normas legales en desmedro de las garantías individuales y las libertades civiles. Para un recuento de las derivaciones del dictado de esta ley, ver en general R. Dworkin, “Derechos y Terror”, en *Precedente. Revista Jurídica*, 2007.

58. B. Ackerman, *Antes de que nos ataquen de nuevo. La defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, Barcelona, Península, 2007, p. 25 y ss. Ver también B. Ackerman, “The War Against ISIS is Unconstitutional”, en *Lawfare*, 2016, disponible en <https://www.lawfareblog.com/war-against-isis-unconstitutional>, consultado el 12/09/17.

trega de personas o de información relevante para su persecución. Por otro lado, la guerra es un asunto de Estados que se efectúa contra soldados individualizados con uniforme y con jerarquías y estructuras claras (y no contra organizaciones cuyas estructuras, orígenes y miembros permanecen mayormente secretos), en un territorio determinado y que posee fecha de comienzo y de finalización.⁵⁹ Así, y hasta hallar un nuevo esquema para enfrentar esta amenaza, propone recurrir a estos dos ámbitos de forma complementaria,⁶⁰ bajo ciertos presupuestos que desarrollaremos más adelante.

En un sentido similar, Ackerman plantea que el Derecho Penal no es suficiente para dar solución al problema. Y esto porque, según afirma, si bien la supervivencia de la nación no está en juego, la soberanía efectiva que el gobierno es capaz de ejercer se ve seriamente afectada, lo que sacude la confianza de la población en la aptitud de las autoridades y las instituciones para aplicar la ley. Así, este autor califica a la situación como una “emergencia” y propone el dictado de una “constitución de excepción”, una norma jurídica aplicable a situaciones de tal índole provocadas por un ataque terrorista, donde el marco regulatorio de la excepción y las medidas que los poderes del Estado estén posibilitados para tomar ya se encuentren establecidos antes de la ocurrencia de ese ataque.⁶¹

Ahora bien, adoptando un enfoque exclusivamente penal, la persecución del terrorismo será una tarea policial y judicial, no militar. En este sentido, en el estudio ya citado, Jones y Libicki concluyeron que una de las formas más efectivas de acabar con un grupo terrorista que no está dispuesto a alcanzar un compromiso es a través de la acción policial del Estado. Remarcan que las fuerzas armadas producen resultados contraproducentes debido a que implican un mayor uso de la violencia, suelen poseer poca información respecto de las particularidades (culturales, religiosas, sociales) del lugar en el que operan y generan descontento entre la población (aunque han demostrado ser más efectivas cuando el grupo terrorista adquiere un alto nivel de organización y poder). Por el contrario, según afirman, al ejercer una presencia permanente en las ciudades, poseer un mayor cono-

59. R. Dworkin, “Derechos y...”, *op. cit.*, p. 36 y ss.

60. *Ibidem*, p. 38.

61. Para un desarrollo de esta constitución de excepción, ver en general B. Ackerman, *Antes de que nos ataquen de nuevo...*, *op. cit.*

cimiento de las comunidades locales y un eficaz servicio de inteligencia, las fuerzas de seguridad pueden comprender y penetrar más efectivamente las redes terroristas. Adicionalmente, esta estrategia debe involucrar el dictado de legislación que criminalice ciertas actividades necesarias para su subsistencia.⁶²

Previo a finalizar este acápite, resta discurrir acerca de cuál es el organismo gubernamental al que debemos confiar la lucha contra el terrorismo. Para Posner,⁶³ esta debe recaer esencialmente en el poder ejecutivo, debido a que posee una estructura jerárquica que produciría decisiones rápidas, organismos especializados y personal preparado en materia de seguridad nacional. En cambio, según afirma, los jueces suelen ser inexpertos en el tema, no pueden abordar los casos hasta que se les presentan, carecen de infraestructura para dedicarse a ellos completamente y pueden demorar las soluciones pues están sometidos al precedente,⁶⁴ que no se transforma tan velozmente como el fenómeno que deben tratar.

Si bien podemos encontrar lógica en las ideas de Posner, debemos remarcar que a pesar de que la prevención del terrorismo no es un problema que pueda resolver un tribunal de justicia, estos sí poseen el rol fundamental de asegurar que la lucha contra este fenómeno se encuadre en el marco de ley. En otras palabras, es el poder ejecutivo quien toma las decisiones respecto de cuál es la mejor forma de combatirlo, pero el poder judicial debe velar por la constitucionalidad de las acciones antiterroristas. Esto no implica que los tribunales se inmiscuyan en asuntos “no judiciales”, pues no evalúan la eficiencia de las políticas adoptadas sino únicamente su legalidad.⁶⁵

Lo expuesto en este apartado denota las dificultades de enmarcar el terrorismo a los fines de su prevención y persecución. Para concluir, consideramos que las acciones contraterroristas deben tratarse en el ámbito de la

62. S. Jones y M. Libicki, *How terrorist groups end...*, *op. cit.*, ps. xvii, 9 y 11.

63. R. Posner, *Not a suicide pact. The constitution in a time of national emergency*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

64. Debemos tener en cuenta que el análisis de Posner se realiza en el ámbito del *Common Law*.

65. Véase a este respecto A. Barak, “The Supreme Court and the Problem of Terrorism”, en *Judgments of the Israel Supreme Court: Fighting Terrorism within the Law*, Jerusalem, vol. 1, 2005, pp. 9-22.

esfera penal, involucrando a las fuerzas de seguridad y a los tribunales antes que a las fuerzas armadas. En todo caso, si la amenaza fuera de una magnitud tal que excediera las capacidades policiales y judiciales, será necesario recurrir a estos dos ámbitos de forma complementaria, tal y como señala Dworkin, pero siempre aplicando las normas y reglas de cada régimen de forma unívoca y delimitada.

Dicho esto, considerando la dificultad para diferenciar entre un “enemigo” y un “criminal” y teniendo en cuenta que los terroristas –como ya se dijo– apuntan a generar una reacción extrema de parte de sus víctimas, discutiremos a continuación cuáles son los presupuestos morales y jurídicos sobre los que debemos apoyarnos para trazar estrategias antiterroristas.

C. Seguridad, libertad y derechos humanos

Una de las formas de encarar los dilemas que nos presenta el terrorismo es aquella que plantea la cuestión en términos del balance entre seguridad y libertad. Según este enfoque, existiría un balance adecuado entre ambos bienes jurídicos en tiempos de normalidad, el cual debe reajustarse en cuanto ocurren ataques contra la sociedad y el gobierno. Posner, por ejemplo, señala: “[c]uanto más segura se sienta la nación, mayor será el peso que los tribunales otorguen a la libertad personal en relación con la seguridad pública. Cuando la nación se siente en peligro, el balance se desplaza hacia el otro lado”.⁶⁶

En consecuencia, según esta concepción, la dificultad que enfrentarían las democracias en relación con el terrorismo sería la de establecer hasta qué punto resultaría posible avanzar sobre los derechos individuales en pos de reducir el peligro al que se encuentra expuesta la población, sin traspasar a la vez el límite mínimo que se requiere para que un Estado pueda seguir considerándose democrático: “[u]no no debe preguntarse si la libertad es más o menos importante que la seguridad. Uno debe preguntarse si una medida afecta la libertad más o menos de lo que promueve la seguridad”.⁶⁷ Así, deben colocarse estos dos bienes jurídicos en la balanza para calcular los costos y beneficios de tomar una medida de seguridad teniendo en cuenta su

66. R. Posner, *Not a suicide pact...*, *op. cit.*, p. 40.

67. *Ibidem*, pp. 31-32.

impacto sobre las libertades individuales. Los costos de esta medida para la libertad serían entonces sopesados en relación con el aumento de la seguridad colectiva: “[p]orque [las libertades individuales] son el punto de equilibrio entre seguridad y libertad, una disminución en la seguridad hace que el equilibrio se rompa afectando la libertad. Una idea incluso más básica es que sin seguridad física es probable que haya muy poca libertad”.⁶⁸

Cabe decir que esta tesis ha servido de sostén teórico para justificar la implementación de numerosas medidas violatorias de las garantías fundamentales de los individuos por parte del gobierno estadounidense en la ya referida “guerra contra el terrorismo”.⁶⁹ Esto es así porque, siguiendo sus premisas, permitiría afirmar que, por ejemplo, la invasión a la privacidad, las detenciones administrativas o militares, la confección de listas secretas de sospechosos e incluso la tortura se encontrarían justificadas siempre que aumentaren la seguridad más de lo que disminuyeren la libertad. Pero un análisis más profundo de esta postura nos muestra numerosas dificultades prácticas y morales. ¿Cómo saber cuál es el punto justo entre la afectación de la libertad y la supuesta correlativa mejora de la seguridad?

Esta pregunta podría ser respondida fácilmente siguiendo a Posner: es el gobierno (y en particular el poder ejecutivo) quien medirá cuándo el nuevo equilibrio entre seguridad y libertad se haya establecido. Ahora bien, nos surge entonces una segunda pregunta: ¿es conveniente dejar a discreción de los funcionarios gubernamentales la evaluación de cuándo se ha alcanzado este nuevo equilibrio? Como señala Waldron, reducir la libertad de esta forma puede prevenir un ataque terrorista, pero necesariamente implica un aumento del poder del Estado, lo que conlleva a su vez un riesgo de que este poder sea utilizado también para provocar daños.⁷⁰

En otras palabras, esta tesis ignora que al otorgar mayor poder al gobierno para disponer de las libertades individuales estamos generando un nuevo peligro frente a una supuesta mejoría en la seguridad que resulta, cuanto menos, especulativa. Esto debe ser evaluado especialmente teniendo en consideración que el terrorismo, como ya se ha dicho, tiende a perpetuar

68. *Ibidem*, pp. 46-47.

69. Ver en general: R. Dworkin, “Derechos y...”, *op. cit.*; J. Waldron, “Security and Liberty: The Image of Balance”, en *The Journal of Political Philosophy*, 2003, vol. 11.

70. J. Waldron, “Security and Liberty...”, *op. cit.*, p. 205.

la existencia de los grupos que lo utilizan, lo que implicaría que el poder otorgado al gobierno para combatirlo se extienda indefinidamente en el tiempo, aumentando entonces las probabilidades de abuso y/o error.⁷¹

Dicho esto, y suponiendo que aceptamos que ciertas medidas restrictivas de la libertad son necesarias para combatir al terrorismo, ¿cómo sabremos si resultan eficientes? Ha sido establecido que las probabilidades de sufrir daño a causa de un acto de terrorismo son mucho menores a las de sufrir perjuicios por otro tipo de eventos (enfermedades, accidentes automovilísticos, etc.).⁷² Sin embargo, como señala Luban, las personas “sobrestiman los riesgos pequeños una vez que estos riesgos se tornan psicológicamente notorios, y ninguno de nosotros es inmune a esta tendencia. [En este punto] nos encontramos más allá del campo de la comparación racional”.⁷³ Así, la necesidad de sentirse resguardadas frente a una amenaza puede llevar a las personas a aceptar ciertas reducciones en sus derechos a costa de sentirse más seguras, produciéndose de esta forma una profecía autocumplida.

Aun así, habrá quienes aleguen que esta sensación de seguridad generada a costa de la libertad es preferible a estar sumidos en el miedo y la ansiedad. El problema en este punto es determinar a quiénes nos referimos cuando hablamos de libertad y seguridad. //CHEQUEAR FRASE//Y es que los ataques terroristas suelen producir una segregación en la sociedad entre “ellos” y “nosotros” (como efectivamente ha sucedido, por ejemplo, con los musulmanes en Estados Unidos tras los ataques del 11 de septiembre de 2001). ¿Podríamos entonces alegar que las medidas restrictivas de la libertad se encuentran justificadas porque “nuestra” seguridad ha aumentado –o al menos así lo percibimos– más de lo que las libertades de “ellos” han disminuido? “Ellos”, probablemente, opinarían lo contrario.

Siguiendo este razonamiento podríamos preguntarnos también ¿sobre la libertad y seguridad de *cuántos* se efectúa el balance? Como señala Waldron:

71. Ver en general D. Luban, “Eight Fallacies About Liberty and Security”, en *Human Rights in the ‘War on Terror’*, ed.: R. Wilson, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

72. Ver en general, J. Wolfendale, “Terrorism, Security, and the Threat of Counterterrorism”, en *Studies in Conflict & Terrorism*, 2006, vol. 29.

73. D. Luban, “Eight Fallacies About...”, *op. cit.*, p. 247.

si las ganancias en términos de seguridad para la mayoría de la gente se balancean con las pérdidas en términos de libertad para unos pocos, entonces debemos prestar atención a la dimensión pocos/muchos del balance, no solo a la dimensión libertad/seguridad. Dado que la dimensión pocos/muchos plantea un problema acerca de la justicia, no resulta para nada claro [...] que simplemente agregar algo al bando de los “muchos” sea suficiente por sí mismo para justificar quitar algo a los “pocos”.⁷⁴

En este sentido, la falacia de esta tesis radica en que refiere a graduaciones de la libertad y seguridad en un plano abstracto, sin considerar que quienes pertenezcan al colectivo social, político, étnico, cultural o religioso del que provienen los terroristas serán quienes soporten con mayor intensidad las consecuencias de la disminución de las libertades individuales.

Desde otra perspectiva, Dworkin se opone a plantear el debate en términos de un balance ya que así se oculta el verdadero dilema del asunto: al enfrentarnos al terrorismo debemos decidir “qué es lo que la moral requiere, incluso a costa de nuestros propios intereses”.⁷⁵ Este autor pone los derechos humanos en el centro del debate, apelando a ellos en su carácter normativo pero también a su trasfondo moral. Así, identifica un principio fundamental detrás de este concepto, que es el “principio de valor igual”: este principio sostiene que “cada una de las vidas humanas, después de que haya comenzado, tiene un valor objetivo por sí misma, individual e igual”.⁷⁶ De esta idea se deriva que tanto los individuos como los gobiernos jamás “deben destruir o mutilar una vida humana para mejorar o proteger otra cuando esto puede justificarse únicamente bajo la suposición de que la vida destruida vale menos que cada una de las vidas mejoradas o salvadas”.⁷⁷ Esto implicaría, por ejemplo, que no podríamos someter a vejaciones a un número –aunque marginal– de personas solo por el hecho de que esto generaría un aumento en la seguridad para el resto.

74. J. Waldron, “Security and Liberty...”, *op. cit.*, p. 203.

75. P. Dworkin, *Principles for a new political debate. Is democracy possible here?*, New Jersey, Princeton University Press, 2006, p. 27.

76. R. Dworkin, “Derechos y...”, *op. cit.*, p. 29.

77. *Ibidem.*

En esta línea, Dworkin alude a los valores del autorrespeto y el coraje. Señala así que al afectar la dignidad de otros seres humanos (por ejemplo, sometiéndolos a detenciones arbitrarias o a torturas) afectamos también la propia, y con ello el respeto por nosotros mismos:

[s]acrificar el autorrespeto frente a un peligro es una forma particularmente vergonzosa de cobardía. Nosotros demostramos valor en nuestra legislación penal interna y en su práctica. Aumentamos el riesgo estadístico que cada uno de nosotros sufrirá a causa del crimen cuando prohibimos detenciones preventivas e insistimos en juicios justos para cualquier acusado de un delito. Debemos mostrar igual valor cuando el peligro viene de afuera porque nuestra dignidad está en juego del mismo modo.⁷⁸

Así, la cuestión no radica en efectuar balances, sino en considerar si las medidas adoptadas para prevenir el terrorismo son contrarias a los derechos humanos: si lo son, no pueden mantenerse, aunque aumentaren la seguridad de los ciudadanos. Y es que, en efecto, debemos presumir que en un Estado de Derecho los derechos fundamentales de los individuos no se encuentran sujetos a modificaciones con base en una supuesta escala de utilidad social,⁷⁹ sino que son inalienables e inherentes a la condición humana. Así, la metáfora del equilibrio entre seguridad pública y libertades civiles resulta errónea puesto que aquí se trata de establecer qué es lo que la moral dicta, incluso cuando esto pueda perjudicar los propios intereses.

Conclusiones

Como se ha mencionado, el terrorismo apunta particularmente a los civiles de manera aleatoria, significando esto que todos aquellos que pertenezcan a determinado colectivo serán considerados responsables de los males que aquejan a quienes recurren a ese método, lo que los convierte en blancos legítimos de sus ataques. Esta es, a nuestro entender, una de las razones por las que es especialmente problemático enfrentar al terrorismo.

78. R. Dworkin, *Principles for a new political debate...*, *op. cit.*, p. 50.

79. J. Waldron, "Security and Liberty...", *op. cit.*, p. 196.

Como dijéramos más arriba, existen muchos otros peligros que presentan estadísticamente mayores riesgos de sufrir daños que un ataque terrorista. No obstante, estos captan la atención y generan alarma de forma más contundente que esos otros peligros. Una explicación posible es que esto se debe meramente a su visibilidad y al alto grado de violencia que conllevan. Pero creemos que también existe otra razón.

Como señala Wolfendale, el terrorismo afecta la “seguridad elemental” (*basal security*) de los individuos, esto es, el sentimiento de seguridad y confianza que les permite evaluar y juzgar los riesgos que los rodean.⁸⁰ Siguiendo esta línea, por ejemplo, una persona puede prever –razonablemente o no– que evitará ser víctima de un accidente de tránsito, ya sea porque se niegue a realizar un viaje o a dejar su hogar, o porque confíe en sus habilidades o en las de otros para que el accidente no se produzca. O bien, un individuo puede prever con relativa certeza que no será víctima de un asaltante si camina por zonas iluminadas o toma caminos que le resultan conocidos y seguros. En el peor de los casos, podrá evaluar cómo reaccionar frente al delincuente para reducir al máximo posible los perjuicios del asalto.

En cambio, un ataque terrorista se caracteriza por ser imprevisible, difícilmente neutralizable y altamente dañoso: puede ocurrir en cualquier escenario cotidiano en cualquier momento; existen altas probabilidades de sufrir daños, ya sean físicos o psicológicos (que involucren a uno mismo o a personas cercanas); puede ser ejecutado por uno o relativamente pocos individuos sin demasiada preparación,⁸¹ y difícilmente exista una posibilidad de diálogo con ellos. A esto, debe sumarse que en los casos de los accidentes de tránsito o relativos a la criminalidad común, el gobierno posee cierta experiencia y organización en su prevención y reparación: cuenta con servicios de emergencia, hospitales, fuerzas de seguridad entrenadas, sistemas legislativos y tribunales judiciales adecuados. Todo ello genera una cierta confianza en que, en un caso extremo, las instituciones gubernamentales estarán allí para auxiliarnos. El terrorismo –y especialmente el moderno

80. J. Wolfendale, “Terrorism, Security...”, *op. cit.*, p. 759.

81. Sobre los atacantes denominados “lobos solitarios” (*lone wolves*), véase: D. Byman, “How to Hunt a Lone Wolf. Countering Terrorists Who Act on Their Own”, en *Foreign Affairs*, marzo/abril 2017, disponible en: <https://www.foreignaffairs.com/articles/2017-02-13/how-hunt-lone-wolf>, consultado el 12/09/17.

terrorismo internacional— es una amenaza distinta, para la que ninguna sociedad ni gobierno se encuentran totalmente preparados ni comprenden con certeza cuáles deben ser las respuestas adecuadas para enfrentarlo. Para finalizar este estudio entonces, resta reflexionar acerca de cuáles deben ser los principios que deben guiar estas respuestas.

Siguiendo a Walzer, planteamos que el principio básico de la acción antiterrorista en el Estado de Derecho es que no debemos recurrir al terrorismo para combatirlo, lo que implica esencialmente no convertir en blancos de nuestras respuestas a personas inocentes.⁸² Esto significa a su vez que debemos individualizar a los terroristas y tener en cuenta que aquellos a quienes estos dicen representar no son cómplices de sus acciones. Así, debe hacerse una clara diferenciación entre quienes cometen los ataques y aquellos que meramente pertenecen al mismo colectivo que los terroristas. Esto, de hecho, favorecerá la lucha contra el terrorismo en tanto no polarizará el conflicto y permitirá ver disidencias y oposición a este método dentro de esa sociedad. Los ataques indiscriminados, contrariamente, tenderán a borrar estas diferencias y a generar una resistencia unificada.

Sin embargo, debe reconocerse que en la práctica esta diferenciación puede ser difícil de llevar a cabo, ya que las organizaciones terroristas modernas no suelen conformar un grupo homogéneo o, cuando lo son, no siempre se distinguen visiblemente de la población civil. Así, es probable que la prevención y persecución del terrorismo bajo la premisa del párrafo precedente genere mayores costos para los gobiernos: no será igual, por ejemplo, atacar un bastión de enemigos con bombardeos aéreos que con fuerzas terrestres, luchando “casa por casa”, donde se corren mayores riesgos de bajas propias. O por caso, podemos pensar en que llevar a cabo una investigación policial respetando las garantías del debido proceso exige un mayor desafío que hacerlo sin tenerlas en cuenta.

Debemos aceptar entonces que estos costos son necesarios si queremos mantener las reglas de convivencia democrática y del Estado de Derecho. Como señala Walzer, la justicia exige que los gobiernos y las sociedades deban aceptar mayores riesgos para sus soldados y/o sus fuerzas policiales a los fines de evitar el daño indiscriminado a civiles.⁸³ Esto es similar a lo que,

82. M. Walzer, *Terrorismo...*, *op. cit.*, p. 30 y ss.

83. *Ibidem*, p. 34.

como vimos, postula Dworkin en relación con el coraje que requiere luchar contra el terrorismo: los derechos humanos deben prevalecer aunque esto implique mayores dificultades y menor seguridad para las víctimas.

Por otra parte, creemos fundamental evitar que la lucha antiterrorista se transforme en una “guerra”, ya sea que esta implique una verdadera utilización de la fuerza o solamente un eslogan político. Y esto porque, como explica Nathanson, el concepto de guerra genera una confusión moral en la sociedad. En efecto, en el transcurso de una guerra los soldados tienen permitido realizar acciones que tengan por fin destruir al enemigo. Esto produce que los valores en los que esa sociedad se sustenta se trastocuen, perdiéndose así la noción de qué es moralmente aceptable y qué no lo es.⁸⁴

La opción de la fuerza militar deberá limitarse entonces a aquellas situaciones en las que una organización terrorista hubiere alcanzado una envergadura tal que se hubiere transformado en un grupo insurgente con capacidad real para disputar el control territorial y político del Estado. Aun así, en estos casos deberán respetarse todas y cada una de las reglas y principios de los conflictos armados, así como también las leyes penales en los casos en los que resultaren aplicables. Asimismo, en el marco de una persecución policial y judicial de aquellos que cometieren actos de terrorismo, será un requisito *sine qua non* atenerse a las garantías del Derecho Penal y a las normas y presupuestos de los derechos humanos, evitando dictar normas de emergencia, otorgar potestades extraordinarias al poder ejecutivo y/o adoptar cualquier tipo de medidas que excedan el marco legal preestablecido. Adicionalmente, será necesario evaluar cuidadosamente el discurso público oficial, a los fines de evitar una apresurada calificación de “terrorista” que impida luego una solución pacífica del conflicto a través de la negociación.

Finalmente, siguiendo a Wolfendale, debemos cuidarnos de la “amenaza del contraterrorismo”:

[s]i los Estados tienen un deber de proteger a sus ciudadanos de la amenaza del terrorismo, entonces la respuesta correcta al terrorismo no es emitir “alertas generales” o declaraciones acerca

84. S. Nathanson, *Terrorism and the Ethics...*, op. cit., p. 87.

de que el terrorismo “no conoce límites” sino explicar la naturaleza de la amenaza y la probabilidad de [sufrir un] ataque; ayudar a la población a obtener una comprensión realista de la amenaza y a recuperar la sensación de seguridad elemental.⁸⁵

En resumen, la acción gubernamental debe apuntar a tranquilizar a la población, no a generar aún más pánico.

En definitiva, si se quiere prevalecer íntegramente sobre el terrorismo debe combatírsele no solo con la fuerza sino también manteniendo los límites morales y jurídicos que las sociedades se imponen a sí mismas en todo momento pues, de lo contrario, sin importar quién quede en pie al final de la lucha, serán los terroristas quienes habrán triunfado.

Bibliografía

- Abrahms, M., “Why Terrorism Does Not Work”, en M. Brown, O. Coté Jr., S. Lynn-Jones y S. Miller (eds.), *Contending with Terrorism: Roots, Strategies, and Responses*, Cambridge, The MIT Press, 2010.
- “Does Terrorism Really Work? Evolution in the Conventional Wisdom since 9/11”, en *Defence and Peace Economics*, 2011, vol. 22.
- “The Political Effectiveness of Terrorism Revisited”, en *Comparative Political Studies*, 2012, vol. 45.
- Ackerman, B., *Antes de que nos ataquen de nuevo. La defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, Barcelona, Península, 2007.
- “The War Against ISIS is Unconstitutional”, en *Lawfare*, 2016.
- Barak, A., “The Supreme Court and the Problem of Terrorism”, en *Judgments of the Israel Supreme Court: Fighting Terrorism within the Law*, Jerusalem, vol. 1, 2005.
- Byman, D., “How to Hunt a Lone Wolf. Countering Terrorists Who Act on Their Own”, en *Foreign Affairs*, marzo/abril 2017.
- Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano, sentencia interlocutoria, “Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging”, Caso STL-11-01/I, 16 de febrero de 2011.

85. J. Wolfendale, “Terrorism, Security...”, *op. cit.*, p. 765.

- Corte Suprema de Justicia de Israel, “HCJ 2006/97. Janimat v. OC Central Command”, citada en *Judgments of the Israel Supreme Court: Fighting Terrorism within the Law*, Jerusalem, vol. 1, 2005.
- De La Corte Ibáñez, L., “¿Hasta qué punto convergen el terrorismo global y la criminalidad organizada?: parámetros generales y escenarios críticos”, en *Revista Electrónica del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2013.
- Dershowitz, A., *Why Terrorism Works. Understanding the threat, responding to the challenge*, New Haven-London, Yale University Press, 2002.
- Dishman, C., “The Leaderless Nexus: When Crime and Terror Converge”, en *Studies in Conflict & Terrorism*, vol. 28, 2005.
- Dworkin, R., *Principles for a new political debate. Is democracy possible here?*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2006.
- “Derechos y Terror”, en *Precedente. Revista Jurídica*, 2007.
- Engler, S., “The U.S. Does Negotiate With Terrorists”, en *Foreign Policy*, 2014.
- Fortna, V., “Do Terrorists Win? Rebels’ Use of Terrorism and Civil War Outcomes”, en *International Organization*, vol. 69, 2015.
- Gasser, H. P., “Actos de terror, ‘terrorismo’ y derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N°847, 2002.
- Hoffman, B., “Rethinking Terrorism and Counterterrorism Since 9/11”, en *Studies in Conflict & Terrorism*, vol. 25, 2002.
- Idler, A. y Paladini Adell, B., “When peace implies engaging the ‘terrorist’. Peacebuilding in Colombia through transforming political violence and terrorism”, en I. Tellidis y H. Toros (eds.), *Researching Terrorism, Peace and Conflict Studies. Interaction, synthesis, and opposition*, Nueva York, Routledge, 2015.
- Jones, S. y Libicki, M., *How terrorist groups end: lessons for countering Al Qaeda*, Rand Corporation, 2008.
- Johnson, D. A., Mora, A., y Schmidt, A., “The Strategic Costs of Torture. How ‘Enhanced Interrogation’ Hurt America”, en *Foreign Affairs*, septiembre/octubre 2016.
- Kalshoven, F., y Zegveld, L., *Restricciones en la Conducción de la Guerra. Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 3ª ed., 2001.
- Kydd, A., y Walter, B., “The Strategies of Terrorism”, en Brown, M., Coté Jr., O., Lynn-Jones, S., y Miller, S. (eds.), *Contending with Terrorism: Roots, Strategies, and Responses*, Cambridge, The MIT Press, 2010.

- Luban, D., “Eight Fallacies About Liberty and Security”, en R. Wilson (ed.), *Human Rights in the ‘War on Terror’*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Nathanson, S., *Terrorism and the Ethics of War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- Pape, R., *Morir para ganar. Las estrategias del terrorismo suicida*, Barcelona, Paidós, 2006.
- Posner, R., *Not a suicide pact. The constitution in a time of national emergency*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Renner, J., y Spencer, A., “Bringing transitional justice to terrorism research: possibilities, pitfalls and critical voices”, en Tellidis, I., y Toros, H. (eds.), *Researching Terrorism, Peace and Conflict Studies. Interaction, synthesis, and opposition*, Nueva York, Routledge, 2015.
- Toros, H., “‘We Don’t Negotiate with Terrorists!’: Legitimacy and Complexity in Terrorist Conflicts”, en *Security Dialogue*, vol. 39, 2008.
- Waldron, J., “Security and Liberty: The Image of Balance”, en *The Journal of Political Philosophy*, vol. 11, 2003.
- Walzer, M., *Just and Unjust Wars*, Nueva York, Basic Books, 4^a ed., 2006. — *Terrorismo y guerra justa*, Buenos Aires, Katz, 2008.
- Wolfendale, J., “Terrorism, Security, and the Threat of Counterterrorism”, en *Studies in Conflict & Terrorism*, vol. 29, 2006.

