

PENSAR EN DERECHO N°8

 *Ceudeba*



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN DERECHO

NRO. 8 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: julio de 2016

© 2016 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

Decana: *Dra. Mónica Pinto*

Vicedecano: *Dr. Alberto J. Bueres*

Consejo Directivo de la Facultad de Derecho

Claustro de profesores

Consejeros titulares

Prof. Oscar Ameal
Prof. Beatriz Krom
Prof. Ernesto Marcer
Prof. Gonzalo Álvarez
Prof. Marcelo Gebhardt
Prof. Adelina Loianno
Prof. Enrique Zuleta Puceiro
Prof. Lily Flah

Consejeros suplentes

Prof. Alberto J. Bueres
Prof. Daniel R. Vítolo
Prof. Luis Mariano Genovesi
Prof. Martín Böhmer
Prof. Raúl Gustavo Ferreyra
Prof. Mary Beloff
Prof. Marcelo E. Haissiner
Prof. Mario Ackerman

Claustro de graduados

Consejeros titulares

Ab. Leandro Ernesto Halperin
Ab. Mónica Balmaceda
Ab. Pablo Andrés Yannibelli
Ab. Sebastián Alejandro Rey

Consejeros suplentes

Ab. Gisela Candarle
Ab. Carlos Aguas
Ab. Aldo Claudio Gallotti
Ab. Lisandro Mariano Teszkiewicz

Claustro de estudiantes

Consejeros titulares

Leandro Mutchinick
Catalina Cancela Echeagaray
Micaela Pisterman Rozenek
Florencia Levato

Consejeros suplentes

Carlos Plaza
María Agustina Reyes Gerosi
Tomás González Vera
Patricio Méndez Montenegro

Representante No Docente

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 Técnico: *Mag. Alejandro Gómez*

Subsecretarios

Subsecretario Académico: *Ab. Lucas Bettendorff*
Subsecretario de Administración: *Ab. Rodrigo Masini*
Subsecretario de Planificación Educativo: *Ab. Enrique Rodríguez Chiantore*

Índice

Dossier La institucionalidad democrática a la luz del Bicentenario del Congreso de Tucumán

El traspaso de la justicia nacional a la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a veinte años de la Constitución de la Ciudad 9
Marcela I. Basterra

Los directores designados a propuesta del Estado argentino en sociedades privadas: ¿un nuevo modo de intervención del Estado en la economía?31
Daniel Roque Vítolo

La reestructuración de la deuda soberana: fragmentación legal a nivel internacional 87
Valentina Delich

Artículos recibidos por convocatoria abierta

La “sustancia” del objeto en el derecho real de usufructo 103
Gonzalo Pérez Pejic

Autodeterminaciones posibles: a propósito de los conflictos en Escocia, Cataluña y Euskadi 151
Emiliano Martín Bursese

Algunos problemas sobre la aplicación del Derecho Extranjero en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino: El tratamiento de las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado..... 207
Mónica Sofía Rodríguez

Las nuevas tecnologías de la informática a la luz de la Encíclica *Laudato Si*. Reflexiones sobre sus ventajas y desventajas. Modernas tendencias en tecnologías verdes.....243
Adriana Margarita Porcelli y Adriana Norma Martínez

Comentario bibliográfico

Kaleck, Wolfgang. *Con el Derecho contra el Poder. Nuestra lucha mundial por los derechos humanos (Mit Recht gegen die Macht. Unser weltweiter Kampf für die Menschenrechte)*. Hanser Berlin Verlag. München, 2015. 291
Por Guido Leonardo Croxatto

Comentario a jurisprudencia

Cooperación entre instituciones financieras internacionales y autoridades nacionales en la lucha contra la corrupción. Comentario a la sentencia *World Bank Group v. Wallace*..... 325
Ignacio Herrera

Dossier

*La institucionalidad democrática a la luz
del Bicentenario del Congreso de Tucumán*

El traspaso de la justicia nacional a la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a veinte años de la Constitución de la Ciudad

*Marcela I. Basterra**

Resumen

En el presente artículo me propongo analizar brevemente la transferencia de la justicia nacional ordinaria a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Para tal fin sistematizaré los fundamentos históricos y normativos, como los precedentes jurisprudenciales que a mi criterio evidencian la necesidad de que se lleve a cabo el mencionado traspaso. Máxime teniendo en cuenta que han transcurrido más de dos décadas desde la reforma de la Constitución Nacional (CN) de 1994, y veinte años exactos desde la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA) de 1996.

Palabras clave: Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, reforma constitucional, Constitución Nacional, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, facultades jurisdiccionales, Poder Judicial, Justicia

* Doctora en Derecho (UBA), Máster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UP), profesora adjunta de Derecho Constitucional (UBA), profesora titular de Derecho Constitucional Político (UCES), profesora de la Maestría en Magistratura de la UBA, profesora de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional (UNLZ), directora del área de Derecho a la Información de la Fundación de Altos Estudios Judiciales (FUNDESI), codirectora de la Carrera de Actualización en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional de la UBA, ex secretaria de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, autora de numerosas obras y trabajos de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, entre las que se destacan sus libros *El Proceso Constitucional de Amparo y Protección de Datos Personales (Hábeas Data)* editados por las editoriales Rubinzal Culzoni y Ediar y UNAM; consejera del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; mbasterra@jusbaire.gov.ar.

Nacional ordinaria, Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, organización de la Justicia Nacional, organización de la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, competencia, traspaso de competencias.

The transference of the national jurisdiction to the justice of the City of Buenos Aires, twenty years after the enactment of the Constitution of the City

Abstract

In this paper I intend to analyze briefly the transference of national ordinary justice to the orbit of the City of Buenos Aires. I will try to point out the historical and normative grounds, and the judicial decisions which in my opinion demonstrate that the transference should be done, having already passed more than two decades since the amendment of the National Constitution of 1994 and twenty years since the enactment of the Constitution of the City of Buenos Aires.

Keywords: autonomy of the City of Buenos Aires, constitutional amendment, National Constitution, Constitution of the City of Buenos Aires, jurisdiction, judicial branch, national ordinary justice, judicial branch of City of Buenos Aires, organization of the national justice, organization of the justice of the City of Buenos Aires, transference of jurisdiction, judicial decisions of the National Supreme Court.

I. El estatus jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la confusión entre la Justicia Nacional Ordinaria y la Justicia Federal

La reforma de 1994 consagró en el artículo 129 la autonomía política, legislativa y jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), estableciendo a su vez que “[...] una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación”.

A lo largo de estos años, como consecuencia de la reforma de 1994, se han dado arduas discusiones acerca del estatus constitucional de los jueces nacionales con asientos en la Ciudad de Buenos Aires.

En este sentido, transcurridas más de dos décadas de la reforma de la Constitución Nacional y veinte años de la sanción de la Constitución de la CABA, aún queda por resolver el traspaso de la llamada “Justicia Nacional” a la jurisdicción de la Ciudad.

Como bien señalan Alterini y Presti,¹ la equiparación o confusión que actualmente existe entre el fuero federal y los tribunales nacionales ordinarios de la Capital Federal fue generada por la ley nacional N° 13.998² que reglamentó el segundo párrafo del artículo 94 de la Constitución Nacional de 1949, hoy derogado.

En concordancia con lo expuesto, cabe destacar el voto del Juez Lozano del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, en autos “Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Martitegui, Edgardo Aníbal c/ GCBA s/ daños y perjuicios”,³ donde enfatizó: “Es cierto que para supuestos determinados la CSJN, a partir de la ley nacional N° 13.998 que reglamentó la reforma constitucional de 1949 en el orden judicial, ha realizado una suerte de equiparación entre los tribunales nacionales con asiento en la Ciudad de Buenos Aires pertenecientes al fuero federal y los denominados nacionales ordinarios. Anteriormente, tal como ocurrió en el modelo de donde fueron tomados los arts. 100 y 101 de la CN de 1860, actuales 116 y 117, los jueces que ejercían competencias locales en el ámbito de la ciudad capital de la Nación no integraban el Poder Judicial federal. El art. 94 de la Constitución de 1949 integró a los jueces de la Ciudad de Buenos Aires con competencias ordinarias al Poder Judicial de la Nación. La ley nacional N° 13.998, citada más arriba reglamentó esa cláusula constitucional, y a partir de ese momento cupo decir que todos eran jueces de la Nación, por oposición a los jueces de provincia”. Agregando que, “La reforma de 1994 procedió en sentido originario devolviendo al pueblo de la Ciudad de Buenos Aires las potestades

1. Alterini, Juan Martín; Presti, Daniel Agustín, “La Justicia Nacional Ordinaria con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Cuestiones institucionales, jurídicas y constitucionales”, en *LL*, 2010-B, p. 976.

2. Ley N° 13.998, publicada en el Boletín Oficial el 11/10/1950.

3. STJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Martitegui, Edgardo Aníbal c/ GCBA s/ daños y perjuicios, 21 de agosto de 2009”.

jurisdiccionales de las que había sido privado, alterando con ello la igualdad política de quienes somos ciudadanos argentinos. En su marco, los jueces nacionales ordinarios ejercen aquellas competencias de la Ciudad Autónoma contempladas en el art. 129 de la CN que les ha reservado la ley 24.588, esto es, potestades que toma la Nación en ejercicio de su discrecionalidad legislativa, hasta tanto exista un acuerdo entre Nación y Ciudad que permita dar plena operatividad al citado art. 129 de la CN”.

A pesar del claro estatus autónomo que los constituyentes de 1994 le otorgaron a la CABA en el texto constitucional, la ley N° 24.588⁴ (conocida popularmente como ley Cafiero o de garantías del Estado Nacional) restringió significativamente esa autonomía. Con buenas razones, se ha señalado que esta norma es manifiestamente inconstitucional, en tanto excede los límites impuestos por la citada cláusula constitucional, al regular aspectos que no tienen vinculación alguna con los intereses del Estado Nacional en la Ciudad, en clara violación de lo prescripto por el párrafo 2° del artículo 129 CN.⁵

Sin perjuicio de ello, el proceso de afianzamiento de la autonomía jurisdiccional plena de la Ciudad comenzó a recorrer paulatinamente un derrotero sin retorno; fue el decreto del PEN N° 1417/96⁶ –independientemente de su falta de efectividad real– el primer instrumento que aportó argumentos trascendentales en favor de la autonomía de la CABA. En efecto, en los considerandos se destaca que desde la institucionalización de nuestro país en aquellos territorios donde la autoridad política era asumida por un delegado del poder federal, se hizo necesario crear la Justicia nacional, con el objeto de asegurar el servicio de justicia para los conflictos de derecho común que se suscitaban entre los vecinos de esos territorios.⁷

Asimismo, y pese al texto restrictivo de la ley N° 24.588, desde el Congreso Nacional se han dado claros indicios de reconocimiento hacia las facultades jurisdiccionales de la Ciudad. Quizá el más elocuente ha sido la

4. Ley N° 24.588, publicada en el Boletín Oficial el 30/11/1995.

5. Alterini, Juan Martín y Presti, Daniel Agustín, *op. cit.*, p. 976.

6. Decreto N° 1417/96, 11/12/1996.

7. Seijas, Gabriela, “Las facultades jurisdiccionales de la Ciudad de Buenos Aires”, en *LL*, Sup. Act. 15/03/2012, p. 1.

denominada Ley de Fueros.⁸ En esta, el Congreso Nacional admite la competencia penal de los magistrados de la Ciudad, al prever que “[...] cuando, por parte de juez nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se abra una causa penal en la que se impute la comisión de un delito a un legislador, funcionario o magistrado sujeto a desafuero, remoción o juicio político, el Tribunal competente seguirá adelante con el procedimiento judicial hasta su total conclusión”.

Por último, otro eslabón de esta cadena es la ley N° 26.052,⁹ relativa a delitos menores vinculados a narcóticos, que establece la opción para las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de asumir la competencia en los delitos tipificados. De lo que se colige que el propio Congreso considera que la Ciudad posee facultades de jurisdicción sobre cuestiones criminales ordinarias.¹⁰

Con la provincialización del Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur a través de la ley N° 23.775,¹¹ y la declaración de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires contemplada en la reforma constitucional de 1994, se cierra el ciclo histórico federal del territorio argentino.

Actualmente están a cargo del Poder Judicial nacional cientos de jueces y camaristas que prestan servicios en la Ciudad de Buenos Aires, en materias reguladas por el derecho común. A partir de la autonomía constitucionalmente otorgada, esto importa una grave lesión al federalismo argentino, toda vez que la Nación tiene una injerencia decisiva en asuntos locales.¹²

No existe fundamento jurídico alguno para que en la Ciudad de Buenos Aires subsistan los llamados tribunales nacionales que conocen en materia de derecho común, por cuanto, como principio, estos temas exceden la jurisdicción de los tribunales federales. ¿Cómo se justifica que la quiebra de una sociedad comercial en Córdoba sea resuelta por la justicia provincial, pero que en la Ciudad de Buenos Aires deba hacerlo la justicia nacional? Tampoco es

8. Ley N° 25.320, publicada en el Boletín Oficial el 13/09/2000.

9. Ley N° 26.052, publicada en el Boletín Oficial el 31/08/2005.

10. Gusman, Alfredo S., “Un objetivo que debe ser común: afianzar el sistema judicial”, en *LL*, Sup. Act. 03/03/2010, p. 1.

11. Ley N° 23.775, publicada en el Boletín Oficial el 15/5/1990.

12. Seijas, Gabriela, *op. Cit.*, p. 1.

razonable sostener que concierne a los intereses del Estado Nacional la resolución de asuntos de familia, ocurridos en las jurisdicciones locales.¹³

II. Las objeciones constitucionales. Su respuesta

Sin embargo, no pueden soslayarse las objeciones constitucionales que han sido planteadas en la discusión sobre la transferencia de jueces nacionales a la órbita de la Ciudad. Así, se argumentó que los artículos 75 inciso 12 y 116 de la Carta Magna reservan la aplicación de los códigos de fondo a los tribunales federales o provinciales, y que la Constitución no admite la posibilidad de que esa legislación pueda ser aplicada por los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires.¹⁴

También se puntualizó que el control difuso de constitucionalidad es atribuible a los jueces federales y provinciales, pero que no podría hacerse extensivo a los magistrados de la Ciudad.¹⁵

Otra de las oposiciones se centró en que el principio de inamovilidad judicial consagrado en el artículo 110 de la CN constituía un obstáculo a la transferencia de los jueces nacionales a la Ciudad.

En lo que concierne a la primera discrepancia, entiendo que la misma ha quedado superada, ya sea por la tesis del olvido del constituyente¹⁶ o

13. Ver Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, T.II B, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 433; Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina*, 4ta. ed. Actualizada, Buenos Aires, Zavalía, 2007, p. 633.

14. Esta posición fue asumida por Eduardo Moliné O'Connor, Guillermo López y Adolfo Vázquez en su voto en disidencia en la causa "Currao, Carmen Alicia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ accidente-civil", resuelta por la Corte el 26/09/03. En apoyo de su posición citaron las opiniones de los Senadores Menem, Alasino y Cafiero al tratar el proyecto de la ley N° 24.588.

15. Spota, Alberto Antonio, "Naturaleza de los jueces de derecho en la Constitución", en *DJ, LL*, 1997, p. 1028 y ss.; Recondo, Ricardo, "Sobre el traspaso de la justicia, el respeto a las instituciones y la seguridad jurídica", en *LL*, 08/03/10, p. 1; y Kiper, Claudio, "Razones que impiden el traspaso de la Justicia Ordinaria a la Ciudad de Buenos Aires", en *LL*, 1997-B, p. 862.

16. Morello, Augusto y Loñ, Félix, "El poder judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en *JA*, 1996-IV, octubre-diciembre, Buenos Aires, pp. 633-8.

bien por la interpretación extensiva del término “provinciales”.¹⁷ Asimismo, porque el artículo 129 de la CN, al no contemplar limitaciones a las facultades jurisdiccionales propias de la CABA, abarca todas aquellas posibles en nuestro sistema institucional con detracción de las que afecten intereses federales estrictamente previstos por el 2º párrafo del dispositivo legal.¹⁸

Sobre este punto, se ha afirmado que suponer que los jueces de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no pueden aplicar la legislación de fondo por la redacción del artículo 75 inciso 12 de la CN implicaría sostener –por absurdos motivos–, que tampoco los llamados “jueces nacionales” puedan aplicar los códigos de fondo. Efectivamente, la norma solo menciona a los jueces federales y provinciales, por lo que no es posible encuadrar a aquellos en ninguna de estas dos categorías.

A mayor abundamiento, la única clasificación de magistrados que la Constitución adopta es la de federales y locales, entre los que corresponde incluir a los jueces de la Ciudad. Para corroborar esta afirmación, basta repasar algunas de las disposiciones de la Ley Suprema, por ejemplo el artículo 99, inciso 4º que faculta al presidente de la Nación a designar jueces de la Corte Suprema (con acuerdo del Senado) y a “los demás jueces de los tribunales federales”, sin mencionar a los jueces nacionales, al igual que el artículo 75 inciso 12.¹⁹

En consecuencia, el traspaso de las facultades jurisdiccionales en materia de derecho común actualmente ejercidas por los jueces de la Nación sería totalmente adecuado a la observancia del principio de autonomía del pueblo, conforme está instrumentado en la Constitución Nacional.²⁰

A su vez, si bien es cierto que no hay acuerdo unánime sobre el estatus jurídico de la Ciudad Autónoma, en lo que aquí interesa, es decir en lo que respecta a las facultades jurisdiccionales, debe considerársela como una provincia más.²¹ Robustece esta tesis el primer Convenio de Transferencia Progresiva de

17. Ekmekdjíán, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1999, pp. 790-791.

18. Alterini, Juan Martín; Presti, Daniel Agustín, *op. cit.*, p. 976.

19. Álvaro, Claudia; Manes, Silvina, “El traspaso de la Justicia, el respeto a las instituciones y la seguridad jurídica”, en *LL*, 2010 –B, p. 1309.

20. Alterini, Juan Martín; Presti, *op. cit.*, p. 976.

21. Martín, Adrián M., “Algunas nuevas cuestiones sobre el juzgamiento de delitos por parte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en *El Dial*, 09/09/2011, DC16B5.

Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad,²² que establece: “Más allá del debate doctrinario sobre el *status* de la ciudad, en cuanto a su identificación con las provincias, resulta claro que el *desideratum* de la norma constitucional es concluir en una autonomía jurisdiccional plena, en los mismos términos que gozan las provincias”.

Por consiguiente, nada indica que el concepto de jurisdicción utilizado por el artículo 129 tenga un alcance diferente al ordinario, esto es, al que poseen todas las provincias argentinas. Sin perjuicio de las posturas reseñadas, es evidente que una disposición de la Constitución originaria no puede contraponerse a la de una reforma producida más de cien años después.

En torno a la segunda observación, disiento con la misma en todos sus aspectos. Ello, en el entendimiento de que luego de la reforma de 1994, la Ciudad de Buenos Aires goza de idénticas facultades jurisdiccionales que las provincias en tanto estas son inherentes al concepto jurídico de “autonomía”. En este sentido, se ha señalado que “el concepto constitucional de autonomía implica por lo menos el poder efectivo de organizar el gobierno local en las condiciones de la Constitución de la República, dándose las instituciones adecuadas al efecto, rigiéndose por las formas exclusivas de elegir sus autoridades públicas, independientes del Gobierno Federal, de regular el desempeño de sus funciones, en la capacidad, finalmente, de desarrollar dentro de su territorio el imperio jurisdiccional por leyes y otros estatutos con relación a todo otro asunto no comprendido entre los que la Constitución ha acordado al Gobierno Nacional”.²³

En este contexto, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires en el artículo 106 asigna al Poder Judicial “el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales [...]”. Si se acepta, como expresamente afirma el texto constitucional, que la Ciudad posee facultades de jurisdicción, es inevitable concluir que en el ejercicio de esa potestad los jueces deben expedirse sobre la validez, a la luz de la Constitución Nacional, de las normas nacionales o locales.²⁴

22. Ley N° 25.752, publicada en el Boletín Oficial el 28/07/2003.

23. CSJN Fallos 320:87, 29/03/97, “Gauna, Juan Octavio c/ acto comicial”, Voto en disidencia de los Ministros Fayt, Belluscio y Bossert en la causa (considerando 9°).

24. En sentido concordante ver los argumentos de Gulco, Hernán, “La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. La ley Cafiero es inconstitucional”, en *La Ley*, 22/04/2010.

El control de constitucionalidad en nuestro sistema judicial es difuso y en consecuencia se encuentra en manos de todos los jueces de la República,²⁵ tal como tradicionalmente ha señalado la Corte Suprema²⁶ y ha reiterado al resolver la causa “Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo”, el 15 de junio de 2010.²⁷

Por último, respecto de la garantía de inamovilidad de los magistrados, resulta pertinente referirnos a los términos que emplea la propia Constitución Nacional en el artículo 110 que prescribe: “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones”.

25. Amaya, Jorge Alejandro, *Control de Constitucionalidad*, 2da. ed., Buenos Aires, Astrea, , 2015, pp. 123-150.

26. CSJN Fallos, 32:120, 15/09/1887, “D. Eduardo Sojo, por recurso de Habeas Corpus, contra una resolución de la H. Cámara de Diputados de la Nación”; Fallos, 33:162, 14/04/1888, “La Municipalidad de la Capital contra doña Isabel A. de Elortondo, sobre expropiación, por inconstitucionalidad de la ley de 31 de octubre de 1884”; Fallos, 308:490, 08/04/1986, “Strada, Juan L. c. Ocupantes del Perímetro Ubicado Entre las Calles Deán Funes, Saavedra, Barra y Cullen”; Fallos, 300:642, 13/06/1978, “Machicote, Juan C”.

27. CSJN Fallos: 333:1023, 15/06/2010, “Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo”. Cabe recordar, también, las claras palabras utilizadas por la Corte, el 1º de diciembre de 1998, en la sentencia de la causa “Di Mascio, Juan Roque”, Fallos: 311:2478, en cuanto señaló que: “Es facultad no delegada por las provincias al Gobierno Nacional la de organizar su administración de justicia y, por ello, la tramitación de los juicios es de su incumbencia exclusiva, por lo que pueden establecer las instancias que estimen convenientes (arts. 104, 105 y 108 de la Constitución Nacional); empero, tal ejercicio es, desde todo punto de vista, inconstitucional si impide a los magistrados locales considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional, las leyes que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, a las que las autoridades de cada Estado están obligadas a conformarse, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan sus constituciones o leyes”. En esa causa se aseguró también que: “La custodia del principio contenido en el art. 31 de la Constitución Nacional se encuentra depositada en todos los jueces” [...]. “Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella.”

A partir de las pautas que surgen del propio texto constitucional, la doctrina y jurisprudencia han construido la noción de “inamovilidad de los magistrados”, cuyo objetivo es asegurar la independencia del Poder Judicial respecto de los otros poderes del Estado.

La Corte con acierto ha destacado que se trata “antes que de un privilegio a favor de quienes ejercen la magistratura, de una garantía a favor de la totalidad de los habitantes”.²⁸

El alcance que debe asignársele a esta garantía surge de la interpretación armónica y sistemática de los artículos 110 y 129 CN, por lo que el imperativo constitucional en cuanto a que la Ciudad de Buenos Aires desarrolle plenamente los poderes conferidos es un interés superior y no necesariamente opuesto al principio de inamovilidad de los jueces, que además se encuentra consagrado en la Constitución de la CABA.

Si el traspaso asegura equivalencia de cargo, grado, funciones y demás condiciones en las cuales el servicio es prestado (cláusula transitoria trece de la CCABA), no tiene fuerza jurídica la doctrina que lo rechaza por inconstitucional, ya que la única variación versaría acerca de la estructura dentro de la cual se insertan; y la garantía de inamovilidad no otorga un derecho relativo al mantenimiento de esta última.

III. El fallo “Corrales” y la jurisprudencia de los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires

El 9 de diciembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en el caso “Corrales, Guillermo Gustavo y otros s/ hábeas corpus”.²⁹ El mismo versaba sobre una contienda negativa de competencia entre la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, y la Cámara Federal de Casación Penal en un hábeas corpus colectivo interpuesto a favor de las personas mayores de 70 años detenidas, procesadas y/o condenadas por delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar, basado en el agravamiento de las condiciones en que se cumplen las penas.

28. CSJN, Fallos 319:24, 11/04/1996, “Acordada 20/96”.

29. CSJN, 09/12/2015, “Corrales, Guillermo Gustavo y otros s/hábeas corpus”.

El Máximo Tribunal en este pronunciamiento modificó su tradicional jurisprudencia en la que equiparaba a los jueces nacionales ordinarios con los federales, al enfatizar que: [...] “En atención a que la Constitución federal le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía no puede sino concluirse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio y su continuidad se encuentra supeditada a que tengan lugar los convenios de transferencia de competencias antes aludidos.” Asimismo agrega que “[...] la presente decisión conlleva el abandono del tradicional criterio del Tribunal conforme al cual, a los efectos de analizar si media denegatoria del fuero federal, todos los magistrados que integran la judicatura de la Capital de la República revisten el mismo carácter nacional (Fallos: 233:30; 236:8; 321:2659, entre muchos otros). Por tanto, de aquí en más, a los efectos de dirimir cuestiones de competencia, no corresponde equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los federales”.

En forma complementaria, la Corte exhorta a las autoridades a realizar el traspaso de la Justicia Nacional ordinaria a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, poniendo especial énfasis en el lapso transcurrido desde la reforma constitucional de 1994.

En este orden de ideas, subraya: “En efecto, si bien el carácter nacional de los tribunales de la Capital Federal pudo tener sustento en el particular estatus que esta tenía con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, lo cierto es que, producida esta modificación fundamental, las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria, que vale reiterar, no son federales, deben ser transferidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta forma, al igual que lo que ocurre en las jurisdicciones provinciales, estos asuntos deben ser resueltos por la justicia local. Que transcurridos ya más de veinte años de la reforma constitucional de 1994, resulta imperioso exhortar a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional”.

Luego de este pronunciamiento, la justicia de la Ciudad de Buenos Aires ha dictado varias sentencias receptando el viraje jurisprudencial en la materia.

El 22 de diciembre de 2015,³⁰ en un conflicto de competencia entre la Justicia Nacional en lo Correccional y la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, el juez de primera instancia de la Ciudad resolvió remitir el conflicto de competencia al Superior Tribunal local. Citando y argumentando en base al precedente “Corrales” manifestó que: “[...] si no está comprometida la supremacía del orden federal (art. 31 CN) –puesto que no se está denegando el privilegio federal ni reclama tutela la imparcialidad de la decisión y la armonía nacional– desde que los tribunales que protagonizan el conflicto comparten jurisdicción ordinaria en idéntico territorio la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no satisfaría ninguno de los fines que fundan la jurisdicción federal y, por tanto, no se ajustaría a la regla del art. 24 inc. 7 del decreto-ley 1.285/58”. Concluyendo: “[...] Dado el carácter local que comparten los dos tribunales involucrados en este pleito, y a la luz de lo normado en el art. 129 CN y en el art. 106 CCABA, es claro que –al menos a los fines de dirimir cuestiones de competencia dentro de los límites derivados de la jurisdicción federal y del criterio sentado por la CSJN in re ‘Corrales’– el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad resulta ser el ‘órgano superior jerárquico común’, en los términos del art. 26, inc. 7 de la ley 7 y solo a él corresponde dirimir conflictos de competencia como el examinado en este interlocutorio.”

Siguiendo esta línea de pensamiento, en autos “C.A.C contra GCBA y otros sobre cobro de pesos”³¹ el juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N° 5 de la Ciudad de Buenos Aires remitió una causa por cobro de pesos contra la Ciudad y la Universidad de Buenos Aires a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que entienda en instancia originaria.

El magistrado de grado menciona el precedente del Alto Tribunal y argumenta// que en virtud del reconocimiento a las instituciones de la Ciudad, aun admitiendo que la Ciudad de Buenos Aires no es una provincia, deviene necesario examinar si a los fines de los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, cuando es parte actora o demandada, puede –como en los casos

30. JPCyF de la CABA, N° 10, sentencia interlocutoria del 22/12/2015, causa N° 12906/15 (606D).

31. JCAyT de la CABA, N° 5, 29/04/2016, “C.A.C contra GCBA y otros sobre cobro de pesos”, expte. C55644-2014/0.

que así sucede con la intervención de las provincias o el Estado nacional–, acceder a la competencia originaria de la Corte.

Coligiendo que, “En suma, a la luz de la reciente jurisprudencia y lo señalado precedentemente, corresponde remitir las presentes actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que tenga a bien entender en instancia originaria (cfr. art. 24.1, primera parte, del decreto-ley 1285/58, ratificado por la ley 14.467 y art. 117 CN). Ello así, toda vez que la única forma de conciliar lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución nacional respecto de la Universidad de Buenos Aires –ente autárquico del Estado Nacional– codemandada en autos, con la prerrogativa jurisdiccional que le asiste a la Ciudad de Buenos Aires en razón de su carácter autónomo, es sustanciar la acción ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 326:2479, cfr. Args. 327:5240; 326:4378; 324:2042; 323:470; 315:1232; 314:830; 308:2054; entre otros)”.

IV. Marco operativo y normativo del proceso de transferencia

El artículo 106 de la CCABA establece: “Corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por ella, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales, así como también organizar la mediación voluntaria conforme la ley que la reglamente. Ejerce esta competencia, sin perjuicio del juicio por jurados que la ley establezca”.

Por otra parte, la disposición transitoria decimotercera de la CCABA faculta al Gobierno de la Ciudad a convenir con el Gobierno Federal, que los jueces nacionales de los fueros ordinarios de la Ciudad –de cualquier instancia– sean transferidos al Poder Judicial de la local, conservando su inamovilidad y jerarquía, cuando se disponga que la justicia ordinaria del territorio de la Ciudad sea ejercida por sus propios jueces; sin perjuicio de la posibilidad de acuerdos diferentes para lograr una transferencia racional de la función judicial.

A su vez, la ley N° 7³² –de organización del Poder Judicial local– estructuró la justicia a imagen y semejanza de la justicia nacional de

32. Ley N° 7 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, publicada en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires el 15/03/1998.

la Capital Federal, al tiempo que incorporó los tribunales genuinamente locales: Tribunal Superior de Justicia, jueces de Cámara y de primera instancia de los fueros Contravencional y de Faltas (hoy Penal, Contravencional y de Faltas) y Contencioso Administrativo y Tributario; así como miembros del Ministerio Público.

La Justicia Nacional de la Capital Federal no fue más que una creación legislativa, sin que su existencia pudiera derivarse de alguna cláusula constitucional. Correspondía por consiguiente al Congreso Nacional modificar la normativa vigente en la materia, en cumplimiento del mandato del artículo 129.³³

El Parlamento carece ya de atribuciones para resolver acerca de la organización de la justicia ordinaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires porque se trata de una materia que es competencia de la Legislatura de la Ciudad (artículos 129 CN y 106 CCABA).

La única y exclusiva facultad, atribución o competencia que el Órgano legislativo federal conserva respecto de la “justicia nacional” es la de determinar cuándo y cómo se llevará a cabo el traspaso. Es decir: si este ha de ser solo de competencias o también incluirá los respectivos órganos jurisdiccionales; el momento en que ha de concretarse; y los recursos que habrán de transferirse simultáneamente (artículo 75, inciso 2º, quinto párrafo, CN).

Para concretar el mandato constitucional del artículo 129, se optó inicialmente por un esquema progresivo de traspaso de competencias –con toda razón–, ya que era y es conveniente que el mismo se produzca de manera ordenada, para no afectar el servicio de administración de justicia, si por caso se advirtiera que la Ciudad no cuenta con los recursos necesarios como para afrontar esa nueva carga de trabajo.³⁴

La transferencia se inició en el ámbito de la justicia penal, a través de Convenios de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional Criminal y Correccional, al fuero Penal, Contravencional y de Faltas del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma, merced a la aprobación que el Congreso hizo –hasta el momento– de tres leyes de

33. Seijas, Gabriela, *op. cit.*, p. 1.

34. Vega, Gabriel, E., “Hacia el Tercer Convenio de Transferencias Progresivas de Competencias Penales”, *El Dial*, 11/12/2008, DCFE3.

transferencia de competencias penales: 25.752,³⁵ 26.357³⁶ y 26.702.³⁷

Sin perjuicio de esta progresividad, el proceso de transferencia de la competencia penal es inexorable que concluya con el traspaso de la totalidad de la misma y de las competencias en materia civil, comercial y laboral, dado que la legislación que aprobó los convenios –sin introducir ninguna novedad en el mundo jurídico, toda vez que la autonomía está consagrada en la Constitución Nacional– dejó en evidencia la aceptación final de la manda constitucional por parte de todo el ámbito político argentino.³⁸

Ahora bien, más allá del avance que han significado los referidos convenios, la solución integral no es otra que cumplir con el mandato de la Constitución Nacional, transfiriendo por competencias y/o por fueros la totalidad de la denominada “justicia ordinaria o nacional de la Capital” a la Ciudad Autónoma.

V. La ley como instrumento idóneo para realizar el proceso de transferencia

La reforma constitucional de 1994 reguló los decretos de necesidad y urgencia (DNU) en el artículo 99 consignando como regla, en el inciso 3° de la norma citada: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”.

Sin embargo, también se previó que –en circunstancias excepcionales– el Poder Ejecutivo pueda dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, hecho que lógicamente ha de ser materializado respetando las exi-

35. El 7 de diciembre de 2000 se firmó el denominado “Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” entre el Gobierno Nacional y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –ratificado por la ley N° 25.752 y la ley de la Ciudad N° 597–, a fin de que desde su vigencia diversas figuras ilícitas fueran juzgadas por el poder judicial local.

36. El día 1° de junio del año 2004 se suscribió otro convenio entre el Gobierno Nacional y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –ratificado por la ley N° 26.357 y la ley de la Ciudad N° 2257.

37. Esta ley promulgada el 5 de octubre de 2011 aprueba un nuevo convenio de transferencia de competencias mucho más amplio y notablemente más ordenado que el anterior.

38. Vega, Gabriel E., *op. cit.*, *El Dial*, 11/12/2008, DCFE3.

gencias que estipula el propio texto constitucional, y los estándares que al respecto ha venido delineando la Corte Suprema.

Así el citado artículo 99 inciso 3° establece: “Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta Comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.”

Como se desprende del precepto legal transcrito, la Constitución reformada estableció un *marco normativo constitucional* para tener por válidas las disposiciones de carácter legislativo que emita el Poder Ejecutivo, siempre que se cumplan los siguientes recaudos: a. Circunstancias excepcionales; b. Imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes; y c. En ningún caso los decretos de necesidad y urgencia pueden versar sobre materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

Según lo ha señalado parte de la doctrina,³⁹ para que proceda el dictado de un decreto de necesidad y urgencia deben concurrir los siguientes elementos: a) un estado de necesidad que imponga al Estado, bajo el riesgo de su continuidad como tal, el dictado de esta norma a fin de sortear una grave crisis de cuya magnitud surja inevitable la sanción de la misma, y que de no sancionarse con la premura del caso puedan devenir para la sociedad extremos graves de imposible reparación ulterior; b) debe existir siempre la debida y ponderada razonabilidad entre el fin perseguido por la norma, y el

39. Aquino Britos, Armando, “Los Decretos de Necesidad y Urgencia”, en *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, N°166, febrero de 2000, p. 6.

medio (medidas) adoptado para conjugar la crisis que dispone el decreto; c) urgencia en la sanción del decreto a fin de evitar procedimientos ordinarios que, en caso de cumplirse, la solución sería tardía.

Respecto de la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes, cabe aclarar que ha de tratarse de una imposibilidad funcional.

Por último, aun cuando se den las circunstancias excepcionales, el Poder Ejecutivo no podrá dictar disposiciones de naturaleza legislativa que versen sobre las cuestiones prohibidas.

En uno de los primeros pronunciamientos de la Corte –en autos “Rodríguez, Jorge” –,⁴⁰ deja sentada su postura entendiendo que se trata de una cuestión política no justiciable, afirmando que corresponde el análisis por parte del Congreso en cuanto a la oportunidad y acierto de la emisión del decreto; quedando como materia justiciable solo lo referido a su pronunciamiento formal y el fondo de lo que disponga el decreto.

Con posterioridad, en “Verrocchi”⁴¹ señala las condiciones bajo las cuales puede ejercer el Poder Ejecutivo esta facultad. Entre las exigencias materiales, hace referencia a la existencia de un estado de necesidad configurado por la imposibilidad del Congreso de dictar normas, o ante una situación de urgencia de tal envergadura que torne necesario una solución inmediata.

Asimismo, la Constitución establece ciertos requisitos formales para que sea válida la sanción de un DNU a saber; a) el acuerdo general de ministros, b) la participación del jefe de gabinete. La norma exige que el jefe de gabinete “personalmente y dentro de los diez días” someta el DNU a la consideración del Congreso, a través de la Comisión Bicameral, c) el tratamiento por el Congreso, que comienza por la ponderación del DNU por una Comisión Bicameral Permanente.⁴²

Además del control parlamentario, los decretos de necesidad y urgencia pueden ser objeto de control judicial. No obstante la posición asumida

40. CSJN, Fallos, “Rodríguez, Jorge, Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/ plantea cuestión de competencia”, 17/12/1997.

41. CSJN, Fallos 322:1726, “Verrocchi, Ezio D. c/ Administración Nac. de Aduanas”, 1999.

42. Barra, Rodolfo, Licht, Miguel, “Los decretos de necesidad y urgencia”, en *LL*, 03/03/2016, p. 1.

en “Verrocchi”, en “Guida”⁴³ el Alto Tribunal declara la constitucionalidad de un DNU, sentencia que indudablemente significó un retroceso en materia de control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia.

Sobre este punto, no es ocioso mencionar que la mayor parte de la doctrina constitucional adhiere a un control amplio y pleno, comprensivo de: los aspectos que dieron lugar a las circunstancias excepcionales, la razonabilidad entre el remedio y los males que se pretenden evitar, la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para el proceso de formación y sanción de leyes, si no refiere a normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, y por último, si se ha respetado el trámite formal que exige la Constitución.⁴⁴

Felizmente puede afirmarse que a partir del fallo “Consumidores Argentinos”,⁴⁵ la Corte despeja cualquier tipo de duda acerca de la facultad del Poder Judicial para realizar el control de constitucionalidad sobre los presupuestos habilitantes para el dictado de decretos de necesidad y urgencia, expidiéndose a favor del control judicial sobre los presupuestos fácticos que habilitan el ejercicio de determinadas atribuciones del Poder Ejecutivo.

Se visualiza sin dificultades que progresivamente la Corte ha ido ejerciendo un control cada vez más amplio de los DNU, en especial en cuanto a su constitucionalidad, dejando sentada la jurisprudencia de que tal control no debe referirse tan solo a los aspectos “formales” sino también a los “sustanciales”, analizando las cuestiones de fondo mencionadas precedentemente.

43. CSJN, Fallos 323:1566, “Guida, Liliana v. Poder Ejecutivo Nacional s/ empleo público”, 02/06/2000.

44. Ampliar de Basterra, Marcela I., “La Reglamentación de los Decretos de Necesidad y Urgencia”, en *El Poder Legislativo*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Editorial Fundación Konrad Adenauer. Publicado en la Página web de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2009. www.aadconst.org

“El alcance del control en materia de Decretos de Necesidad y Urgencia. Estándares actuales”, en *Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ADA)*, N° 4, diciembre de 2011, p. 123.

“Los decretos de necesidad y urgencia. A diez años de la reforma constitucional”, en *ED*, 17 de septiembre de 2004.

45. CSJN, Fallos, “Consumidores Argentinos v. Estado Nacional-Poder Ejecutivo”, 19/05/2010.

En base a estas consideraciones, es claro que el instrumento jurídico idóneo para materializar la transferencia jurisdiccional de la Justicia Nacional a la Ciudad Autónoma es (material y formalmente) la ley, ya que los DNU más allá de tener que justificarse en una excepcionalidad que no parece emerger en el caso, encontrarían otras tres objeciones de raigambre constitucional:

- a) El propio artículo 99, inciso 3º prohíbe acudir a este instrumento cuando la materia que encierre se trate de normas que regulen materia penal y tributaria (entre otras). Por ende, la estructura del fuero criminal y correccional podría caer bajo la prohibición.
- b) Por otra parte, la necesaria transferencia de recursos traería como consecuencia, por ejemplo, la transferencia de la tasa judicial, cuya naturaleza jurídica está fuertemente discutida, pero que claramente ingresaría en la prohibición tributaria.⁴⁶
- c) Asimismo, la norma contenida en el artículo 75 inciso 2º, quinto párrafo de la CN al establecer que “no habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiente y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso”, hace referencia en su forma de manera expresa a la “ley” (de transferencia y aceptación) reservando la legitimidad de estos actos al órgano y al proceso democrático natural para decidir cuestiones de incidencia económica en la sociedad.

VI. Conclusiones

Como hemos visto en el punto I de este trabajo, la Justicia Nacional de la Capital Federal no fue más que una creación legislativa, sin que su existencia pueda derivarse de ninguna cláusula constitucional. Por lo que no pueden contraponerse en su jerarquía con la clara manda del artículo 129 CN, que otorgó a la Ciudad de Buenos Aires facultades autonómicas políticas, legislativas y jurisdiccionales, lo que cerró en 1994 el ciclo histórico federal del territorio argentino.

46. Al respecto puede verse el trabajo de Del Carril, Enrique “¿Impuesto de justicia o tasa judicial?” Ponencia presentada por el Presidente de FORES en la Conferencia Regional del Banco Mundial, Ciudad de México, mayo de 2001.

En este sentido, la disposición transitoria decimotercera de la CCABA facultó al gobierno de la Ciudad a convenir con el gobierno federal la transferencia de los jueces nacionales de los fueros ordinarios de la Capital al Poder Judicial de la Ciudad cuando se disponga que la justicia ordinaria del territorio de la ciudad sea ejercida por sus propios jueces.

Tal como he enfatizado en el desarrollo del presente trabajo, el Congreso Nacional carece hoy de atribuciones para resolver aspectos inherentes a la organización de la justicia ordinaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dado que la única y exclusiva facultad que conserva respecto de la “justicia nacional” es la de resolver cuándo y cómo hacer el traspaso.

Conforme hemos señalado en el punto IV, las facultades para dictar un decreto de necesidad y urgencia son admitidas en condiciones de rigurosa excepcionalidad para limitar y no para ampliar el sistema presidencialista. La admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace con sujeción a exigencias formales y sustanciales que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país. Por esto, el instrumento jurídico idóneo para proceder a la transferencia jurisdiccional de la justicia Nacional a la Ciudad Autónoma es –material y formalmente– la ley.

Finalmente, debe destacarse el argumento empleado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Corrales”, dado que el mismo constituye un paso de suma importancia a fin de alcanzar el postergado reconocimiento de las facultades jurisdiccionales de la Ciudad de Buenos Aires, lo que redundará definitivamente en beneficio de la consagración de su autonomía.

Bibliografía

- Alterini, Juan Martín; Presti, Daniel Agustín: “La Justicia Nacional Ordinaria con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Cuestiones institucionales, jurídicas y constitucionales”, en *LL*, 2010-B, p. 976.
- Alvaro, Claudia; Manes, Silvina: “El traspaso de la Justicia, el respeto a las instituciones y la seguridad jurídica”, en *LL*, 2010 -B, p. 1309.
- Amaya, Jorge Alejandro: *Control de Constitucionalidad*, 2da. ed., Buenos Aires, Astrea, 2015, pp. 123-150.
- Barra, Rodolfo; Licht, Miguel: “Los decretos de necesidad y urgencia”, en *LL*, 03/03/2016 , p. 1.

- Basterra, Marcela I.: “Los decretos de necesidad y urgencia. A diez años de la reforma constitucional”, en *ED*, 17 de septiembre de 2004.
- “La Reglamentación de los Decretos de Necesidad y Urgencia”, en *El Poder Legislativo*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Editorial Fundación Konrad Adenauer. Publicado en la Página web de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2009. www.aad-const.org
- “El alcance del control en materia de Decretos de Necesidad y Urgencia. Estándares actuales”, en *Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ADA)*, N° 4, diciembre de 2011, p. 123.
- Bidart Campos Germán: *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, T.II B, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 433.
- Cassagne, Juan C.: “Sobre la reserva de la Ley y los Reglamentos de Necesidad y Urgencia en la reforma constitucional”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1994, p. 62.
- Del Carril, Enrique: “¿Impuesto de justicia o tasa judicial?” Ponencia presentada por el presidente de FORES en la Conferencia Regional del Banco Mundial, Ciudad de México, mayo de 2001.
- Ekmekdjíán, Miguel Ángel: *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1999, pp. 790-791.
- Gulco, Hernán: “La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. La ley Cafiero es inconstitucional”, en *La Ley*, 22/04/2010.
- Gusman, Alfredo S.: “Un objetivo que debe ser común: afianzar el sistema judicial”, en *LL*, Sup. Act. 03/03/2010, p. 1.
- Kíper, Claudio: “Razones que impiden el traspaso de la Justicia Ordinaria a la Ciudad de Buenos Aires”, en *LL*, 1997-B, p. 862.
- Martín, Adrián M.: “Algunas nuevas cuestiones sobre el juzgamiento de delitos por parte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en *El Dial*, 09/09/2011, DC16B5.
- Morello, Augusto y Loñ, Félix: “El poder judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en *JA*, 1996-IV, Buenos Aires, octubre-diciembre, pp. 633-8.
- Quiroga Lavié, Humberto: *Constitución de la Nación Argentina*, 4ta. ed. actualizada, Buenos Aires, Zavalía, 2007, p. 633.
- Recondo, Ricardo: “Sobre el traspaso de la justicia, el respeto a las instituciones y la seguridad jurídica”, en *LL*, 08/03/10, p.1.

Seijas, Gabriela: “Las facultades jurisdiccionales de la Ciudad de Buenos Aires”, en *LL*, Sup. Act. 15/03/2012, p. 1.

Spota, Alberto Antonio: “Naturaleza de los jueces de derecho en la Constitución”, en *DJ, LL*, 1997, p. 1028.

Vega, Gabriel, E.: “Hacia el Tercer Convenio de Transferencias Progresivas de Competencias Penales”, en *El Dial*, 11/12/2008, DCFE3.

Los directores designados a propuesta del Estado argentino en sociedades privadas: ¿un nuevo modo de intervención del Estado en la economía?

*Daniel Roque Vítolo**

Resumen

En el presente artículo, el autor plantea la problemática que presenta un nuevo modo de intervención del Estado argentino en la economía, por medio de una suerte de expropiación impropia de acciones representativas del capital social de sociedades privadas sujetas al régimen de oferta pública –primero– y por la incorporación de funcionarios públicos a los órganos de administración de dichas sociedades –después–, con el establecimiento de un régimen específico en materia de información societaria y de deberes y obligaciones de dichos directores, diferenciales respecto del resto de los administradores sociales.

Palabras clave: Intervención del Estado, directores, funcionario público, información societaria, responsabilidad.

Board of Directors' members appointed in private sector companies at the proposal of the Argentine State: a new form of State intervention in economic affairs?

* Profesor titular por concurso público de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; director del Departamento de Derecho Económico Empresarial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; director del Instituto de Derecho Económico "Isaac Halperin" de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas; director del Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Notarial Argentina; profesor de grado y posgrado en diversas universidades públicas y privadas del país y del extranjero; y uno de los cien juristas convocados por la Comisión Redactora designada por el decreto 191/2011 para participar en la redacción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994; profesor.vitolo@gmail.com.

Abstract

In this article, the author introduces the problem posed by a new form of intervention by the Argentine State in economic affairs by some kind of improperly expropriating the shares that represent the corporate capital of private sector companies subject to public trading –in the first place– and by incorporating public officers into the board of directors of said companies –in the second place–, creating a specific regime in relation to corporate information and duties and obligations of such directors, different from the rest of the Board of Directors' members.

Keywords: State Intervention, directors, public officers, corporate information, liability.

1. A modo de introducción

¿Debe el Estado intervenir en la vida colectiva en lo que hace a la actividad económica? En caso afirmativo, ¿en qué medida debe hacerlo? Ningún tema es más apasionadamente discutido en política, derecho y economía.¹

En cierto modo, a partir de este fenómeno –la injerencia del Estado– los autores se ubican ideológicamente, definiéndose alrededor de su acción, en el mundo entero.

Hay un hecho que no puede ser desconocido: el Estado, en mayor o menor medida, ha intervenido siempre. El Estado gendarme, espectador, sereno, tan grato a los economistas de la llamada escuela de Manchester,²

1. Algunas de estas ideas ya fueron en su momento insinuadas y desarrolladas incipientemente en Vítolo, Daniel Roque, *Manual Económico y Jurídico de la Empresa*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2003; y en *Manual de Sociedades*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2016.

2. La Escuela de Mánchester surge de la mano de la Liga de Mánchester, en octubre de 1838, convocada por siete relevantes personalidades de la industria, el comercio, las armas e intelectualidad británicas. Resolvieron, en la reunión mantenida en el recinto de la Cámara de Comercio de Mánchester, integrar un movimiento por la derogación de las barreras que impedían introducir libremente granos en Gran Bretaña. Richard Cobden, estampador de algodón, y John Bright, molinero, empresarios cuáqueros, llegaron a la conclusión de que las ventajas inmediatas y fáciles pero no sostenibles, resultado del cercenamiento de la competencia, se habían convertido en el reemplazo de la seguridad a largo plazo y del derecho a disponer en el futuro de los propios bienes y, en definitiva, de la libertad total.

no ha existido nunca. Agregaremos que a despecho de las teorías, en la incontestable realidad, tradicionalmente se ha ido delineando, hasta hace pocos años, un proceso en el cual el Estado ha intervenido cada vez más, ampliando su órbita de acción.³ Aunque no debe dejar de reconocerse que

La idea de formar la Liga, según el testimonio de unos de sus oradores, Brotherton, surgió en las reuniones que realizaban los humildes tejedores de Mánchester, rebeldes contra un sistema que los obligaba a vestirse y alimentarse exclusivamente de la mano de sus propios patrones, lo que veían como una grave restricción a la libertad de elegir. Los ingleses sufrían las leyes mercantilistas del maíz, que aplicaban aranceles estrictos sobre la importación de grano. Al aumentar los precios de la comida, las leyes beneficiaban a los hacendados que apoyaban al gobierno a expensas de los consumidores, especialmente los pobres, ya que al reducir la competencia incrementaban los precios en favor de los propietarios, enriqueciéndolos más a medida que la población aumentaba. El *manchesterianismo* –entonces– se fundó sobre los escritos de David Hume, Adam Smith y Jean-Baptiste Say. Los miembros de la escuela de Mánchester no eran teóricos. Los argumentos que esgrimieron en contra del imperialismo –y en general en favor del liberalismo– los obtuvieron todos de la economía clásica, en particular de Smith, como ya se ha dicho, y del utilitarismo benthamita. Sin embargo, los *free traders* manchesterianos tenían aportaciones originales ya que eran más antiimperialistas que los utilitaristas y más cosmopolitas que los economistas clásicos. Si bien defendieron los principios de la libertad individual contra toda interferencia gubernamental, no por ello dejaron de lado las consideraciones humanitarias, pues aceptaron las regulaciones británicas que se iban promulgando para limitar y controlar el trabajo infantil en las fábricas. De hecho, el movimiento surge no solo en apoyo a los industriales sino también en relación a los obreros de las fábricas de la ciudad de Manchester, empobrecidos por el mercantilismo económico y sus leyes, pues los productores y propietarios de tierras ingleses asignaban precios arbitrarios a sus productos al carecer de competencia y además obligaban por medio del sistema legal a sus trabajadores a comprar solo en sus almacenes.

3. Y esto no es nuevo; bastaría con recordar que el economista John M. Keynes publicó su obra *La Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero* en 1936, en plena Gran Depresión. En esta obra, Keynes criticaba a los economistas liberales que consideraban que el mercado era suficiente por sí mismo para salir de la crisis. Por el contrario, creía que en una situación de desocupación generalizada de la economía como era el caso, no podía esperarse que los mecanismos naturales del mercado llevaran a la recuperación. Keynes defendió la intervención del Estado, gastando o invirtiendo con el objetivo de empujar con su actuación a los empresarios y los consumidores. Las ideas de Keynes pronto fueron aceptadas por una parte importante de los economistas, que se refirieron a ellas como la “revolución keynesiana”. Desde entonces, se acepta como responsabilidad de los gobiernos la intervención para paliar o evitar las fluctuaciones económicas, persiguiendo el crecimiento económico estable. La influencia de Keynes ha llegado a nuestros días, y todavía hoy el pensamiento económico se divide –en cierta forma– entre neokeynesianos,

esta intromisión del Estado en aspectos económicos y comerciales ha tenido un desenvolvimiento pendular a lo largo de la historia.⁴

De hecho, el Estado keynesiano, como modelo general, se consolida en el período comprendido entre los años 1950 y 1973, configurando un modo de enfrentar la demanda económica con pleno empleo, pero estableciendo un ámbito de contradicciones en el seno del Estado,⁵ el cual asume el carácter de eje aglutinador de la economía de posguerra que intentaba obtener un escenario superador del liberalismo a ultranza⁶ y de la planificación rigurosa.⁷

La evolución de este pensamiento se agudizó bajo una óptica monetarista entre los años 1974 y 1979; a partir de 1975 fue girando de un modo gradual hacia un proceso de ajuste estructural e intervencionista más atenuado, respetando el régimen de libre mercado y con políticas de integración a nivel internacional, producto del fenómeno de la globalización.⁸

Sin embargo, ese gradual acercamiento a políticas públicas que pretendían colocar al Estado en un nivel de prestaciones meramente subsidiarias en materia económica⁹ –lo que se manifestó de forma clara con los diversos procesos de privatización de empresas públicas¹⁰ en la década del 90,¹¹

partidarios de un Estado con fuerte protagonismo, y monetaristas o neoliberales, que piensan que el Estado debe limitarse a garantizar –exclusivamente, o al menos prioritariamente– el buen funcionamiento del mercado.

4. Véase Wilensky, H. L., *The Welfare State and equality*, Berkeley, University of California Press, 1975.

5. Véase Moore, B., *Social origins of Dictatorship and Democracy*, Harmondsworth, Penguin, 1973 –ed. traducida en Barcelona, Ed. Península.

6. Véase Gough, Ian, *La economía política del estado de Bienestar*, Madrid, H. Bume, 1982.

7. Véase Rodríguez Cabrero, Gregorio, “Fundamentos socioeconómicos y crisis del Estado de Bienestar”, en *Revista de Servicios Sociales y Política Social*, N° 0, 1984; ídem, “Tendencias actuales del intervencionismo estatal y su influencia en los modos de estructuración social”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, Madrid, Reis, N° 31.

8. Véase Solé, Carlota, “El debate sobre corporativismo-neocorporativismo”, en *Reis*, N° 26, abril-junio, 1984.

9. Véase Sidelsky, Robert, *El fin de la era keynesiana*, Barcelona, Ed. Laia, 1982

10. Véase De la Serna Bilbao, M. N., “La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios”, Bilbao, Ed. Aranzadi, 2010.

11. Véase Cameron, R. y Neal, L., *Historia Económica Mundial desde el paleolítico hasta el presente*, Madrid, Ed. Alianza, 2010.

especialmente en los países latinoamericanos en los cuales la tradición del siglo XX había colocado a los servicios públicos en manos exclusivas, prácticamente, de empresas estatales— no dieron, social ni políticamente, los resultados esperados,¹² lo que generó conflictos de diversa naturaleza y extensión, que derivaron en fenómenos de crisis sistémicas en los años 2001, 2008 y 2012.

La respuesta a esas situaciones fue una suerte de retorno a la recuperación por parte del Estado de una mayor preponderancia en el desarrollo de la actividad económica en el mercado de producción de bienes y servicios.

La expropiación de empresas privadas, la regulación de ciertas cuestiones vinculadas a los escenarios de concursos y quiebras y hasta el otorgamiento de facultades al Estado para intervenir en las empresas privadas son solo algunas de las señales que permiten identificar este fenómeno.

2. ¿Cuáles son los modos de intervención del Estado en la actividad económica?

Hacia finales del siglo XIX, los hombres de las más distintas tendencias tuvieron que aceptar el intervencionismo del Estado como una forma de hacer posible un mayor equilibrio social, porque el libre juego de los intereses económicos traía la concentración de capitales, el monopolio, la especulación y el sojuzgamiento de los sectores de menores recursos.

Así surgió la doctrina denominada Socialismo de Estado, o Socialismo de la Cátedra,¹³ que, en Francia, tomó —precisamente— el nombre de Intervencionismo de Estado.

12. Véase Villar Rojas, F. J., *La privatización de servicios públicos. La experiencia española a la luz del modelo británico*, Madrid, Ed. Tecnos, 1992.

13. Es la denominación aplicada a una escuela económica, iniciada en Alemania, que propendía a las ideas socialistas y a la que pertenecían, casi en su totalidad, los profesores de economía política de aquellas universidades a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, entre los cuales cabe destacar a Gustav Schmoller. El *socialismo de la cátedra* no es más que una aplicación al orden económico de las ideas filosóficas y jurídicas que profesaban los pensadores alemanes. Los partidarios de esa escuela convienen todos en la necesidad de una revisión y nuevo examen de los principios de la ciencia económica; planteaban que era necesario que la economía abandonara el método exclusivamente deductivo y el carácter dogmático que tenía en aquellos días, que no se diera a las leyes naturales un valor absoluto, que no se invocara la libertad para el solo fin de destruir instituciones, y

Pero el problema básico en nuestros días es que el llamado intervencionismo no es un concepto unívoco; por el contrario, existen muchos modos de intervenir. Así, si comparamos el antiguo régimen comunista soviético donde recaía sobre el Estado toda la responsabilidad de la planificación, producción e intermediación de los bienes y servicios necesarios para el mercado, con el sistema imperante en Yugoslavia a partir del año 1948 en que rompiera con el COMINFORM,¹⁴ o la planificación indicativa francesa, con el socialismo británico, o el *New Deal* del presidente Roosevelt en los Estados Unidos, o el sistema de la República Popular China, y ello se contrasta con el rescate que en los años 2008 y 2009 produjeron los gobiernos de los Estados Unidos y de Suiza para el mantenimiento de la operatividad y solvencia del mercado financiero, o la intervención de la Unión Europea en el conflicto de la deuda pública de Grecia, entre tantos otros casos, concluiríamos que, si bien todos los ejemplos registran el hecho de que el Estado interviene en la vida colectiva, los grados y formas de intervención son, sustancialmente, diferentes.

3. Liberalismo político y liberalismo económico

¿Es cierto que sin mercados libres de bienes y servicios no pueden prevalecer las libertades democráticas y los derechos políticos?¹⁵ Son muchos los liberales económicos que afirman que las libertades personales y la propiedad son inseparables.¹⁶ Pero, ¿es esto cierto?¹⁷

que se la empleara más bien para crear las que hacía falta, que no se redujeran las funciones del Estado al establecimiento de los tribunales, y por último, que se trajera a la vida económica el elemento ético, para que las relaciones de esa clase se inspiraran, ante todo, en las ideas del bien y la justicia.

14. Oficina de información sobre el comunismo internacional fundada en 1947 por iniciativa de la Unión Soviética y disuelta en 1956, recibía representaciones de los partidos comunistas de todo el mundo.

15. Véase Sartori, Giovanni, "Liberty and Law", en K. Templeton Jr. (comp.), *The Politicization of Society*, Liberty Press, 1979.

16. Hayek, Friedrich, *Law, Legislation and Liberty. The Political Order of a Free People*, Routledge and Kegan Paul, 1979.

17. Resultan interesantes las observaciones que hace al respecto Friedman, Milton, en "Capitalism and Freedom", publicado en F. Morley (comp.), *Essays on Individuality*, Liberty Press, 1977.

Debemos anticipar que, en nuestro concepto, no existe –en principio– absoluta identidad entre el *liberalismo político* y el llamado *liberalismo económico*. Por el contrario, muchas veces, a pesar de su estrecha relación, son expresiones que se oponen, inconciliables. Pero no todos los autores coinciden en este concepto.

Friederich Hayeck ha sostenido que en cada paso que las comunidades dan, alejándose del sistema de mercado hacia las reformas sociales del Estado de bienestar¹⁸ es inevitablemente un viaje que terminará en un Estado totalitario sin eficacia ni libertad.¹⁹ Por su parte, Churchill,²⁰ Roosevelt²¹ y Nehru,²² de concepciones más evolucionistas en la mitad del siglo XX, consideraban que las reformas graduales eran el único camino para evitar la caída trágica en la dictadura comunista –de aquel tiempo– a través de la revolución.

Hoy nuevos pensadores han aparecido en el marco de la denominada “nueva economía”, y el fenómeno de la globalización ha incorporado al análisis económico también cuestiones fundamentalmente políticas y humanistas. Tal es el caso de Thomas Piketty,²³ quien se ha ocupado de analizar cómo se han distribuido el ingreso y la riqueza en el mundo, desde el siglo XVIII hasta nuestros días. A partir de una rica base de datos económicos de una veintena de países y con certeras pinceladas literarias –Balzac²⁴ y

18. Véase Hayeck, Friederich, *Law, Legislation and Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1976.

19. Véase también Popper, Karl, *The Open Society and its Enemies*, Routledge and Kegan Paul, 1974; y Von Mises, Ludwig, *Liberalismo*, Unión Editorial, 1977.

20. Véase Haffner, Sebastian, *Churchill, Winston, Una biografía*, Ed. Destino, 2002; ídem, Rubin, Gretchen, *Forty ways to look at Winston Churchill*, Ed. Ballantine, 2003.

21. Véase Renshaw, Patrick, *Franklin D. Roosevelt, perfiles del poder*, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 2008.

22. Véase Tharoor, Sashi, *Nheru la invención de la India*, Barcelona, Ed. Tusquets, 2009.

23. Véase Piketty, Thomas, *El capital del siglo XXI*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2014.

24. Balzac, Honorato de, *Cuentos completos de la Comedia Humana*, edición y traducción de Mario Armiño, Madrid, Ed. Páginas de espuma, 2015; ídem, *Grandeza y decadencia de César Birotteau, perfumista*, traducción de María Teresa Gallego, Barcelona, Ed. Alba, 2013.

Austen²⁵ sirven para dar ejemplos de cómo las sociedades han entendido su relación con el dinero—, este economista ha identificado ciertos patrones en el proceso de acumulación del patrimonio en las principales economías. Para el investigador de la *École de Economie de Paris*, cada nación ha respondido de manera diferente a una ley básica del capitalismo, según la cual el rendimiento del capital suele ser superior, a veces por mucho, a la tasa de crecimiento de la economía, lo que puede estimular la concentración de la riqueza y agravar la inequidad; queda a los Estados decidir, individual o colectivamente, cómo influir en esa fuerza polarizante.

O el caso de Yanis Varoufakis,²⁶ quien presenta actualmente una particular visión respecto de una serie de cuestiones fundamentales sobre economía intentando responder un conjunto de interrogantes tales como qué es la riqueza, qué es la pobreza, cuándo y por qué se generaron las desigualdades, cuál es la relación entre poder y dinero, o qué son los mercados financieros; entre otras. Ello, sin dejar de recordar las ideas del Premio Nobel de Economía en 2008, Paul Krugman,²⁷ quien es totalmente crítico de las políticas de austeridad y prescindencia estatal, y considera —a mero modo de ejemplo de su pensamiento— que las economías de Estados Unidos, Japón y Europa pasaron recientemente por una “trampa de liquidez”, en la cual el ahorro no se convirtió en inversión; insistiendo en que, cada vez que los gobiernos recortan los presupuestos públicos, contraen la economía, con lo que se disminuye la recolección de impuestos y en vez de pagar las deudas, las aumentan. Entiende este economista, en cambio, que un aumento de la inversión pública permitiría recuperar el empleo y reactivar la economía productiva, y para ello se requiere de la intervención del Estado.

¿Cuál de las posiciones es la acertada? Pues bien, sobre esto no existe consenso.

Las teorías neoclásicas y neoliberales sostienen que, si se deja actuar libremente a las leyes del mercado, sin interferencia alguna del Estado, el sistema tiende a un equilibrio en el cual la distribución del ingreso corres-

25. Austen, Jane, *Orgullo y prejuicio*, Ed. Penguin Clásicos, formato E-Book, 2015.

26. Véase Varoufakis, Yanis, *El Minotauro global*, Madrid, Ed. Capitán Swing, 2012.

27. Véase Krugman, Paul, *Introducción a la economía*, Barcelona, Ed. Reverté, 2011; ídem, *Fundamentos de economía*, Barcelona, Ed. Reverté, 2012; ídem, ¡Acabad ya con esta crisis!, Madrid, Ed. Crítica, Planeta libros, 2012.

ponderaría a la aportación de cada cual al proceso productivo. Invocan, asimismo, al mercado como mecanismo espontáneo de asignación del capital y demás recursos productivos, en función de la demanda y siempre que la competencia funcione correctamente.

Pero todo este análisis que en teoría resulta tan atractivo depende de realidades concretas, entre las cuales se encuentran la distribución del ingreso, la estructura social, las relaciones de poder y determinados fenómenos históricos que llevan a concluir que el mercado es un mecanismo eficaz, pero no puede erigirse en el único y supremo regulador de la economía.

Por otra parte, la crisis de 1930 demostró –en su momento– la ineficacia de la concepción liberal ortodoxa frente a un mundo no previsto, que alteró la estructura económica del mundo y pudo ser remontado merced a innovaciones profundas de concepción y con una intervención sustancial del Estado en el proceso. Algo similar ocurrió con las crisis de los años 2001, 2008 y 2012 a nivel mundial, norteamericano y europeo.

Claro está que deben descartarse las concepciones dirigistas de carácter totalitario, ya que las mismas tienen su origen en el sojuzgamiento del hombre, supuesto contra el cual nos levantamos en defensa de la libertad.

El liberalismo político y el económico dimanaban de una misma vertiente filosófica. En su lucha histórica el liberalismo político reaccionó contra la concentración del poder, sus abusos y arbitrariedades, y defendió la libertad del individuo y el respeto y afianzamiento de sus derechos fundamentales.

La esencia del liberalismo económico es también la libertad del individuo; esa libertad que, guiada por el interés personal, permitiría –según las teorías– conseguir claros objetivos concernientes al bien colectivo: eficiencia productiva y equidad distributiva, por una parte, y, por otra, la dispersión del poder económico mediante el juego de la competencia entre innumerables empresas.

En su concepción primigenia era, en realidad, perfecta la correspondencia filosófica entre las dos corrientes de liberalismo. De allí la importancia fundamental del concepto de libertad económica y su significación política.

El Estado no necesitaba intervenir para regular la producción ni la distribución del ingreso, tampoco el tráfico mercantil, pues la libre iniciativa privada y la competencia tendían continuamente a lograr la solución más adecuada desde el punto de vista colectivo.

Exento de toda responsabilidad en la vida económica, como no fuera evitar las restricciones o la eliminación de la competencia, el Estado prescindente

podía consagrarse al pleno cumplimiento de las funciones esenciales que le atribuía la teoría política del liberalismo.

Pero aquello que en teoría resultaba perfecto, en la aplicación directa al campo económico trajo muchas veces desequilibrio, al resultar insuficiente el mercado para regular el régimen total de la economía, afectando sensiblemente la movilidad social, a través del proceso de concentración del capital, distorsionando también el comercio.

Los problemas económicos del mundo moderno indican que la tragedia del liberalismo económico se centra en que la libertad económica no puede siempre funcionar del mismo modo en que sus teóricos la habían concebido. Ellos admitieron en abstracto el juego de la libertad económica, pero no con referencia al sistema concreto en que ella se desenvuelve, el cual muchas veces puede resultar adverso.

La aplicación directa de la teoría ha llevado a que, como consecuencia del mantenimiento del sistema ortodoxo de libertad económica, se afecte, en cierta medida, el régimen de libertades políticas. Aun Milton Friedman, teórico contemporáneo del liberalismo económico, ha debido admitir que el éxito del sistema implica –en cierta forma y en ciertos casos– una disminución de libertades en el régimen democrático.²⁸

Sin embargo, por otra parte, la economía totalmente dirigida lleva a un régimen político totalitario y autocrático, donde es el Estado el que decide el sistema de producción y distribución, suplantando la voluntad del hombre y reduciendo al mismo a una condición infrahumana. Esto, por supuesto, no puede aceptarse, ya que debe sostenerse el derecho del hombre de vivir en libertad.

¿Cuál es, entonces –debemos preguntarnos–, el justo punto de equilibrio?

4. El punto de equilibrio

No puede afirmarse válidamente hoy en día –como lo sostenía la ortodoxia del liberalismo económico– que la función del Estado en la actividad económica deba ser de carácter *prescindente*. La realidad palpable

28. Véase Friedman, Milton, *Capitalismo y libertad*, Madrid, Ediciones Rialp, 1966; ídem, *Friedman contra Galbraith*, Madrid, Unión Editorial, 1982; ídem, *La economía monetarista*, Ed. Atalaya, Grupo Planeta, 1999; ídem, Friedman, Milton y Friedman, Rose, *Libertad de elegir*, RBA Coleccionables, 2004.

de los países erigidos en “cuna del liberalismo” da una acabada muestra de ello.²⁹

Gran Bretaña enfrentó, en 1982, el dilema de escoger entre continuar con el plan de racionalización estatal y reducción de subsidios y gastos públicos, a costa de una alta tasa de desempleo, o permitir un desahogo de la economía –para evitar el estallido social– a costa de un rebrote inflacionario.³⁰

Los Estados Unidos asistieron hace muchos años al gran debate público sobre el Plan Reagan, donde se encontraban comprometidos, por una parte, el crecimiento del país, luego de tres años de resultados mínimos en el alza del PBI y, por otra parte, la lucha contra la inflación y el control estricto de la oferta monetaria.³¹

Para no continuar ejemplificando, señalaremos finalmente el dilema que acosó a Europa hace más de diez años: el desempleo. Se estimaba que más de 15.000.000 de europeos se encontraban sin empleo, como consecuencia de la lucha contra la inflación. La reducción del papel del Estado en la economía llevó a una baja en la tasa inflacionaria, pero merced a una recesión de carácter estructural, y no temporaria, por lo que el panorama no mejoró en los años subsiguientes ni aun con la reactivación.³²

29. Véase Palloix, Christian, *Proceso de producción y crisis del capitalismo*, Madrid, Harold Blume Ediciones, 1980.

30. Véase Frank, André Gunder, *El desafío de la crisis. Ensayos sobre la crisis económica mundial. Ironías políticas internacionales y desafío europeo*, Madrid, Ed. Iepala, 1988.

31. Como recuerdan casi todos los analistas políticos y económicos, Reagan implementó políticas basadas en la teoría conocida como economía del lado de la oferta y defendió la filosofía del *laissez-faire*, buscando estimular la economía con reducciones de impuestos a largo plazo y cruzando las fronteras. El plan apuntaba a lograr mejorías en ciertos medidores económicos clave como evidencia de éxito y las políticas públicas se basaron en el supuesto de que el crecimiento económico se daría cuando las tasas marginales de impuestos fueran lo bastante bajas como para estimular la inversión, lo cual conduciría –en la visión de Reagan– a un creciente desarrollo económico, altos niveles de empleo y salarios. Durante la administración Reagan en los Estados Unidos, las tasas federales de impuestos a la renta bajaron significativamente. Pero creció fuertemente el endeudamiento. El plan no surtió los efectos buscados y generó un enorme endeudamiento del país.

32. Véase Ruesga, Santos M, *Desempleo y precaridad laboral en Europa, Acciones e Investigaciones Sociales*, N° 14, Madrid, 2002; Eatwell, J., *Global unemployment*, Londres, M. E. Sharpe, 1985; entre otros.

¿Puede el mercado resolver este problema? No, estas son decisiones políticas en las que interviene el Estado.³³

El liberalismo económico también pasa su crisis; el Estado totalmente prescindente, por su parte, no puede concebirse en forma absoluta en nuestros días.³⁴

Así es como debe llegarse a un justo punto de equilibrio: la concepción del Estado esencial, protagonista y –a la vez– subsidiario, o más correctamente: el esbozo del principio de subsidiariedad estatal en materias no esenciales relacionadas con las políticas públicas.

5. La subsidiariedad estatal

Este principio ha sido concebido para delimitar –en cierta forma– la actividad económica del Estado. En una forma primaria podemos esbozarlo sosteniendo que, en virtud del mismo, el Estado solamente deberá cumplir aquellas funciones en que su participación resulta indispensable, mientras que a las restantes les corresponde ser ejercidas por el sector privado.³⁵

De este modo, no se le veda al Estado el ejercicio de una actividad económica, sino que se prevé, para los supuestos en que su concurrencia resulta necesaria, el ingreso *oportuno y limitado* al desarrollo de la actividad comercial.³⁶

Debemos efectuar una importante distinción de tipo conceptual: el principio de subsidiariedad estatal es de carácter económico, o mejor dicho perteneciente al ámbito de la política económica. Pretender trasladarlo a otros campos constituiría un error sustancial, ya que el Estado ha sido concebido con algunas

33. Véase Krugman, Paul, *The Return of Depression Economics and the Crisis of 2008*, Nueva York, W.W. Norton & Co., 2009.

34. Véase Chingo, Juan. “El capitalismo mundial en una crisis histórica”, en *Revista Estrategia Internacional*, Buenos Aires, N° 25, diciembre 2008-enero 2009.

35. Véase Kresalja Resello, *El principio de subsidiariedad en materia económica*, Lima, Baldo, Palestra editores, 2010.

36. Mirada que se ha proyectado no solo en el ámbito interno de los países, sino también en regulaciones comunitarias, como es el caso de la Unión Europea; véase D’agnolo, G., *La sussidiarietà nell’Unione Europea*, Padua, CEDAM, 1998; ídem, Isaac, G. *Manual de Derecho Comunitario General* (traducción de G-L Ramos Ruano), 3ª edición española, Barcelona, Ariel, 1995; Boulouis, J., *Droit institutionnel de l’Union Européenne*, París, Montchrestien, 1995; entre otros.

obligaciones originales y no subsidiarias, entre las que pueden mencionarse, asegurar la seguridad exterior, la concordia interior, garantizar el orden, brindar asistencia de salud, educación, y promover el crecimiento y el desarrollo.

Ahora bien, ¿cómo delimitar los roles asignados a la actividad pública y a la privada? ¿Cuándo resulta necesario establecer la intervención del Estado en la actividad económica?

6. La división económica

James Tobin ya había indicado hace muchos años que esta discusión resulta sumamente ardua de ser abordada racionalmente, al identificar las diversas posiciones con los grandes temas ideológicos clásicos de *gobierno* versus *iniciativa privada*.

Asimismo, consideraba cuatro formas tentativas en que una sociedad divide las actividades económicas entre organismos gubernamentales y las personas humanas y las personas jurídicas privadas:

- a) La lista de actividades asignadas a la iniciativa pública y a la privada, respectivamente.
- b) Las magnitudes relativas de la actividad productiva pública y privada.
- c) Las intervenciones del gobierno que afectan el equilibrio del poder económico y la distribución del ingreso y la riqueza.
- d) Las magnitudes relativas de los usos públicos y privados de los frutos de la actividad económica.

A ellas se suele agregar una quinta dimensión: *la espera de la regulación gubernamental de las actividades económicas privadas*.

Pero ninguna clasificación puede ser tajante y los sistemas de asignación de funciones suelen variar conforme a las necesidades de los diversos países, y a la concepción filosófica de sus gobiernos:

- i) En primer lugar, con referencia a las listas, evidentemente la lista pública será más corta en los Estados Unidos que en Cuba o Venezuela; pero –sin embargo– países considerados baluartes de la iniciativa privada, como Francia, Suiza y Alemania, poseen importantes actividades en manos del Estado, como los transportes, las comunicaciones, la energía y la cultura, entre otros. El criterio de asignación se fundamentará,

también, en las posibilidades y la eficiencia del sector privado para encarar las funciones en una concepción global de la economía.

ii) En segundo lugar, las magnitudes hacen referencia al origen del producto nacional, y este resulta un punto conflictivo, ya que determina el sistema de producción, según prevalezca el sector público o privado en las mismas.

iii) El tercer punto, la intervención del gobierno, se relaciona con la política fiscal como sistema de redistribución del ingreso y la riqueza, y con la política de influir en el equilibrio del poder económico, a través del fomento, o desaliento de la organización de la fuerza de trabajo y el sector empresario.

iv) El cuarto punto, también referente a magnitudes –como el segundo– apunta no ya al origen del producto, sino al uso que del mismo hacen los sectores públicos y privados; es decir, el nivel del gasto, independientemente de quien produce el bien o el servicio. Así, una fábrica de aviones puede ser privada y comprar el Estado la totalidad de su producción. Desde este punto de vista el uso del producto corresponde al sector público, en el ejemplo dado.

Uno de los más brillantes pensadores económicos contemporáneos, Daniel Kahneman –premio nobel de economía en 2002– llegó a plantear hasta la integración de aspectos de la investigación psicológica en la ciencia económica, especialmente en lo que respecta al juicio humano y la toma de decisiones bajo incertidumbre. Es un caso sumamente curioso y llamativo que Kahneman ganara el Premio Nobel de Economía siendo psicólogo de profesión, y como autor de la denominada *teoría de las perspectivas (prospect theory)*, según la cual los individuos toman decisiones, en entornos de incertidumbre, que se apartan de los principios básicos de la probabilidad. A este tipo de decisiones las denominaron *atajos heurísticos*.³⁷

Imaginemos entonces la importancia que tiene y puede llegar a tener la intervención del Estado en la economía y en la actividad comercial, en lo que hace al eventual comportamiento de los actores sociales y económicos.

37. Véase Kahneman, Daniel, *Thinking fast and slow*, Nueva York, Ed. Farrar, Straus and Giroux, 2011. Edición en español bajo el título *Pensar rápido, pensar despacio*, traducida por Joaquín Camorro Mielke, Barcelona, Ed. Debate, 2012.

7. La planificación de la economía

Existe una cierta aprensión en materia de planificación económica, quizás por relacionar *planificación* con *dirigismo*; esto, evidentemente, es un error.

No puede escapar al criterio general, que al Estado –y por ende a su conductor natural, el gobierno– le debe importar si la economía se encuentra en recesión o en un período de prosperidad; que la tasa de desempleo sea del orden del 10% o del 3%; que exista un período de estabilidad económica o que la tasa de inflación alcance el 50% anual o más; que el Producto Bruto Nacional tenga un crecimiento positivo del 4% o negativo del 3%; o que su moneda tenga rasgos de fortaleza o debilidad.

Desde el mismo momento que el Estado cuenta con un presupuesto que debe elaborarse en base a sus necesidades, surge la idea de la planificación económica.

Quizás el análisis del tema se centre en considerar la economía planificada como algo cerrado, cercenando el régimen de libertad.

Pero la acción del Estado debe llevarse a cabo con visión de futuro, y para ello resulta una exigencia cierto grado de planificación. Claro está que, formulado un plan, exigir que toda la actividad del país deba condicionarse a ese plan es caer en los excesos del totalitarismo.³⁸

El plan vale como programa, como determinación de objetivos, como organización racional. Asimismo, la planificación requiere flexibilidad, con el objeto de permitir las correcciones y los ajustes que el desarrollo concreto de la misma aconseje.

Lo cierto es que, indudablemente, el Estado interviene en la vida económica.

8. La intervención del Estado en el tráfico comercial

Establecido, entonces, que el Estado, en mayor o menor medida, interviene en la economía y en las relaciones económicas que conforman el

38. Véase Sandoval, Carlos; Sanhueza, Andrea y Williner, Alicia, *La planificación participativa para lograr un cambio estructural con igualdad: las estrategias de participación ciudadana en los procesos de planificación multiescalar*, Manuales de CEPAL, N° 1, Naciones Unidas, Santiago de Chile, diciembre de 2015.

tráfico mercantil, señalaremos en este apartado algunos de los supuestos que, a nuestro juicio, resultan destacables.

8.1. *La acción regular legislativa y la de emergencia*

Numerosas son las disposiciones de nuestro texto constitucional, y en las leyes generales y especiales, que motivan y permiten que el Estado intervenga en el tráfico mercantil.

En efecto, el Estado interviene en materia societaria (ley 19.550); de seguros (ley 17.418); entidades financieras (ley 21.526); abastecimientos (ley 20.680); inversiones extranjeras (leyes 21.382 y 23.967); defensa de la competencia (ley 25.156); promoción industrial (leyes 14.781, 18.587, 20.560 y 21.608), ejerciendo sus facultades dentro de lo que se denomina *acción regular legislativa*.

Igualmente, a lo largo de muchos años, en nuestro país, se han ido dictando leyes “especiales”, denominadas *de emergencia*, o dirigidas a contemplar determinadas situaciones calificadas como *emergencias*.

Tanto el Congreso como el Poder Ejecutivo, en ejercicio de facultades legislativas, dispusieron prórrogas en los términos para el cumplimiento de obligaciones de dar sumas de dinero (leyes 11.157, 11.231, 11.318, 14.053, 14.139, 14.288, 14.356, 14.821, 15.775, 16.485, 16.675, 16.739, 17.368, 17.607, 18.880, 19.405, 20.519, 20.542, 20.625, 20.969, 20.989, 21.122, 21.342, 23.091, 23.680, 23.747); limitaron el precio de venta de artículos de consumo (leyes 12.591, 12.830, 12.983, 13.492, 13.906, 14.440 y 16.454); suspendieron derechos de acreedores hipotecarios (ley 11.741); entre otros supuestos, dentro de los cuales cabe destacar la ley 23.928 de convertibilidad del Austral, que intervino modificando relaciones jurídicas libremente pactadas entre particulares, al igual que las leyes 25.561, 25.563, 25.587, 25.589 y tantas otras que alteraron absolutamente las realidades patrimoniales y los derechos de los individuos, invocando un estado de emergencia.

Esta legislación de emergencia ha sido justificada, muchas veces, tanto desde la doctrina de los autores como desde la jurisprudencia de nuestros máximos tribunales.³⁹

39. Abella, Néstor R. y Abella, Adriana N., “Incidencia de la ley 25.561 en las obligaciones originadas en los contratos entre particulares”, en *La Ley* 25/04/02; Alterini,

Sin perjuicio de ello, y a los fines de la presente obra –de carácter introductorio a la temática abordada–, nos ha parecido interesante referirnos solamente a algunas normas relativas a la acción regular legislativa del Estado en materia específicamente comercial, y reducido a lo que se refiere una intervención en las áreas de:

- i) Abastecimiento –ley 20.680, modificada por la ley 26.991–;
- ii) Defensa de la competencia –ley 25.156–;
- iii) Inversiones extranjeras –ley 21.382, modificada por la ley 23.697–;
- iv) Promoción industrial –leyes 14.781, 18.587, 19.904, 20.560, 21.608, 23.696 y 23.697–;
- v) Entidades Financieras –ley 21.526, modificada por las leyes 22.051, 22.529, 22.871, 24.144, 24.485, 24.627, 25.782 y un conjunto de decretos dictados por el Poder Ejecutivo– ;
- vi) Mercado de Capitales 26.831; y
- vii) Lealtad Comercial –ley 23.380 modificada por las leyes 24.344,

Atilio, “Un sistema teñido de inseguridad, Suplemento Especial Emergencia Económica”, en *La Ley*, abril de 2002, p. 1; Arazi, Roland, “El Derecho procesal frente a la emergencia pública”, en *ED*, 6/5/02; Cassagne, Juan Carlos, “Los contratos públicos y la reciente Ley de Emergencia, Suplemento Especial Emergencia Económica”, en *La Ley*, abril de 2002, p. 38; Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Bases para la interpretación de la ley 25.561”, en *Suplemento Especial Emergencia Económica, La Ley*, abril de 2002; Colautti, Carlos, “La Corte Suprema como Poder del Estado”, en *La Ley* 4/2/02; Frías, Pedro J., “Estado de derecho y seguridad jurídica”, en *ED*, 10/6/02; Lorenzetti, Ricardo Luis, “Contratos en la emergencia económica: Pesificación – Obligaciones en mora (un modelo de interpretación)”, en *La Ley*, 27/09/02; Lynch, Horacio M., Emergencia, “Derecho, Justicia y Seguridad Jurídica”, en *LL* 29/5/02; ídem, “La justicia ante la emergencia”, en *LL Actualidad*, 18/4/02; Manili, Pablo, “Emergencia, constitución y medidas cautelares, Anales de Legislación Argentina”, en *La Ley*, Boletín Informativo N° 11, 2002, p. 65; ídem, “La doctrina de la emergencia en la jurisprudencia”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 282, marzo de 2002, p. 151; Maljar, Daniel Edgardo, “Antecedentes jurisprudenciales de la CS sobre el derecho de emergencia. El principio de razonabilidad utilizado como límite”, en *ED Serie Especial Constitucional*, 8/5/02; Schinelli, Guillermo Carlos, “Los decretos de necesidad y urgencia ante ciertos precedentes parlamentarios”, en *ED*, 20/08/02; Vítolo, Daniel Roque, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1989; y Zarza Mensaque, Alberto R., “La crisis argentina y la reforma política institucional”, en *ED*, 10/6/02; entre otros.

25.954 y 26.361–; entre otras, por el carácter general con el que influyen en relación con el tráfico mercantil.

9. La incorporación del Estado como accionista en las empresas privadas conformadas bajo organización societaria, un nuevo modo de intervención

Uno de los temas más controvertidos en los últimos años, dentro del ámbito del Derecho Societario –y en su vinculación con la intervención del Estado en la actividad económica y especialmente empresaria– es el relativo a la participación que el Estado Nacional comenzó a tener –como accionista– en sociedades comerciales titulares de empresas privadas, en razón de la transferencia de activos producida como consecuencia de las modificaciones introducidas al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) –ley 24.241–, el cual fue unificado –en un único régimen previsional público denominado “Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA)”– por la ley 26.425, lo que convirtió al Estado Nacional en sucesor –a título individual– de las tenencias accionarias que eran de titularidad de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones –AFJP– en su carácter de administradores de las cuentas de capitalización individual de los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización de aquel Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones –SIJP.⁴⁰

Y la polémica –en lo que hace exclusivamente a los aspectos societarios, insistimos–⁴¹ está vinculada más que nada con el ejercicio de los derechos

40. Esta medida fue uno de los hechos reivindicados por la ex presidente de la República, Cristina Fernández de Kirchner, como uno de los hitos de su gestión, a punto tal que se convirtió en una de las razones fundamentales por las cuales escogió como compañero de fórmula para la Vicepresidencia de la Nación a Amado Boudou: “La medida más importante fue la recuperación de los fondos de las AFJP, y la persona que vino a proponerlo fue él, que vino a decirme que el mundo ya no sería el mismo y que había que adaptarse”. Ver publicaciones periodísticas del 26/6/2011 en varios medios nacionales, provinciales e internacionales.

41. No perseguimos en el análisis que llevamos a cabo en este artículo, considerar cuestiones de mérito o conveniencia respecto de la unificación dispuesta por la ley 26.425, ni de cuestiones de legalidad o constitucionalidad vinculadas a las normas sancionadas por el Congreso, ya que excede el propósito de este trabajo.

políticos por parte del Estado –como accionista–, la designación de personas para integrar los Directorios y el régimen legal que gobierna los derechos, deberes y responsabilidades de estos directores de un modo diferenciado del resto de los integrantes de los órganos de administración de las sociedades.⁴²

10. El origen de la participación accionaria del Estado nacional en ciertas sociedades comerciales

Como es de conocimiento público, el origen de las acciones representativas del capital social en diversas sociedades comerciales titulares de empresas privadas, que actualmente se encuentran dentro del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto creado por el decreto 897/2007, al que hoy se *denomina Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino (FGS)* conforme al decreto 2103/2008, derivan de la sanción en el año 1993 de la ley 24.241, la que en su art. 74, inciso h) habilitaba a las AFJP a invertir el activo del fondo administrado –entre otras inversiones– en acciones de sociedades anónimas nacionales, mixtas o privadas cuya oferta pública estuviera autorizada por la Comisión Nacional de Valores, hasta el cincuenta por ciento (50%), incluyendo a los futuros y opciones sobre estos títulos valores, con las limitaciones que al respecto establecieran las normas reglamentarias.⁴³

11. Los límites impuestos por el legislador de la ley 24.241 a la participación accionaria de AFJP en sociedades comerciales

Sin perjuicio de la autorización para invertir los fondos en acciones de sociedades cotizantes, lo cierto es que el legislador colocó límites a tales participaciones; y entre ellas adquirieron especial relevancia:

42. Sobre este tema publicamos un artículo específico con nuestro pensamiento. Véase Vítolo, Daniel Roque, “Hacia una nueva realidad en materia de administración societaria en la empresa privada: los *directores del estado*”, en *ED*, 2012, pp. 249-839.

43. Véase artículo 74.

a) las disposiciones del inciso b) apartado 2, del art. 76, el que disponía que en ningún caso la suma de las inversiones realizadas en acciones de acuerdo con lo establecido en los incisos h) e i) del artículo 74, podrá superar el cincuenta por ciento (50 %) del activo del fondo;

b) la contenida en el inciso b) del art. 76 que disponía que, en ningún caso, la suma de las inversiones realizadas en acciones de acuerdo con lo establecido en los incisos h) e i) del artículo 74 correspondientes a una sola sociedad emisora podría superar la proporción que sobre la suma total de las inversiones del fondo en dichos conceptos y/o la proporción que sobre el capital social de la emisora y/o la proporción que sobre el activo total del fondo, establezcan las normas reglamentarias;

c) las disposiciones contenidas en el inciso f) del art. 75, que impedía que pudieran suscribirse o adquirirse acciones de voto múltiple;

y

d) la contenida en el inciso f) del art. 76 que disponía que en ningún caso las inversiones realizadas en una sociedad nacional o extranjera habilitarán para ejercer más del cinco por ciento (5%) del derecho de voto, en toda clase de asambleas, cualquiera fuera la tenencia respectiva; entre otras.

12. El fundamento de las limitaciones en materia de participación y ejercicio de derechos

Resulta evidente que las limitaciones señaladas en materia de participación de la inversión de las AFJP en acciones representativas del capital social de sociedades comerciales tenían como objetivo el resguardo de la *diversificación* de la cartera de inversiones –límites entre los montos a invertir en la especie y el volumen de inversión total de la cartera– y la limitación en lo referente al porcentaje de inversión y el capital social de la sociedad destinataria de la inversión; lo que protegía era el *riesgo*, impidiendo que la inversora pudiera convertirse en controlante de la sociedad cotizante.

Ahora bien, en lo relativo a la norma contenida en el inciso f) del art. 76 que disponía que en ningún caso las inversiones realizadas en una sociedad nacional o extranjera habilitarían para ejercer más del cinco por ciento (5 %) del derecho de voto, en toda clase de asambleas, cualquiera fuera la tenencia respectiva, dicha norma estaba destinada a evitar la *distorsión en el mercado* por el ingreso abrupto al mismo de un número reducido de

jugadores –las AFJP con un poder concentrado de participación superlativo en relación con el mercado existente, que podrían provocar un colapso y un control absoluto de todo el mercado de capitales y de las sociedades que recurrían a él.

Bastaría señalar, para poder advertir la magnitud del fenómeno de concentración de capitales que generaron las AFJP por intermedio del SIJP, que al momento de sancionarse la ley 26.425 en el año 2008, el fondo era de 30.565 millones de dólares, luego de haber llegado a estar conformado por 36.890 millones de dólares antes de la crisis global.⁴⁴

Si se tiene en cuenta que en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires no se negocian más de dos o tres millones de dólares por jornada bursátil, existiendo no más de un centenar de sociedades cotizantes, la posibilidad de manejar el mercado con una disponibilidad financiera cercana a los 15.000 millones de dólares de flujo⁴⁵ –que crecería en el tiempo de un modo exponencial con los nuevos aportes y contribuciones, legales y voluntarias–, en lugar de promover las inversiones y brindar asistencia financiera al mercado, podría haber constituido una catástrofe y hasta una tiranía de las AFJP en el ámbito empresario argentino.⁴⁶

Sin perjuicio de ello, el legislador –con astucia– mantuvo la posibilidad de que las AFJP, por intermedio del ejercicio de sus derechos políticos, pudieran dar protección adecuada al fondo que administraban, con la herramienta del cinco por ciento (5%) del derecho a voto que les permitiría:

44. Ver las cifras suministradas por el senador Miranda, miembro informante, “Antecedentes Parlamentarios”, en *LL*, N° 2, marzo de 2009, p. 29, parágrafo 137.

45. Límites de inversión en acciones (50%) dispuesto por la ley 24.241.

46. Y esto fue expresamente reconocido por el anterior gobierno a través del decreto 441/2011 en cuyos considerandos se señala “...Que tal limitación traducía la especial preocupación del Estado Nacional por impedir que las AFJP intentaran controlar directa o indirectamente el gobierno de las sociedades objeto de sus inversiones. Que en este sentido, el interés jurídico perseguido por la limitación normativa de mención era evitar situaciones de posible conflicto de interés así como prevenir manipulaciones concertadas que repercutieran de manera disvaliosa en el mercado. Que asimismo, la limitación en comentario se hallaba orientada a proteger el activo del fondo integrado por los recursos acumulados en las cuentas de capitalización, de manera tal de cuidar la adecuada generación de rentas que permitieran incrementar las cuentas individuales de los afiliados y diferenciarlo del patrimonio de la sociedad anónima que los administraba...”

- a) solicitar una convocatoria a asambleas ordinarias o extraordinarias sin que se le pudiera negar dicha convocatoria;⁴⁷ y
- b) bloquear –eventualmente– la aprobación de la gestión de los directores, mediante el ejercicio de *quitas*.⁴⁸

El Poder Ejecutivo, luego de la sanción de la ley 26.245, y ante la polémica pública que se había planteado respecto de la falta de legitimidad de la Administración Nacional de la Seguridad Social –ANSES– para ejercer derechos políticos en violación del art. 76, inciso f) de la ley 24.241, el 12 de marzo de 2011 dictó el decreto de necesidad y urgencia 441/2011 que derogaba el inciso f) del art. 76 de la ley 24.241, de modo de eliminar la barrera restrictiva que había impuesto el legislador de la ley 24.241, lo que habilitó –legalmente– a la ANSES para ejercer la totalidad de los derechos políticos derivados de las titularidades accionarias a las que había accedido y que eran de titularidad de las AFJP.

13. La transferencia de los activos accionarios al Estado

El 20 de junio de 2008, el Congreso sancionó la ley 26.425 por la cual –como lo señaláramos– se dispuso la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones en un único régimen previsional público que se denominó Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), financiado a través de un sistema solidario de reparto, garantizando a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización vigente hasta dicha fecha idéntica cobertura y tratamiento que la brindada por el régimen previsional público “... en cumplimiento del mandato previsto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional...”⁴⁹ En consecuencia, aquel régimen de capitalización, fue absorbido y sustituido por el régimen de reparto, en las condiciones de la nueva ley –bajo una especie de expropiación impropia.

No habremos de pronunciarnos –excede este campo el propósito limitado de este artículo– sobre la eventual inconstitucionalidad de la norma, la validez o invalidez de los fundamentos invocados para haber tomado la medida de eliminar el SIJP sustituyéndolo por el SIPA, ni sobre la veracidad

47. Ver art. 236 de la ley 19.550.

48. Ver art. 275 de la ley 19.550.

49. Promulgada el 4 de diciembre de 2008.

de los argumentos esgrimidos para privar a los afiliados a las AFJP de un derecho al que accedían voluntariamente, sin restricciones, y con absoluta libertad, y de un régimen del que podían salir –también por su sola voluntad– hasta dos veces por año, y que en el cual, luego de una suerte de blanqueo de integración de los sistemas, poco tiempo antes de sancionada la ley 26.425, habían decidido –mayoritariamente– permanecer.

Lo cierto es que el art. 7 de la mencionada ley 26.425 dispuso –entonces– la transferencia “...en especie...” a la Administración Nacional de la Seguridad Social de los recursos que integraban las cuentas de capitalización individual de los afiliados y beneficiarios al régimen de capitalización del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones previsto en la ley 24.241 y sus modificatorias, con las limitaciones que surgían de lo dispuesto por el artículo 6 de la ley, estableciendo –además– que dichos activos pasarían a integrar el *Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto* creado por el decreto 897/07.⁵⁰

La totalidad de los recursos del sistema solo podrían ser utilizados –según la norma legal– para pagos de los beneficios del Sistema Integrado Previsional Argentino y, en los términos del artículo 15 de la ley 26.222, el activo del fondo se debía invertir de acuerdo a criterios de seguridad y rentabilidad adecuados, contribuyendo al “...desarrollo sustentable de la economía real...” a efectos de garantizar el círculo virtuoso entre crecimiento económico y el incremento de los recursos de la seguridad social.⁵¹ Las inversiones permitidas serían –según la ley– las previstas en el artículo 74 de la ley 24.241, rigiendo las prohibiciones del artículo 75 de la citada ley y las limitaciones de su artículo 76, quedando prohibida –además– la inversión de los fondos en el exterior.⁵²

50. Que luego cambiaría su nombre por medio del decreto 2103/2008.

51. Tampoco habremos de pronunciarnos –pues excede el propósito de este artículo– sobre la pertinencia respecto del modo que los fondos son utilizados, pues no parecería que solventar el déficit de las empresas públicas, otorgar adelantos financieros a provincias para el pago de sueldos de empleados estatales, facilitar fondos como adelantos a cuenta de futuros y eventuales servicios que pudieran cumplir empresas prestadoras de servicios públicos –propios e impropios–, financiar la construcción de viviendas, y en la mayoría de los casos a tasas de interés subsidiadas que no alcanzan a cubrir siquiera el 60% de la tasa de inflación real, son operaciones permitidas por el sistema.

52. Ver art. 8 de la ley 26.245. De allí el cuestionamiento que se ha efectuado respecto de la utilización de fondos de la ANSES para subsidiar empresas públicas, dar adelantos

Lo cierto es que la ANSES ha pasado a constituirse –en razón de las normas legales mencionadas– en sucesora a título individual de las titularidades de las acciones representativas del capital social de numerosas sociedades anónimas –con diverso nivel de participación– que conformaban –hoy– el *Fondo de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto* creado por el decreto 897/07.⁵³

14. El directorio y los directores en las sociedades anónimas

El órgano de administración de la sociedad anónima es el directorio, que tiene carácter necesario y permanente conformando uno de los requisitos tipificantes de esta figura societaria.⁵⁴

El directorio es una estructura integrada por una o más personas y tiene a su cargo la dirección y la administración de la sociedad conformando, según lo señala la Exposición de Motivos de la ley 19.550, una de las llaves maestras del funcionamiento eficaz de la sociedad anónima atento a la dificultad material de la intervención y contralor efectivo de la actividad de gestión por parte de los accionistas.⁵⁵

El directorio es aquel órgano que desarrolla la actividad interna y externa de la sociedad decidiendo, ejecutando y materializando los negocios de la sociedad día a día y disponiendo las obligaciones que la sociedad debe asumir frente a terceros y de las cuales también será receptora por la actuación de estos.⁵⁶

Dentro de las características del directorio, la doctrina ha señalado las siguientes:

financieros a provincias para el pago de sueldos, financiar viviendas, préstamos al Estado para solucionar déficits de caja. Pero el tratamiento de estos temas excede el propósito del presente artículo, de modo que no nos detendremos en ello.

53. Hoy Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino (FGS). Ver art. 1, decreto 2103/2008.

54. Véase Vítolo, Daniel Roque, *Sociedades Comerciales, Ley 19.550 Comentada*, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2008; ídem, *Manual de Sociedades*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2016.

55. Véase Roitman, Horacio y colaboradores, *Ley 19.550, Comentada*, Buenos Aires, Ed. la Ley, 2006.

56. Véase Muguillo, Roberto, *Manual de Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2012.

- a) Es un órgano *necesario*, es decir, la sociedad anónima no puede carecer de él;⁵⁷
- b) es un órgano *típico*, de modo tal que los socios en el acto constitutivo y en la conformación de los estatutos no podrán reemplazar al directorio por otro régimen de administración sin convertir a la sociedad en atípica y por ello nula en los términos del artículo 17 de la ley 19.550;⁵⁸
- c) es un órgano *permanente*, pues es creado en el momento fundacional y continúa desempeñándose como tal durante toda la vida activa de la sociedad hasta el momento de la disolución cuando es sustituido –aunque con efectos diferentes– por la figura de los liquidadores;⁵⁹
- d) es un órgano *colegiado*, dado que está integrado por una pluralidad de personas y las decisiones son tomadas por mayoría y expresan – en el estricto ámbito de su competencia– la voluntad de la sociedad; cuando es unipersonal también debe cumplir el único integrante con la formalidad de dejar asentada su voluntad como órgano en actas que se registran en el libro de actas de directorio, no pudiendo suplir tal formalidad por su sola expresión de voluntad.⁶⁰

El directorio tiene a su cargo la administración de la sociedad anónima, y en el desempeño de tales funciones sus integrantes –que son los *directores*– deben dar cumplimiento al estándar de conducta establecido por el artículo 59, de *buenos hombres de negocios*.⁶¹

Además la ley se ocupa –en materia de sociedades anónimas– de establecer normas específicas atinentes a la conducta de los directores –arts. 271, 272, 273 y 274–, y que son aplicables a casos particulares de las pautas generales contenidas en el artículo 59.

57. Véase Nissen, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales, Comentada*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2010.

58. Véase Gagliardo, Mariano, *El Directorio en la Sociedad Anónima*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2007.

59. Véase Otaegui, Julio C. *Administración Societaria*, Buenos Aires, Ed. Ábaco, 1979.

60. Véase Zaldívar, Enrique, *Cuadernos de Derecho Societario*, Buenos Aires, Ed. Macchi, 1973.

61. Véase Vítolo, Daniel Roque, *Sociedades Comerciales...*, cit.

15. La relación existente entre el director y la sociedad

La relación que une a la sociedad con el director es la de un contrato *de servicios calificado*.⁶² La sociedad requiere del director que integre su órgano de administración y tome a su cargo en forma colegiada la administración de los negocios sociales, ajustando su conducta a los estándares de un obrar con lealtad aplicando para ello la diligencia de un buen hombre de negocios –ver art. 59–, y a cambio de ello lo remunerará –ver también los arts. del Código Civil y Comercial de la Nación.⁶³

No caben dudas que la labor del director –por principio– debe ser remunerada.

16. Remuneración de los directores

Existen tres modos –básicos– para fijar la remuneración que deben recibir los directores por el desempeño de sus funciones:⁶⁴

- a) Dicha remuneración puede estar establecida por el estatuto y, en tal caso, la aceptación del cargo de director de una sociedad anónima importará por parte de este la aceptación también del régimen de remuneración que se encuentra incluido en el estatuto social;

62. Véase Suárez Anzorena, Carlos, “En Procura de una más precisa delimitación de la competencia del directorio de la sociedad anónima nacional”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*; ídem Vitolo, Daniel Roque, *Sociedades Comerciales...*, cit., Buenos Aires, Depalma, 1982.

63. Véase Martorell, Ernesto Eduardo, *Los Directores de Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1990.

64. Véase, al respecto, Aguinis, Ana María M. de, “Reflexiones sobre la retribución que corresponde a cada director”, en *R. D. C. O.*, 14-92-1981; Areco (h), Juan S., “Retribución al director en la sociedad anónima”, en *L. L.* 1983-C-872; Curá, José María, “Remuneración de administradores de sociedades anónimas”, en *J. A.* 1996-IV-682; Martorell, Ernesto E., “Los honorarios de los directores de las sociedades anónimas ante el límite del artículo 261 de la ley 19.550”, en *L. L.* 1985-C-861; Menegazzo Cané, Miguel, “Retribución a los directores de sociedades anónimas”, en *E. D.* 62-1975; Nissen, Ricardo, “Retribución de los directores de sociedades anónimas”, en *L. L.* 1984-C-662; “Un fallo ejemplar en materia de remuneración de directores de sociedades anónimas”, en *L. L.* 1997-A-134.

b) La remuneración también podrá ser fijada por el consejo de vigilancia en aquellos casos en los cuales la designación de directores se hubiera hecho conforme a las atribuciones conferidas a este órgano de administración por el artículo 281, inciso d, de la ley 19.550; en este caso, la remuneración deberá ser necesariamente el pago de una suma fija, la cual podrá establecerse en forma mensual, periódica o por ejercicio; c) Finalmente, si el estatuto nada dijera respecto de la remuneración y la elección no se hubiera efectuado a través del consejo de vigilancia o, habiéndose efectuado, este órgano no hubiera establecido el monto por el cual debe remunerarse a los directores, será la asamblea quien deba fijar el monto de la retribución, y dentro de las asambleas, la ley asigna competencia a la asamblea ordinaria (art. 234, inc. 2º).

17. Deberes de los directores

Las funciones de los directores –a través del directorio– abarcan la gestión operativa de los negocios sociales, la organización y dirección de la empresa anexa a la sociedad, el cumplimiento del estatuto del comerciante, la participación en el funcionamiento interno de la sociedad y la representación de la sociedad ante terceros.

La administración societaria tiene por fin la obtención de beneficios (art. 1) mediante el empleo del patrimonio social formado inicialmente por los aportes de los socios (art. 11, inc. 4º) en las actividades configurativas del objeto social (art. 11), o sea –como hemos señalado– la gestión de los negocios sociales, la organización y dirección de la empresa anexa a la sociedad (art. 1), la representación de la sociedad ante terceros (art. 58) y la colaboración en el funcionamiento interno de la organización societaria (v. gr., art. 234 *in fine*).⁶⁵

La obligación asumida por los administradores es *de medio* y no de resultado. Ellos no están obligados a conseguir el aumento del patrimonio neto de la sociedad mediante la actuación del objeto social, de manera que existan ganancias para distribuir entre los socios, sino que tienen la obligación de poner toda la diligencia, lealtad y profesionalidad necesarias, en los términos de los artículos 59 y concordantes, para lograr dicho objetivo, que

65. Véase Otaegui, Julio C., *Administración...*, cit.

puede verse frustrado, no por el mal desempeño de los administradores, sino por adversa fortuna en los negocios.⁶⁶

La obligación de medio es una obligación de hacer consistente en una actividad, tal como la obligación del administrador de bienes ajenos; también podría fincar en abstenerse de realizar una actividad.

18. Responsabilidades de los directores

En cuanto a las responsabilidades de los administradores y –en especial de los directores–⁶⁷ cabe recordar que los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59,⁶⁸ así como por

66. Véase Sasot Betes, Miguel A., y Sasot, Miguel P., *El órgano de Administración*, Buenos Aires, Ed. Ábaco, Depalma, 1980.

67. Véase Anchával, Hugo Alberto, “La megarresponsabilidad de los directores, presidentes y vicepresidentes de sociedades comerciales o ‘de vuelta la mula al trigo’”, nota a fallo, en *D. J.*, 2004-2-648; Argeri, Saúl A., “Responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima. Valoración según su actividad”, en *L. L.* 1979-C-1158; Carreta Duch, José María, *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 4ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997; Di Marco, Graciela L., “Responsabilidad de los administradores sociales”, en *J. A.*, 1985-IV-864; Junyent Bas, Francisco, “Las acciones de responsabilidad de los administradores societarios”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 30, Nº 175 a 180, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 157; Junyent Bas, Francisco y Ferrero, Luis Facundo, *Reformas a la ley de sociedades por ley 26.994*, Córdoba, Advocatus, 2015; Mosset Iturraspe, Jorge, “Responsabilidad de quienes dirijan o administren sociedades comerciales”, en *J. A. Doctrina 1973-670*; Muguillo, Roberto, *Manual de Sociedades Comerciales*, Abeledo Perrot, 2012; Perciavalle, Marcelo, *Ley de Sociedades Comerciales comentada*, Buenos Aires, Erreius, 2015; Richard, Efraín Hugo, “La acción de responsabilidad ejercida por la minoría y el acceso a la justicia”, en *ED*, 202-87; Rivera, Julio C., “Responsabilidad de los administradores sociales (Necesidad de repensar sus alcances)”, en *J. A.*, 1988-A-389; “Responsabilidad de los administradores y síndicos”, en *Revista de Derecho de Daños*, Nº 2001-3, p. 39; Roitman, Horacio, y colaboradores, *Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, Comentada*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2006; Verón, Alberto V., *Reformas al Régimen de Sociedades Comerciales (a tenor del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ley 26.994)*; Ed. La Ley, 2014; Vítolo, Daniel Roque, *Responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales*, Legis, 2007.

68. El estándar de actuación conforme a la lealtad y diligencia del buen hombre de negocios.

la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo,⁶⁹ abuso de facultades⁷⁰ o culpa grave.⁷¹

Sin perjuicio de lo señalado, también es del caso recordar que la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual en aquellos casos en que se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas en el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de este régimen particular.

Reiteramos que, conforme al texto legal contenido en el art. 59 de la Ley General de Sociedades, los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia del *buen hombre de negocios*, y aquellos que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.⁷²

De conformidad con tal definición podemos establecer y clasificar los diversos supuestos de responsabilidad bajo el artículo 59 del modo en que se expondrá a continuación:⁷³

a) *Actuación desleal*. Se trata del caso en el cual el administrador o representante no privilegia en su actuación el interés social por encima de cualquier interés personal propio o de otros terceros.

69. El dolo consiste en la producción de un daño en forma intencional, o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (art. 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación).

70. El abuso de facultades se configura cuando, o bien el administrador se excede –con conocimiento y en forma deliberada– en sus atribuciones para actuar en nombre de la sociedad o al disponer de actos de administración, o bien cuando practica o comete actos ilícitos en el ejercicio de sus funciones (ver art. 10 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación).

71. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, en tiempo y lugar, comprendiendo –también– la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión (art. 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación).

72. Véase Vítolo, Daniel Roque, *Sociedades Comerciales...*, cit.

73. Un panorama completo puede encontrarse en Vítolo, Daniel Roque, *La responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales*, Buenos Aires, Ed. Legis, 2006.

b) *No actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios*. El buen hombre de negocios es una persona diligente, que conoce suficientemente las reglas y normas del comercio, quien difícilmente pueda ser sorprendido en una actuación por cuestiones atinentes a representación, contenido o instrumentación de obligaciones en el ejercicio de sus funciones.⁷⁴

c) *Faltar a sus obligaciones*. Si bien la doctrina –en general– es propensa a considerar que la segunda frase del artículo 59 se relaciona exclusivamente con la primera, desde nuestro punto de vista asignamos a la misma un contenido de responsabilidad adicional y más genérico.⁷⁵

19. Exención de responsabilidad

A su vez, la responsabilidad de los directores queda extinguida –en la ley 19.550– por medio de cuatro vías básicas (art. 275):⁷⁶

a) aprobación de su gestión por parte de la asamblea ordinaria de accionistas siempre y cuando no exista oposición por parte de accionistas que representen el 5% del capital social;

b) sentencia firme que rechace las acciones de responsabilidad que pudieran haberse promovido;

c) renuncia expresa a iniciar las acciones de responsabilidad resuelta por asamblea ordinaria de accionistas, siempre y cuando no exista oposición por parte de accionistas que representen el 5% del capital social;

d) transacción celebrada entre la sociedad y los directores involucrados en la acción de responsabilidad, siempre y cuando no exista oposición por parte de accionistas que representen el cinco por ciento (5%) del capital social.

74. Véase Garriges Walker, Antonio y otros, *Responsabilidad de Consejeros y Altos Cargos de Sociedades de Capital*, Madrid, Mc Graw Hill, 1996.

75. Véase Nissen, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales comentada*, Buenos Aires, Ed. Ábaco Depalma, 1996 y 1997; ídem, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2010; Vítolo, Daniel Roque, *Sociedades*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2016.

76. Véase Vítolo, Daniel Roque, *Sociedades Comerciales...*, cit.

Esto implica que perseguir la responsabilidad de los directores –por ejemplo– es un derecho patrimonial que, en líneas generales, es disponible por parte de la sociedad, aunque con la limitación de que accionistas titulares de un porcentaje significativo del capital social –que la ley fija en el cinco por ciento (5%)– puede bloquear ese derecho. Este régimen de bloqueo se denomina *quitas*.⁷⁷ Sin perjuicio de ello, la extinción resultará ineficaz si los actos que dieron origen a la eventual responsabilidad de los directores:

- a) Importaron la violación de la ley, el estatuto o el reglamento; o
- b) si la sociedad enfrenta una liquidación coactiva o concursal.

Es decir que la extinción de responsabilidad que pudiera resolver la asamblea general ordinaria de accionistas tiene los límites de protección del derecho de terceros en que no haya habido violación de la ley, el estatuto o el reglamento, y que no exista un escenario de liquidación coactiva o concursal.⁷⁸

20. El régimen de oferta pública

Sin perjuicio de lo expuesto, no puede dejarse de lado que –además de las normas mencionadas– también existen disposiciones específicas en las Normas de la Comisión Nacional de Valores, y en la Ley de Mercado de Capitales 26.831 respecto de los directores de las sociedades cotizantes, sus deberes, responsabilidades y remuneración, como así también las disposiciones vinculadas al régimen de información y transparencia, que se vinculan con las denominadas *sociedades abiertas* y con el régimen general de *la oferta pública*.⁷⁹

Adicionalmente, las normas sobre mercados de capitales disponen que en las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones deberá constituirse un comité de auditoría, que funcionará en forma colegiada con tres o más miembros del directorio, y cuya mayoría deberá necesariamente

77. Véase Roitman, Horacio y colaboradores, *Ley de Sociedades Comerciales...*, cit.

78. Véase Vítolo, Daniel Roque, *Sociedades Comerciales...*, cit.

79. No habremos de detenernos en este punto específico, en razón del espacio acotado con que contamos para esta publicación.

invertir la condición de independiente, conforme a los criterios que determine la Comisión Nacional de Valores. Estos criterios determinarán que para ser calificado de independiente, el director deberá serlo tanto respecto de la sociedad como de los accionistas de control y no deberá desempeñar funciones ejecutivas en la sociedad.⁸⁰

21. El decreto 1278/2012 y el régimen legal diferenciado para los directores designados a propuesta del Estado nacional en sociedades privadas

Con fecha 25 de julio de 2012, la presidente de la República, Cristina Fernández de Kirchner, dictó el decreto 1278/2012 con el objeto de establecer la competencia –dentro del ámbito del Poder Ejecutivo Nacional– para la actuación de los representantes y directores designados para el ejercicio de los derechos conferidos por las acciones o participaciones accionarias del Estado nacional en sociedades y empresas –especialmente aquellas donde el Estado tiene participación debido a lo dispuesto por la ley 26.425 de creación del SIPA–.

Se señala –en los considerandos de la norma– que ya el decreto 2102/2008 le había atribuido a la Secretaría de Finanzas del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas la competencia para entender en la ejecución de las políticas y acciones que hacían al ejercicio de los derechos societarios de las participaciones accionarias o de capital de empresas donde el Estado nacional fuera socio minoritario, como así también en aquellas sociedades donde el citado Ministerio poseyera tenencias accionarias o de capital, e instruir a los representantes del Estado nacional en las mismas; y que –posteriormente– por decreto 2085/2011 había otorgado competencia a la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo del Ministerio de

80. Puede verse Cornet, Roberto (dir.), *El órgano de administración societaria*, Córdoba, Mediterránea, 2005; Embid Irujo, José M. y Vítolo, Daniel R., *Sociedades comerciales. Los administradores y los socios. Gobierno corporativo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004; Gagliardo, Mariano, “El perfil del director de sociedad anónima”, en *L.L.*, 2001-F-1351; García Tejera, Norberto Julio y otros (obra colectiva), *El directorio en las sociedades anónimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999; Vanasco, Carlos Augusto, “Reglas de buen gobierno”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2000-1, p. 9; entre otros.

Economía y Finanzas Públicas para coordinar la gestión de los directores que representaran al accionista Estado nacional, en función de los objetivos establecidos para las empresas con participación estatal y de acuerdo a los lineamientos estratégicos de la política económica.

Entendiendo entonces –el Poder Ejecutivo– que el Sistema Previsional Público debe considerarse un “bien público”,⁸¹ cuya correcta administración reviste prioridad para el Estado nacional, en cuanto opera como garantía de cobertura e inclusión social, a fin de garantizar y preservar la sustentabilidad del Régimen Previsional, resultaba necesario concentrar la información normativa y de gestión relativa a las participaciones accionarias que componen el FGS,⁸² ello a fin de unificar la toma de decisiones para llevar adelante planes de acción consistentes con las políticas de desarrollo económico implementadas a nivel nacional.

Y es a ese fin, que estimó conducente asignar a esta última Secretaría de Estado⁸³ el ejercicio de los derechos políticos inherentes a las acciones que integran la cartera de inversiones del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto creado por el decreto 897/07, otorgando un marco de referencia a su actuación, dictando el reglamento de Representantes y Directores designados por las acciones o participaciones accionarias del Estado nacional “... cuyos Derechos Políticos ejerce la precitada Secretaría...”.

21.1 Caracterización de los directores designados a propuesta del Estado y de su relación con la sociedad

El reglamento confiere expresamente a los directores designados en sociedades titulares de empresas privadas en las cuales el Estado resulte accionista, el carácter de *funcionarios* públicos, regulando también los honorarios que habrán de percibir por su función.⁸⁴

81. Ver los considerandos del decreto respectivo.

82. Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino, creado por decreto 897/2007 y modificado por el decreto 2103/2008.

83. La Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

84. Ver normas del decreto 1278/2012.

Es decir que el director designado a propuesta del Estado queda equiparado –más fuerte aún, es igual– a cualquier otro sujeto que se desempeña en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado; y desempeña una función pública tal como ella es considerada por las normas aplicables,⁸⁵ y de carácter:

- a) temporal;⁸⁶
- b) remunerada; y
- c) realizada en *nombre del Estado* y al *servicio del Estado* o sus entidades.⁸⁷

En efecto, el art. 4 del reglamento aprobado por el decreto 1278/2011 señala que los directores que resulten designados en las sociedades en las cuales el Estado nacional resulte accionista son *funcionarios públicos*⁸⁸ y que tendrán las funciones, deberes y atribuciones que establecen las leyes 17.811,⁸⁹ 19.550,⁹⁰ 25.188,⁹¹ y 26.425⁹² cuando las acciones que hubieran

85. Ver ley 25.188.

86. La función del director es eminentemente temporal, en razón de las limitaciones impuestas por el art. 257 de la ley 19.550.

87. Véase la ley 25.188.

88. Ver –al respecto– la ley 25.188.

89. Sistema actualizado que regula en forma integral todo lo referente a la oferta pública de títulos valores, organización y funcionamiento de las bolsas de comercio y mercados de valores y la actuación de las personas dedicadas al comercio de aquellos.

90. Ley General de Sociedades.

91. Se trata de la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, que regula los deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías. Objeto y sujetos. Deberes y pautas de comportamiento ético. Régimen de declaraciones juradas. Antecedentes. Incompatibilidades y conflicto de intereses. Régimen de obsequios a funcionarios públicos. Prevención sumaria. Comisión Nacional de Ética Pública. Reformas al Código Penal. Publicidad y divulgación.

92. Ley del Sistema Integrado Previsional Argentino.

dado lugar a su designación integrasen el FGS, las normas aplicables a la sociedad en la que actúan y las que emergen del reglamento.

El decreto no señala ni dispone cuál es el orden de prioridad normativa para la interpretación de la conducta del director, ni la preeminencia de las normas en el caso de conflicto entre disposiciones contenidas en ellas –tampoco lo hace el reglamento–; sin embargo, del contenido de la totalidad del texto del decreto y del reglamento aprobado, parecería que el norma superior –en todos los casos– sería el acto administrativo particular dictado por la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, por el cual se instruye al director en cada caso concreto.⁹³ Sobre esto volveremos más adelante.

En ejercicio de la competencia reconocida por el artículo 1 del decreto 1278/2012, la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo⁹⁴ tendrá a su cargo –además de las correspondientes a la representación del Estado como accionista– respecto de los directores o administradores por las acciones que integran la cartera de inversiones del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto⁹⁵ las siguientes acciones:

- a) Implementar un sistema de información que permita el monitoreo permanente del desempeño de las sociedades o entidades alcanzadas por el decreto.
- b) Impartir directivas y recomendaciones a los directores o administradores designados a propuesta del Estado nacional, a fin de que la administración de los negocios sociales resguarde el interés público comprometido en la actuación de la sociedad.
- c) Llevar a cabo todas las acciones que fueran necesarias para el cumplimiento del objeto del decreto 1278/2012.⁹⁶

93. Véase decreto 1278/2012.

94. Del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

95. Creado por decreto 897/2008.

96. Es decir, como lo señalan los considerandos del decreto 1278/2012, para garantizar y preservar la sustentabilidad del Régimen Previsional resulta necesario concentrar la información normativa y de gestión relativa a las participaciones accionarias que componen el aludido Fondo, ello a fin de unificar la toma de decisiones para llevar adelante planes de acción consistentes con las políticas de desarrollo económico implementadas a nivel nacional.

21.2 Los deberes diferenciados correspondientes a los directores del Estado

Por su parte, los arts. 6 y 7 del reglamento señalan que los directores deben actuar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, contemplando en su accionar:

- i) el interés social; y
- ii) las directivas y recomendaciones que emita la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Lo que no explica el reglamento es qué ocurre en los casos de contradicción o incompatibilidad entre ambos escenarios; sin embargo, si se relaciona esta disposición con las normas de la ley 25.188,⁹⁷ y el régimen de indemnidad que el Estado otorgará a estas personas por su actuación, en la medida en que sigan y cumplan con las directivas y recomendaciones que les imparta la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, no caben dudas de que la intención del legislador –en este campo– estará dirigida a privilegiar el interés del Estado y de las políticas públicas frente al interés social de la sociedad en la cual los directores designados a propuesta del Estado se desempeñan.⁹⁸

97. Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública que regula los deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías.

98. La ex presidente Cristina Fernández de Kirchner explicó en su momento –22/10/2008– al girar el proyecto al Congreso, que “este cambio estructural” –la suspensión del SIJP y la creación del SIPA– formaba parte de la estrategia del Gobierno para mantener las tasas de empleo y la actividad económica, en momentos que el mundo era afectado por una crisis financiera global que tiene epicentro en los Estados Unidos. Según indicó en esa oportunidad, el objetivo de tan drástica medida era darle “previsibilidad” al sistema jubilatorio argentino. Además, respondió las críticas de la oposición manifestando “Hemos escuchado hablar que el Gobierno viene a hacer un saqueo. La única motivación es rescatar de la incertidumbre a nuestros futuros jubilados y a los que hoy en día están en el régimen de capitalización”. Además, explicó que –en aquel momento– una caída de la Bolsa se reflejaba en las futuras jubilaciones y con el nuevo sistema previsional se buscará eliminar esta situación. Finalmente, aseguró la presidente que el proyecto para eliminar la jubilación privada se había “con la convicción y la tranquilidad de ser coherentes en todas y en cada una de las decisiones tomadas” por el Gobierno. Véanse medios periodísticos nacionales e internacionales del 22/10/2008.

En lo que se refiere a deberes particulares, el art. 7 del reglamento establece que los directores designados a propuesta del Estado tendrán los siguientes deberes, sin perjuicio de los que establecen las leyes 17.811 –reemplazada hoy por la ley 26.831–, 19.550, 25.188 y 26.425:

- a) Informar de inmediato a la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo⁹⁹ las convocatorias a las reuniones de los órganos societarios –Asambleas, Directorios, Comité Ejecutivo y Comité de Auditoría–, detallando el orden del día a tratar. En particular, deberán informar con suficiente antelación las Asambleas en las que se considere la designación de directores e integración de la Comisión Fiscalizadora, para que se gestionen las propuestas pertinentes.
- b) Velar por que las acciones que se lleven a cabo en cumplimiento del objeto social y en beneficio de la sociedad, contemplen las directivas y recomendaciones que imparta la mencionada Secretaría, de modo tal que la realización del interés societario se lleve a cabo resguardando el interés público comprometido en las participaciones societarias que detente el Estado nacional.
- c) Solicitar mensualmente informes de gestión de la empresa, analizar la documentación vinculada al Orden del Día establecido e informar a la mencionada Secretaría su opinión sobre los puntos que resulten relevantes o de interés para la gestión empresaria o las políticas de desarrollo económico que disponga la citada Secretaría de Estado.
- d) Asistir a las reuniones convocadas por la Secretaría –de quien dependen–, o el área que esta indique.
- e) Remitir a la Secretaría, o al área que esta indique, copia de las Actas de Directorio y de Asamblea, balances auditados, informes de gestión, presupuestos anuales e inversiones, entre otros, y prestar la colaboración necesaria para el cumplimiento de las acciones propias de la misma –es decir de la Secretaría o del área correspondiente.
- f) Informar a la Secretaría, los hechos, actos, omisiones o conductas que sean de su conocimiento, susceptibles de acarrear perjuicios para el patrimonio público, lesionar el interés estatal, o que puedan configurar omisiones y/o transgresiones en materia tributaria, aduanera o

99. De la órbita del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

previsional, o conductas dolosas pasibles de denuncia penal, sin perjuicio de las denuncias que se encuentre obligado a efectuar *en su carácter de funcionario público*, como también todo hecho que estime relevante para la gestión de la empresa o el cumplimiento de las directivas y recomendaciones emitidas por la citada Secretaría.

g) Dar pronto tratamiento a los pedidos de información y acceso a la documentación que le formule la Secretaría, con la periodicidad que esta establezca, un informe acerca del desempeño económico, financiero y de gestión de la sociedad en la que actúe.

Si el cumplimiento de las funciones a cargo de los directores se viera impedido o dificultado por acciones llevadas adelante por la sociedad, otros miembros del Directorio o de otros órganos sociales o terceros, deberán comunicarlo al órgano de fiscalización societaria y a la Secretaría.¹⁰⁰

Como puede advertirse, estamos frente a una nueva *categoría* de directores: *los directores mandatarios del accionista que cumplen funciones en la sociedad comercial como funcionarios de dicho accionista, que es el Estado –funcionarios públicos– y responsables de velar por el interés público comprometido en las participaciones societarias que detente dicho Estado Nacional.*

Y estos funcionarios públicos –directores de la sociedad– deberán desarrollar su labor –principalmente y según lo establece el decreto dictado– en *protección del Estado*, y la información societaria y de negocios a la que tuvieran acceso con motivo u ocasión de su cargo quedará exenta del deber de confidencialidad y del secreto societario y de las limitaciones impuestas por las leyes en la materia, para quedar liberados al conocimiento del Estado, sin que este deba pasar ni transitar los canales societarios regulares respectivos para acceder a la misma.¹⁰¹

Ello altera las normas de los arts. 55, 294 y concordantes de la ley 19.550, importando una reforma implícita de la regulación en esta materia.

100. Ver art. 24.

101. La información para el accionista tiene un tratamiento particular en la ley 19.550 cuando la sociedad cuenta con órgano de fiscalización, y debe canalizarse a través de la Comisión Fiscalizadora.

21.3 Régimen particular de incompatibilidades

El art. 264 de la ley 19.550 señala cuáles son las prohibiciones e incompatibilidades para ser designado director o gerente de una sociedad anónima; sin embargo para el caso de los directores designados en sociedades, a propuesta del Estado nacional, a dichas incompatibilidades deben agregarse las que surgen de la ley 25.188 en razón de que estos directores revisten el carácter de funcionarios públicos.

Así, estos directores tendrán incompatibilidad para:¹⁰²

- a) dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por este, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades;
- b) ser proveedor es por sí o por terceros de todo organismo del Estado en donde desempeñen sus funciones.¹⁰³

Del mismo modo, si al momento de su designación el funcionario se encuentra alcanzado por alguna de las incompatibilidades mencionadas, deberá:¹⁰⁴

- a) Renunciar a tales actividades como condición previa para asumir el cargo.
- b) Abstenerse de tomar intervención, durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos tres (3) años o tenga participación societaria.

Estas incompatibilidades se aplicarán sin perjuicio de las que estén determinadas en el régimen específico de cada función –es decir, las incluidas en la ley 19.550.

102. Véase art. 13 de la ley 25.188.

103. Se trata de la de Política Económica y Planificación del Desarrollo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

104. Véase art. 15 de la ley 25.188.

También les serán aplicables a estos funcionarios las normas relativas a “obsequios”, de donde se desprende que estos directores no podrán recibir regalos, obsequios o donaciones, sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones. En el caso de que los obsequios sean de cortesía o de costumbre diplomática –podríamos denominarlos también institucionales o de *marketing*– la autoridad de aplicación¹⁰⁵ reglamentará su registración y en qué casos y cómo deberán ser incorporados al patrimonio del Estado, para ser destinados a fines de salud, acción social y educación o al patrimonio histórico-cultural si correspondiere.¹⁰⁶

Adicionalmente, estos directores –a diferencia de los demás– deberán presentar una declaración jurada patrimonial integral¹⁰⁷ dentro de los treinta días hábiles desde la asunción de sus cargos y actualizar dicha información contenida en esa declaración jurada anualmente y presentar una última declaración, dentro de los treinta (30) días hábiles desde la fecha de cesación en el cargo.¹⁰⁸

Finalmente, si bien se les permite el desempeño de otras funciones –ver lo que señalamos en el acápite 24– deberán respetarse ciertas compatibilidades funcionales establecidas por el decreto 8566/1961.¹⁰⁹

22. El cuádruple régimen de responsabilidad de los directores designados a propuesta del Estado nacional

La ley 19.550 tiene normas concretas en materia de responsabilidad de los directores de sociedades anónimas, las cuales están contenidas en los arts. 59, 274 y concordantes, pero el reglamento aprobado por el decreto 1278/2012 va más allá, imponiendo ciertos regímenes adicionales de responsabilidad en un juego de alternativas según sea el caso concreto bajo el cual deba ser analizada la conducta del director designado a propuesta del Estado.

105. Se trata de la Comisión Nacional de Ética Pública, creada por la ley 25.188.

106. Véase art. 18, ley 25.188.

107. Véase al respecto los arts. 6 y siguientes de la ley 25.188.

108. Véase arts. 4 y 5, inciso u) de la ley 25.188.

109. Tales como que se autorizan únicamente las acumulaciones expresamente citadas en dicha norma, las que estarán condicionadas en todos los casos a que se cumplan determinados extremos. Remitimos a tal regulación.

22.1. La responsabilidad societaria ordinaria

El art. 5 del reglamento mencionado dispone, en primer lugar, que los directores deben asumir las responsabilidades ilimitadas y solidarias que para dicho cargo impone la ley 19.550.

Así, el director será ilimitada y solidariamente responsable –junto a los demás directores– por los daños causados a la sociedad por no haberse desempeñado con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios –art. 59– y también por los daños causados con motivo de haber actuado con culpa grave, abuso de facultades o haber incurrido en conductas violatorias de la ley, el estatuto o el reglamento de la sociedad –art. 274.

Y en esto, la responsabilidad será compartida junto al resto de los miembros del directorio, salvo que hubiera oportunamente votado en contra de la decisión correspondiente, dando noticia al síndico antes de que su responsabilidad sea denunciada al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial –art. 274 *in fine*.

22.2. La responsabilidad personal del director por su obrar según otras leyes

Adicionalmente, el mismo artículo 5 del reglamento dispone que los directores designados a propuesta del Estado deberán responder por las responsabilidades que pudieran caberles en materia penal, civil, administrativa y profesional.

Se trata en este caso de una responsabilidad impuesta por otras normas –no las societarias– a los directores de sociedades anónimas, tales como las leyes 20.744 en materia laboral; 11.683, 24.769, 25.292, 26.735 –entre otras–, en materia tributaria; 25.156 –y complementarias– en materia de Derecho de la Competencia; 24.051, 25.612 –entre otras– en materia ambiental; el Código Aduanero y tantas otras, respecto de las cuales nos hemos ocupado en una obra específica, a la cual remitimos.¹¹⁰

110. Véase Vítolo, Daniel Roque, *Responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales*, Buenos Aires, Ed. Legis, 2007, ya citada.

22.3. *La responsabilidad como funcionarios públicos*

En tercer lugar, la norma legal mencionada –dec. 1278/2012– dispone que dichos directores deberán asumir –también– las responsabilidades propias de su carácter de funcionarios públicos, lo cual se encuentra regido por la ley 25.188, en cuanto a su procedimiento.

A tal efecto, también deben tenerse en cuenta las normas residuales de la ley 22.140 del Régimen Básico de la Función Pública, la cual, si bien fue derogada por el art. 4 de la ley 25.164, sigue rigiendo la relación laboral del personal del Estado Nacional, como régimen supletorio del Convenio Colectivo de Trabajo aprobado por decreto 214/2006,¹¹¹ aplicable al Ministerio de Economía y Finanzas,¹¹² al que pertenece la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo.

22.4. *La responsabilidad sustituta y la indemnidad del director funcionario*

Por su parte, el decreto 196/2015 dispone que los directores designados por, o a propuesta del Estado nacional o de sus entidades, en los órganos sociales de las empresas y sociedades donde tenga participación en el capital social, son funcionarios públicos a los efectos de la delimitación de su responsabilidad y respecto de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, con las exclusiones previstas en el mencionado decreto.

Consecuentemente, el Estado nacional garantiza la *indemnidad* de los funcionarios que durante el ejercicio de esas funciones o luego de cesado en ellas, fueren demandados, intimados, requeridos, denunciados, querellados o imputados por el ejercicio de tales responsabilidades; debiendo brindar a través de las jurisdicciones y/o entidades estatales correspondientes, la asistencia especializada necesaria para asegurar su defensa, representación o patrocinio legal; sin perjuicio de la intervención que la ley 12.954, el decreto 34.952/47 y las normas complementarias le acuerdan a la Procuración del Tesoro de la Nación.

111. La ley 25.188 no es sustitutiva de la 22.140.

112. Que a ese momento se denominaba Ministerio de Economía y Producción. Véase decreto 1252/2007.

No procederá la referida asistencia cuando se determine la existencia de dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones por parte del director, o cuando en su actuación aquellos no hubieren actuado con ajuste a las normas, reglamentos, directivas, recomendaciones u órdenes emanadas de las autoridades competentes de la jurisdicción, organismo o entidad que ejerza la representación de los derechos accionarios de las participaciones del Estado nacional, o en su caso del organismo de control del que dependan.

A esos fines, las referidas jurisdicciones y entidades estatales deberán reglamentar los procedimientos destinados a establecer mecanismos de control concomitantes de la actividad desarrollada por los directores designados.

En todos los supuestos en que el Estado nacional o las entidades estatales involucradas garanticen la indemnidad de los funcionarios mencionados, los resultados de los eventuales procesos serán asumidos por las jurisdicciones, organismos o entidades que ejerzan la representación de los respectivos derechos accionarios, o del organismo de control del que dependan, en tanto su actuación no quede comprendida en alguno de los supuestos en los que la asistencia especializada no proceda.

23. Excepciones a la asistencia en casos de imputación de responsabilidad

El reglamento aprobado por el decreto 1278/2012 también dispone que no procederá la asistencia mencionada en el acápite anterior cuando:

- a) se hubiera determinado sumariamente la existencia de dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones por parte del director; o
- b) cuando en su actuación este no hubiera contemplado las directivas o recomendaciones impartidas por la Secretaría.

Es decir que, *contrario sensu*, debería interpretarse un régimen muy particular de asistencia: *si lo se le brindará asistencia al director obediente; es decir a aquel al cual se le impute responsabilidad por una conducta que sea consecuencia de haber cumplido con las directivas emanadas de la Secretaría –es decir del accionista “Estado”–, aunque se hubiera constatado que –aun sin directivas concretas– en su actuación, no actuó con la lealtad*

y diligencia del buen hombre de negocios o abusó de sus facultades o que violó la ley, el estatuto o el reglamento –supuestos estos últimos no incluidos en la excepción.¹¹³

24. Remuneración

Una cuestión curiosa referida al nuevo régimen de directores designados en empresas privadas a propuesta del Estado nacional es la que dispone el mecanismo de remuneración de dichos directores.

24.1. Régimen general

El artículo 14 del reglamento dispone que los honorarios fijados en la asamblea de accionistas a los directores designados por el Estado nacional –imaginamos que los establecidos por estatuto también quedarán comprendidos en la norma–¹¹⁴ por las acciones cuyos derechos políticos ejerza la Secretaría,¹¹⁵ que se devenguen por su labor como tales, serán solventados por las empresas y sociedades en las que cumplan funciones,¹¹⁶ debiendo estas cancelar dicho concepto a través de su ingreso a las cuentas bancarias del Servicio Administrativo Financiero 357-Jurisdicción 50-Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Es decir que el pago de los honorarios a los directores se efectúa directamente al Estado nacional, a través de una de sus dependencias, y será el Estado quien pague la remuneración a tales directores, asignándoles una retribución mensual diferente de la recibida de la sociedad conforme a una

113. Que solo comprende –fuera de la desobediencia de las instrucciones– los supuestos de culpa grave y dolo.

114. Véase art. 261 de la ley 19.550.

115. En virtud de lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 26.741, los directores designados por el Estado Nacional en YPF Sociedad Anónima no se encuentran comprendidos en este régimen, quienes percibirán los honorarios aprobados por la Asamblea que alcanzan a más de \$170.000 mensuales promedio por cada director –más otros beneficios complementarios–, según consignaron los medios periodísticos en el mes de julio de 2012, con motivo de celebrarse la Asamblea General.

116. De donde las empresas solventarán la labor de “funcionarios públicos”.

escala determinada que el propio reglamento determina.¹¹⁷ La diferencia entre lo que el Estado recibirá como remuneración por el servicio de directores prestado a la sociedad, y lo que efectivamente utilice para remunerar a estos será transferida al Fondo Nacional del Menor y la Familia, creado por la ley 22.359.¹¹⁸

Esta disposición es de la mayor trascendencia pues modifica la naturaleza jurídica del vínculo existente entre el director designado a propuesta del Estado Nacional respecto del resto de los directores, pues en este caso no estamos frente a una relación jurídica conformada por un contrato de *servicios calificados* entre la sociedad y el director, sino que se trata de un *contrato de servicios entre la sociedad comercial y el Estado Nacional para proveer un servicio de directores*.

En efecto; en lo sustancial –y más allá de las formas de la designación del director por parte de la Asamblea– *la sociedad anónima deberá pagar al Estado nacional la remuneración retributiva de las funciones que cumple el funcionario público propuesto –por dicho Estado– que es designado director y que se encuentra vinculado con el Estado para la prestación de dicho servicio mediante un contrato particular cuyos términos han sido fijados por decreto, y que se rige por normas particulares ajenas a la ley 19.550.*¹¹⁹

24.2. Régimen especial para directores que ejercen –además– otras funciones públicas

En el supuesto caso en que el director se encuentre ejerciendo otras funciones públicas dentro de la Administración Nacional, y le corresponda percibir honorarios por sus funciones en el Directorio de una sociedad en la cual es Estado sea accionista y lo haya propuesto como director, el art. 16 del reglamento dispone que percibirá por su función en el Directorio un plus mensual sobre su remuneración habitual, equivalente a tres (3) veces el importe del aporte mensual que corresponda ingresar a los trabajadores incluidos en la V Categoría del Régimen para Trabajadores Autónomos, determinándose que,

117. Véase la escala fijada por el decreto.

118. Véase el destino a darse a los fondos en la norma mencionada.

119. Ley 25.188, decretos 8566/1961, 214/2006 y 1278/2012; entre otras normas.

para el caso de ser designado como director en más de una sociedad, solo podrá percibir un máximo de hasta siete (7) veces el importe del aporte mensual que corresponda ingresar a los trabajadores incluidos en la V Categoría del Régimen para Trabajadores Autónomos, en este concepto.

Los directores –ver art. 19 del reglamento– quedan exceptuados de las incompatibilidades remunerativas previstas en el “Régimen sobre Acumulación de Cargos, Funciones y/o Pasividades para la Administración Pública Nacional”, aprobado por el decreto 8566/1961, sus modificatorios y complementarios, en relación a los montos establecidos en el reglamento.¹²⁰

25. Asistencia técnica y legal

El reglamento contempla un régimen especial de asistencia técnica y profesional para los directores designados a propuesta del Estado, facultando a los mismos a formular consultas a la Secretaría y solicitar a esta el apoyo técnico o profesional, cuando existan cuestiones que por su naturaleza, importancia o situación de emergencia, lo ameriten; sin perjuicio de la ejecución de las medidas urgentes que deban adoptarse en resguardo del interés de la sociedad, del Estado nacional o de su propia responsabilidad.

120. “Ninguna persona podrá desempeñarse ni ser designada en más de un cargo o empleo público remunerado dentro de la jurisdicción y competencia del Poder Ejecutivo Nacional, Provincial o Municipal. Asimismo, declárase incompatible el desempeño de un cargo público con la percepción de jubilaciones, pensiones y/o retiros civiles y/o militares provenientes de cualquier régimen de previsión nacional, provincial y/o municipal. Las prohibiciones que anteceden son de aplicación para las situaciones existentes, aunque hubieran sido declaradas compatibles con arreglo a las normas vigentes hasta la fecha. El desempeño de una función o cargo remunerado o prestación contractual con o sin relación de dependencia, bajo cualquier modalidad en la Administración Pública Nacional, es incompatible con la percepción de un beneficio previsional o haber de retiro proveniente de cualquier régimen de previsión nacional, provincial o municipal. La referida incompatibilidad se aplicará con independencia de las excepciones específicas que se hayan dispuesto o se dispusieren respecto del presente decreto, sus modificatorios y complementarios. (Párrafo incorporado por art. 1 del decreto N° 894/2001 B.O. 13/7/2001).”. Posteriormente, se amplió el artículo 1 por el artículo 7 del decreto N° 9677/61 B.O. 2/11/1961, en el sentido de que asimismo es incompatible el ejercicio de un cargo o empleo público remunerado en la jurisdicción y competencia del Poder Ejecutivo Nacional, con cualquier otro cargo público retribuido en el orden nacional, provincial o municipal.

A dichas consultas deberán acompañarse los antecedentes que las motivan, reseñando los aspectos de dudosa interpretación o susceptibles de controversia y señalando la opinión que se sustenta, así como los cursos de acción posibles y recomendables.

26. El Comité interno

El art. 20 del reglamento dispone que, si en una sociedad actuaran dos o más directores, en su primera reunión anual designarán un coordinador titular y un suplente al solo efecto de su organización interna y de la comunicación con la Secretaría, la que deberá ser adecuada y fluida así como con los miembros de los restantes órganos societarios que actúen en representación del Estado nacional, a los efectos de coordinar su accionar en la sociedad, en salvaguarda de los intereses de la sociedad y del Estado nacional.

Es decir que lo que se conforma aquí es una suerte de subdirectorío, o Comité Interno para organizarse, mantener la comunicación con el mandante –Estado nacional– y coordinar el accionar dentro del directorío.

La norma administrativa no indica cómo deben tomarse las decisiones dentro de este subdirectorío, ni la naturaleza o alcances de la organización que deben darse sus integrantes. Tampoco el modo de tomar las decisiones coordinadamente para fijar la posición común de los miembros en el Directorío.

27. Régimen especial de remoción

Dentro del convenio que deben suscribir los directores designados por el Estado con la Secretaría, existe una cláusula particular mediante la cual se establece que el incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones impuestas en dicho convenio y/o en el reglamento, hará que se suspenda el pago estipulado –por parte del Estado– a favor del director, así como de ser removido de la función que ejerce el director en la sociedad, sin perjuicio de las acciones que se le puedan interponer por mal desempeño en su carácter de funcionario público. Adicionalmente, se dispone que la suspensión del pago se hará efectiva desde el preciso momento en que se configure la violación.

Como puede observarse, esta norma es de una enorme imprecisión y de muy difícil implementación –salvo en lo que hace a que el Estado pueda

suspender el pago de la remuneración que abona al director en su carácter de funcionario público y en virtud del contrato suscripto con el mismo.¹²¹

En efecto; para remover a un director se requiere de una decisión del órgano de gobierno –asamblea ordinaria:¹²²

- a) si es sin justa causa –remoción *ad nutum*–, por mayoría de votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión;¹²³
- b) si es por justa causa, bajo el mismo régimen que el indicado en a) o por acción judicial;¹²⁴ y
- c) si es sin justa causa, pero el director ha sido designado por una asamblea de clase,¹²⁵ la remoción debe hacerse por la asamblea de accionistas de la clase,¹²⁶ salvo los casos de los arts. 264¹²⁷ y 276.¹²⁸

Quiere decir, entonces, que no alcanza a comprenderse cómo podrá el Estado remover por sí mismo al director que lo representa, sin intervención de los órganos societarios correspondientes para convocar a la asamblea y sin la decisión de esta.

Recordemos que aun si el director hubiera sido designado a instancia del Estado por el mecanismo de voto acumulativo, no tiene el accionista que recurrió a tal sistema de elección el derecho de remover por sí al director o a los directores así elegidos. Y aun si lo hubiera hecho por asamblea de clase, se requiere de la convocatoria y realización de la asamblea de clase para proceder a la remoción o reemplazo del director.

Finalmente, cabe destacar que tampoco puede llevarse al seno de la sociedad un conflicto con el director porque esta haya incumplido con un contrato particular que ha celebrado con el Estado nacional en los términos del decreto 1278/2012 –cuestión ajena totalmente a la sociedad.

121. Cuyo modelo está reglado por el decreto 1278/2012.

122. Art. 234, ley 19.550.

123. Véanse arts. 243, 265 y 276 de la ley 19.550.

124. Véase art. 276 de la ley 19.550.

125. Véase art. 262 de la ley 19.550.

126. Véase art. 262 de la ley 19.550.

127. Remoción del inhabilitado; véase además art. 264 de la ley 19.550.

128. Decisión de promover la acción social de responsabilidad que importa la remoción del director afectado.

28. A modo de síntesis

Como puede advertirse, las normas contenidas en los decretos 1278/2012 y 196/2015 presentan características muy particulares que abren un fuerte debate en la doctrina –y lo abrirán también, seguramente, en la jurisprudencia judicial y administrativa– sobre sus alcances y su validez.

El presente artículo no pretende conformar un análisis acabado de este nuevo fenómeno configurado por la irrupción del Estado nacional en los directorios de sociedades titulares de empresas privadas, como consecuencia del dictado de la ley 26.425 que creó el SIPA, y del decreto 867/2008 –modificado por el decreto 2103/2008– que creó el FGS, sino solo efectuar una aproximación al tema y formular algunas reflexiones preliminares a modo de contribución para una mejor comprensión de esta nueva realidad.

En tal sentido –y con el carácter provisional mencionado– podríamos sostener que:

- a) los decretos 1278/2012 y 196/2015 importan una reforma implícita a varios artículos de la ley 19.550;
- b) la reforma alcanza al régimen de administración de las sociedades y –en especial– a las normas contenidas en los arts. 55, 59, 274, 276 y concordantes de la ley 19.550;
- c) a partir de la vigencia de los decretos 1278/2012 y 196/2015, las sociedades anónimas en las cuales el Estado nacional tenga participación en razón de las acciones que integren el FGS comprendido en el SIPA, y donde su participación societaria le permita designar miembros del Directorio, contarán con un doble régimen de incompatibilidades, deberes, obligaciones y responsabilidad para los directores –dependiendo a propuesta de quién ha sido designado el director–;
- d) también existirá un doble régimen –categorías– de derechos por parte de los accionistas para muñirse de información y documentación societaria, dependiendo de si el accionista es el Estado nacional o un particular –persona física o jurídica–;
- e) habrá un doble régimen –también– de responsabilidad de los administradores y directores, dependiendo de si los mismos han sido designados a propuesta del Estado nacional o de otro accionista; y –finalmente–
- f) habrá un doble régimen aplicable a los supuestos de interés contrario

–art. 272–; actividad en competencia –art. 273–; extinción de responsabilidad –art. 275–; y remoción –arts. 262, 265, 276–; entre otros.

Como puede advertirse, interpretar las normas mencionadas, o pronunciarse sobre los alcances de su contenido constituye un enorme desafío, con un número importante de cuestionamientos –además de los vinculados al mérito o conveniencia de la decisión legislativa– respecto de los alcances legales¹²⁹ y constitucionales¹³⁰ de esta nueva normativa, que generará un arduo debate en la doctrina y en la jurisprudencia, al que aspiramos haber podido contribuir nuevamente a través de estas líneas.¹³¹

Bibliografía

- Abella, Néstor R. y Abella, Adriana N.: “Incidencia de la ley 25.561 en las obligaciones originadas en los contratos entre particulares”, en *La Ley*, 25/04/02.
- Aguinis, Ana María M. de: “Reflexiones sobre la retribución que corresponde a cada director”, en *R. D. C. O.*, 14-92-1981.
- Alterini, Atilio: “Un sistema teñido de inseguridad”, en Suplemento Especial Emergencia Económica, *La Ley*, abril de 2002.

129. ¿Ha existido efectivamente una reforma encubierta a la ley 19.550?; ¿cuáles son los alcances de la misma?; esta eventual reforma ¿resulta violatoria del orden público que impregna una parte sustancial del ordenamiento societario?; ¿afecta ello el régimen de transparencia en la oferta pública?; ¿puede una sociedad comercial ser administrada parcialmente por el Estado nacional por vía de funcionarios públicos designados en su directorio?; en caso de conflicto de intereses ¿cuál es el interés que prevalece?; entre otras muchas preguntas.

130. ¿Puede un decreto modificar en forma encubierta una ley nacional de la naturaleza de la ley 19.550?; ¿violan las normas del decreto las garantías constitucionales de igualdad ante la ley?; ¿puede un decreto desnaturalizar institutos jurídicos consagrados legislativamente?; ante la incompatibilidad de regulaciones entre la ley 19.550 y el decreto 1278/2012, ¿cuál norma debe prevalecer?; ¿juega la sistematicidad del ordenamiento societario papel alguno frente al conflicto de normas?; ¿violan las normas del decreto 1278/2012 el principio de razonabilidad?; ¿en qué medida el dec. 196/2015 modifica el sistema creado por el dec. 1278/2012?; entre otras muchas preguntas.

131. Con anterioridad ya hemos adelantado parte de nuestro pensamiento en Vítolo Daniel Roque, *Hacia una nueva realidad...*, cit.; ídem, *Manual de Sociedades...*, cit.

- Anchával, Hugo Alberto: “La mega responsabilidad de los directores, presidentes y vicepresidentes de sociedades comerciales o ‘de vuelta la mula al trigo’”, nota a fallo, en *D. J.*, 2004-2-648.
- Arazi, Roland: “El Derecho procesal frente a la emergencia pública”, en *ED*, 6/5/02.
- Argeri, Saúl A.: “Responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima. Valoración según su actividad”, en *LL*, 1979-C-1158.
- Areco (h), Juan S.: “Retribución al director en la sociedad anónima”, en *LL*, 1983-C-872.
- Austen, Jane: *Orgullo y prejuicio*, Ed. Penguin Clásicos, formato E-Book, 2015.
- Balzac, Honorato de: *Cuentos completos de la Comedia Humana*, Madrid, Ed. Páginas de espuma, edición y traducción de Mario Armiño, 2015.
- Grandeza y decadencia de César Birotteau, perfumista*, traducción de María Teresa gallego, Barcelona, Ed. Alba, 2013.
- Boulouis, J.: *Droit institutionnel de l’Union Européenne*, París, Montchrestien, 1995.
- Cameron R. y Neal, L.: *Historia Económica Mundial desde el paleolítico hasta el presente*, Madrid, Ed. Alianza, 2010.
- Carreta Duch, José María: *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 4^a ed., Madrid, Marcial Pons, 1997.
- Cassagne, Juan Carlos: “Los contratos públicos y la reciente Ley de Emergencia, Suplemento Especial Emergencia Económica”, en *La Ley*, abril de 2002.
- Ciuro Caldini, Miguel Ángel: “Bases para la interpretación de la ley 25.561”, en Suplemento Especial Emergencia Económica, *La Ley*, abril 2002.
- Colautti, Carlos, “La Corte Suprema como Poder del Estado”, en *La Ley* 4/2/02.
- Cornet, Roberto (dir.), *El órgano de administración societaria*, Córdoba, Mediterránea, 2005.
- Curá, José María: *Remuneración de administradores de sociedades anónimas*, en *J. A.*, 1996-IV-682.
- Chingo, Juan: “El capitalismo mundial en una crisis histórica”, en *Revista Estrategia Internacional*, N° 25, Buenos Aires, diciembre 2008-enero 2009.
- D’agnolo, G.: *La sussidiarietà nell’Unione Europea*, Padua, CEDAM, 1998.
- De La Serna Bilbao, M. N.: *La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Bilbao, Ed. Aranzadi, 2010.

- Di Marco, Graciela L.: *Responsabilidad de los administradores sociales*, en *J. A.*, 1985-IV-864.
- Eatwell, J.: *Global unemployment*, Londres, M. E. Sharpe, 1985.
- Embrid Irujo, José M. y Vítolo, Daniel R.: *Sociedades comerciales. Los administradores y los socios. Gobierno corporativo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- Frank, André Gunder: *El desafío de la crisis. Ensayos sobre la crisis económica mundial. Ironías políticas internacionales y desafío europeo*, Madrid, Ed. Iepala, 1988.
- Frías, Pedro J.: “Estado de derecho y seguridad jurídica”, en *ED*, 10/6/02.
- Friedman, Milton: “Capitalism and Freedom”, publicado en F. Morley (comp.), *Essays on Individuality*, Liberty Press, 1977.
- *Capitalismo y libertad*, Madrid, Ediciones Rialp, 1966.
- *Friedman contra Galbraith*, Madrid, Unión Editorial, 1982.
- *La economía monetarista*, Ed. Atalaya, Grupo Planeta, 1999.
- Friedman, Milton y Friedman, Rose: *Libertad de elegir*, RBA Coleccionables, 2004.
- Gagliardo, Mariano: *El Directorio en la Sociedad Anónima*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2007.
- García Tejera, Norberto Julio y otros (obra colectiva): *El directorio en las sociedades anónimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- Garriges Walker, Antonio y otros: *Responsabilidad de Consejeros y Altos Cargos de Sociedades de Capital*, Madrid, Mc Graw Hill, 1996.
- Gough, Ian: *La economía política del estado de Bienestar*, Madrid, H. Bume, 1982.
- Haffner, Sebastian: *Churchill, Winston, Una biografía*, Ed. Destino, 2002.
- Hayek, Friederich: *Law, Legislation and Liberty. The Political Order of a Free People*, Routledge and Kegan Paul, 1979.
- Isaac, G.: *Manual de Derecho Comunitario General* (traducción de G-L Ramos Ruano), 3ª edición española, Barcelona, Ariel, 1995.
- Junyent Bas, Francisco: “Las acciones de responsabilidad de los administradores societarios”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 30, N° 175 a 180, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- Junyent Bas, Francisco y Ferrero, Luis Facundo: *Reformas a la ley de sociedades por ley 26.994*, Córdoba, Advocatus, 2015.
- Kahneman, Daniel: *Thinking fast and slow*, Nueva York, Ed. Farrar, Straus and Giroux, 2011. Edición en español bajo el título *Pensar rápido*,

- pensar despacio*, traducida por Joaquín Camorro Mielke, Barcelona, Ed. Debate, 2012.
- Kresalja Resello: *El principio de subsidiariedad en materia económica*, Lima, Baldo, Palestra editores, 2010.
- Krugman, Paul: *Introducción a la economía*, Barcelona, Ed. Reverté, 2011.
- *Fundamentos de economía*, Barcelona, Ed. Reverté, 2012.
- ¡Acabad ya con esta crisis!, Madrid, Ed. Crítica, Planeta libros, 2012.
- *The Return of Depression Economics and the Crisis of 2008*, Nueva York W.W. Norton & Co., 2009.
- Lorenzetti, Ricardo Luis: “Contratos en la emergencia económica: Pesificación - Obligaciones en mora (un modelo de interpretación)”, en *La Ley*, 27/09/02.
- Lynch, Horacio M.: “Emergencia, Derecho, Justicia y Seguridad Jurídica”, en *LL*, 29/5/02; ídem, “La justicia ante la emergencia”, en *LL Actualidad*, 18/4/02.
- Maljar, Daniel Edgardo: “Antecedentes jurisprudenciales de la CS sobre el derecho de emergencia. El principio de razonabilidad utilizado como límite”, en *ED Serie Especial Constitucional*, 8/5/02.
- Manili, Pablo: “Emergencia, constitución y medidas cautelares, Anales de Legislación Argentina”, en *La Ley*, Boletín Informativo N° 11, 2002, p. 65; ídem, “La doctrina de la emergencia en la jurisprudencia”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 282, marzo de 2002.
- Martorell, Ernesto Eduardo: *Los Directores de Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1990.
- “Los honorarios de los directores de las sociedades anónimas ante el límite del artículo 261 de la ley 19.550”, en *L. L.*, 1985-C-861.
- Menegazzo Cané, Miguel: “Retribución a los directores de sociedades anónimas”, en *E. D.*, 62-1975.
- Moore, B.: *Social origins of Dictatorship and Democracy*, Harmondsworth, Penguin, 1973, edición traducida en Barcelona, Ed. Península.
- Mosset Iturraspe, Jorge: *Responsabilidad de quienes dirijan o administren sociedades comerciales*, en *J. A.*, Doctrina 1973-670.
- Muguillo, Roberto: *Manual de Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2012.
- Nissen, Ricardo A.: *Ley de Sociedades Comerciales, Comentada*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2010.

- Retribución de los directores de sociedades anónimas, en *L. L.*, 1984-C-662; “Un fallo ejemplar en materia de remuneración de directores de sociedades anónimas”, en *LL*, 1997-A-134.
- Otaegui, Julio C.: *Administración Societaria*, Buenos Aires, Ed. Ábaco, 1979.
- Palloix, Christian: *Proceso de producción y crisis del capitalismo*, Madrid, Harold Blume Ediciones, 1980.
- Perciavalle, Marcelo: *Ley de Sociedades Comerciales comentada*, Buenos Aires, Erreius, 2015.
- Piketty, Thomas: *El capital del siglo XXI*, Ed. Fondo de Cultura Económica de España, 2014.
- Popper, Karl: *The Open Society and its Enemies*, St. Paul, Routledge and Kegan, 1974.
- Renshaw, Patrick: *Franklin D. Roosevelt, perfiles del poder*, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 2008.
- Richard, Efraín Hugo: “La acción de responsabilidad ejercida por la minoría y el acceso a la justicia”, en *ED*, 202-87.
- Rivera, Julio C.: “Responsabilidad de los administradores sociales (Necesidad de repensar sus alcances)”, en *J. A.*, 1988-A-389.
- “Responsabilidad de los administradores y síndicos”, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 2001-3.
- Rodríguez Cabrero, Gregorio: “Fundamentos socioeconómicos y crisis del Estado de Bienestar”, en *Revista de Servicios Sociales y Política Social*, N° 0, 1984.
- “Tendencias actuales del intervencionismo estatal y su influencia en los modos de estructuración social”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, Madrid, Reis, N° 31.
- Roitman, Horacio y colaboradores: *Ley 19.550, Comentada*, Buenos Aires, Ed. la Ley, 2006.
- Rubin, Gretchen: *Forty ways to look at Winston Churchill*, Ed. Ballantine, 2003.
- Ruesga, Santos M: “Desempleo y precariedad laboral en Europa”, en *Acciones e Investigaciones Sociales*, N° 14, Madrid, 2002.
- Sandoval, Carlos; Sanhueza, Andrea y Williner, Alicia: *La planificación participativa para lograr un cambio estructural con igualdad: las estrategias de participación ciudadana en los procesos de planificación multiescalar*, Manuales de CEPAL, N° 1, Naciones Unidas, Santiago de Chile, diciembre de 2015.

- Sartori Giovanni: “Liberty and Law”, en K. Templeton Jr. (comp.), *The Politicization of Society*, Liberty Press, 1979.
- Sasot Betes, Miguel A., y Sasot, Miguel P.: *El órgano de Administración*, Buenos Aires, Ed. Ábaco, Depalma, 1980.
- Schinelli, Guillermo Carlos: “Los decretos de necesidad y urgencia ante ciertos precedentes parlamentarios”, en *E.D.*, 20/08/02.
- Sidelsky, Robert: *El fin de la era keynesiana*, Barcelona, Ed. Laia, 1982.
- Solé, Carlota: “El debate sobre corporativismo-neocorporativismo”, en *Reis*, N° 26, abril-junio de 1984.
- Suárez Anzorena, Carlos: “En procura de una más precisa delimitación de la competencia del directorio de la sociedad anónima nacional”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*.
- Tharoor, Sashi: *Nheru la invención de la India*, Barcelona, Ed. Tusquets, 2009.
- Varoufakis, Yanis: *El Minotauro global*, Madrid, Ed. Capitán Swing, 2012.
- Verón, Alberto V.: *Reformas al Régimen de Sociedades Comerciales (a tenor del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ley 26.994)*, Ed. La Ley, 2014.
- Villar Rojas, F. J.: *La privatización de servicios públicos. La experiencia española a la luz del modelo británico*, Madrid, Ed. Tecnos, 1992.
- Vítolo, Daniel Roque: *Manual Económico y Jurídico de la Empresa*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2003.
- *Iniciación en el estudio del Derecho Mercantil y de la Empresa*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1992.
 - *Manual Económico y Jurídico de la Empresa, las Inversiones Extranjeras y el Derecho de la Competencia*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2007.
 - *Manual de Sociedades*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2016.
 - *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1989.
 - “Hacia una nueva realidad en materia de administración societaria en la empresa privada: los ‘directores del estado’”, en *ED*, 249-839, año 2012.
 - *Sociedades Comerciales, Ley 19.550 Comentada*, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2008.
 - *Responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales*, Legis, 2007.
 - *Sociedades*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2016.
 - *Manual de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2016.

Von Mises, Ludwig: *Liberalismo*, Madrid, Unión Editorial, 1977.

Wilensky, H. L.: *The Welfare State and equality*, Berkeley, University of California Press, 1975.

Zaldívar, Enrique; Manóvil, Rafael; Ragazzi, Guillermo E. y San Millán, Carlos: *Cuadernos de Derecho Societario*, Buenos Aires, Ed. Macchi, 1973.

Zarza Mensaque, Alberto R.: "La crisis argentina y la reforma política institucional, en *ED*, 10/6/02.

La reestructuración de la deuda soberana: fragmentación legal a nivel internacional

*Valentina Delich**

Resumen

En ausencia de una norma internacional común que regule las crisis de deuda soberana en situaciones de insolvencia, emergen y se aplican criterios y soluciones legales disímiles que generan incertidumbre y costos económicos y humanos en los países deudores. Este artículo recorre la fragmentación internacional identificando principios, guías, prácticas legales y actores: empieza por la Asamblea de las Naciones Unidas, sigue por la Conferencia de las Naciones Unidas para Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), luego el Fondo Monetario Internacional y finalmente el Club de París.

Palabras clave: insolvencia, deuda soberana, FMI, Club de París, política internacional.

The restructuring of sovereign debt: legal fragmentation in an international level

Abstract

In an international level, there isn't a detailed legislation that regulates the sovereign debt crisis in insolvency scenarios. Different legal criteria and solutions that result in uncertainty and economic and human costs in default countries are applied. This paper traces the international fragmentation

* Profesora e investigadora de FLACSO, Programa en Derecho y Bienes Públicos; vdelich@flacso.org.ar

identifying principles, guides, legal practices and actors. It studies the United Nations Assembly, the UNCTAD, the IMF and the Club of París.

Keywords: insolvency, sovereign debt, IMF, Club of París, international politics.

Introducción

Mientras que a nivel nacional existen normas detalladas sobre cómo proceder con las deudas en el marco de una quiebra, no ocurre lo mismo en el escenario internacional con las deudas soberanas en situaciones de insolvencia. La arquitectura legal internacional en materia financiera es, si la comparamos con la comercial por ejemplo construida alrededor del GATT/OMC o con la de los derechos humanos, inmadura.

Muchos expertos en finanzas internacionales alegan que aún en un contexto en el cual la relación deuda/PBI excede el 100% en la mayoría de los países, las reestructuraciones de deuda soberana son, y seguirán siendo, una excepción. Sin embargo, un trabajo de Das, Papaioannou y Trebesch pone de relieve que las reestructuraciones de deuda soberana son un fenómeno dominante: más de 600 casos en 95 países. De estos, 186 fueron con acreedores privados (bancos extranjeros y tenedores de bonos) y 447 fueron acuerdos de reestructuración en el marco del Club de París. Además, estos autores nos remarcen que desde 1950 no hay reestructuraciones de países avanzados (Das, Papionannou y Trebesch, 2010).

Ahora bien, cuando las reestructuraciones ocurren (sean posdefault o preventivas), son costosas para el país deudor en términos de recesión económica y crisis humanitaria.

Ante la falta de normas internacionales comunes que las regulen, en las reestructuraciones de deuda soberana aparecen complicaciones derivadas de los distintos marcos legales y criterios judiciales en los cuales los instrumentos están enmarcados. Las reestructuraciones de la Argentina y Grecia desnudaron algunos de los problemas, a la vez que impulsaron cambios en las prácticas legales internacionales.

En efecto, las diferencias de perspectivas políticas y criterios legales en el escenario internacional son notorias si, por ejemplo, se compara la Declaración aprobada recientemente en la ONU, las políticas y criterios del FMI, los criterios del Club de París o los de algunos jueces en Nueva York.

En líneas generales, se pueden promover soluciones regulatorias o llamadas estatutarias (una regulación internacional o regional que hasta puede incluir la formación de un tribunal *ad hoc* para tratar estas cuestiones) o soluciones de mercado (mejorar los instrumentos para que ellos mismos contengan un mecanismo/cláusulas que permitan solucionar la situación de crisis).

Ahora bien, en este contexto de fragmentación y diversidad, la inclusión de Cláusulas de Acción Colectiva (CAC) en los instrumentos para impedir que una minoría de tenedores (*holdouts*) obstruya una reestructuración así como las “nuevas” cláusulas *pari passu* son un gran avance, pero no constituyen soluciones completas. Resoluciones judiciales en el caso argentino en los tribunales de Nueva York empujaron la redefinición de esta última y la reestructuración griega a su turno ilustró la insuficiencia de las CAC para frenar a los *holdouts* (los instrumentos argentinos no tenían CAC).

Este artículo recorre la fragmentación internacional identificando principios, guías, prácticas legales y actores: empieza por la Asamblea de las Naciones Unidas, sigue por la UNCTAD, luego el Fondo Monetario Internacional y finalmente el Club de París. El epílogo del recorrido es sencillo: la fragmentación legal a nivel internacional denota ideas, realidades político-económicas e intereses disimiles (contrástese la ONU y el FMI); esa fragmentación genera incertidumbre y resultados inesperados (téngase en cuenta la interpretación de Griessa de la cláusula *pari passu* o la diferencia sobre los intereses aplicables a cada tipo de situación legal en las diferentes jurisdicciones); la política internacional es el instrumento para intentar que nuestros intereses e ideas sean parte de la construcción de la arquitectura global legal; y, como ya se alegó hace muchos años en otro artículo de otro tema pero de esta misma autora, la política internacional no puede substituir la mala política doméstica. Construir un mercado de capitales doméstico sólido es, en definitiva, una prioridad de base.

La Asamblea de las Naciones Unidas

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en el año 2015 una Resolución sobre “Los Principios Básicos de los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana”. Votaron a favor 135 países, 41 se abstuvieron y 6 se opusieron (Estados Unidos, Israel, Reino Unido, Japón, Alemania, Canadá). Entre los que se abstuvieron, se encuentra la Unión Europea y, de

nuestra región, México y Colombia. En el recinto, la propuesta de Declaración fue presentada por Sudáfrica en nombre del Grupo de los 77 + China.

Ahora bien, las resoluciones de la Asamblea General no son vinculantes, pero tienen significado político.

De acuerdo con la Resolución, un Estado tiene el derecho de diseñar su política macroeconómica, lo que incluye la reestructuración de la deuda soberana (que no debería verse frustrada o impedirse por ninguna medida abusiva).

Luego, la Declaración incluye el principio de que el deudor soberano y todos sus acreedores deben actuar de buena fe (participar constructivamente con el fin de encontrar una solución beneficiosa para todas las partes), el principio de la transparencia, el principio de la imparcialidad, el principio del trato equitativo (no discriminar arbitrariamente a los acreedores), el principio de la inmunidad soberana de jurisdicción y ejecución en materia de reestructuración de la deuda soberana (las excepciones deben interpretarse de manera restrictiva), el principio de la legitimidad, el principio de la sostenibilidad (deben realizarse de manera oportuna y eficiente, y crear una situación de endeudamiento estable en el Estado deudor, preservando desde el inicio los derechos de los acreedores y a la vez promoviendo el crecimiento económico sostenido e inclusivo y el desarrollo sostenible, minimizando los costos económicos y sociales, garantizando la estabilidad del sistema financiero internacional y respetando los derechos humanos).

También la Declaración establece que los acuerdos de reestructuración de la deuda soberana que sean aprobados por una mayoría calificada de los acreedores de un Estado no deben verse afectados, perjudicados u obstaculizados de otro modo por otros Estados o por una minoría no representativa de acreedores, que deben respetar las decisiones adoptadas por la mayoría de los acreedores. En este sentido, la Declaración alienta a que se incluyan cláusulas de acción colectiva en las emisiones de deuda soberana.

Aunque muchos de estos principios podrían ser compartidos por muchos miembros que se abstuvieron en la ONU, dos cuestiones, al menos, evitan su voto afirmativo: la preferencia de muchos países por el FMI como foro regulatorio internacional y el (no) reconocimiento del derecho del Estado a reestructurar su deuda.

En esta línea, en la fundamentación de la abstención, la Unión Europea expresó:

Seguimos considerando que el Fondo Monetario Internacional (FMI) es la institución apropiada para convocar debates mundiales sobre este tema y que la labor sobre la reestructuración de la deuda soberana debe seguir llevándose a cabo en el marco del FMI. Respaldamos los esfuerzos en curso del FMI, que tienen por objeto contribuir al objetivo de facilitar una reestructuración oportuna y ordenada de la deuda soberana, donde se considere necesario un proceso de esta índole a partir de un enfoque contractual sólido, así como los debates en el Club de París y en el Foro de París sobre la reestructuración de la deuda.

Stiglitz, que fue orador principal en la reunión del Comité de la ONU que se ocupó de elaborar la Declaración, apoyó enfáticamente a la ONU como el foro apropiado y expresó: “El FMI es una institución de acreedores. Ud. no le pediría al Citibank que diseñe la ley de quiebras en los Estados Unidos (...). Necesitamos una norma justa, eficiente y las que generan los acreedores no son ni justas ni eficientes. (...) El único foro donde están en la misma mesa acreedores y deudores ese en la ONU”.¹

A su turno, Estados Unidos, que votó en contra, expresó:

Los principios básicos propuestos sobre los procesos de reestructuración de la deuda soberana son problemáticos en varios aspectos, incluido un lenguaje que podría interpretarse en el sentido de que reconoce cierto derecho a la reestructuración de la deuda soberana, que no existe. Esos principios también podrían socavar el cumplimiento de los plazos contractuales. Esas y otras preocupaciones ponen de relieve la opinión de los Estados Unidos de que las Naciones Unidas no son la institución idónea para abordar la cuestión de la deuda soberana.

Australia, expresó que “(...) Australia no respalda el principio 1, que podría interpretarse en el sentido de que los países tienen el derecho unilateral de reestructurar su deuda. Consideramos que toda reestructuración de la deuda debe ser el resultado de la negociación y el acuerdo mutuo entre deudores y acreedores. Por ese motivo, Australia se ha abstenido en la votación sobre esta resolución en el día de hoy.”

1. Disponible en: <http://www.twn.my/title2/finance/20>

Es claro que la Resolución está muy lejos de establecer un mecanismo multilateral y que su importancia radica en colocar un primer mojón de *soft law* en vistas a influenciar la construcción de la arquitectura legal financiera internacional. Y es también una lástima que visto que las crisis financieras ocurrieron alternativamente tanto en países desarrollados, como en desarrollo y emergentes, el patrón de votación en la ONU no escape al clivaje países desarrollados-países en desarrollo.

La UNCTAD

La Conferencia de las Naciones Unidas para Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), tiene una larga trayectoria de trabajo en relación con las soluciones y desafíos de las crisis de la deuda en países en desarrollo. Actualmente, tiene el mandato de dar apoyo técnico a la Mesa del Comité Especial encargado de elaborar un marco jurídico multilateral para los procesos de reestructuración de la deuda soberana, establecido en el año 2014 por la Asamblea General. En este marco, la UNCTAD publicó muy recientemente una “hoja de ruta” donde se detallan algunas medidas que los países pueden tomar antes y durante el proceso de reestructuración de la deuda.²

Esta hoja de ruta establece cinco principios: la legitimidad, la imparcialidad, la transparencia (con relación al público), la buena fe y la sostenibilidad. Pero la clave de la propuesta es la creación de una institución imparcial (Sovereign Debt Workout Institution –DWI–) que funcione como foro donde se lleven adelante negociaciones de buena fe (puede ser simplemente el espacio donde se lleve a cabo la reestructuración, puede ser una instancia de mediación o incluso de arbitraje); el llamado a que acreedores, Estados, ONG e instituciones internacionales trabajen en indicadores y umbrales que, si se traspasan, induzcan fuertemente a iniciar la discusión de una reestructuración predefault; el llamado a que se trabaje sobre medidas suaves que desincentiven las conductas no cooperativas, manteniendo abierto al público un registro de acreedores no cooperativos junto con sus empresas afiliadas.

Con relación a los países deudores, la UNCTAD también se suma a la recomendación de incluir CAC en los bonos así como también definir la

2. La hoja de ruta está disponible en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/gdsddf-2015misc1_en.pdf

cláusula *pari passu* de manera que no comprenda la obligación de pagar prorrateadamente entre instrumentos de distinto carácter legal (como bonos reestructurados y no reestructurados). Adicionalmente, recomienda crear a nivel nacional una agencia independiente que analice y administre el riesgo de su deuda soberana.

Como en el caso de la ONU, estamos frente a una instancia de creación de antecedentes y *soft law*.

El Fondo Monetario Internacional

El FMI, por su rol y funciones, tiene una actuación fundamental en las reestructuraciones de la deuda. No solo es el FMI fuente de financiamiento en situaciones de crisis sino que no se puede reestructurar en el Club de París sin un programa con el FMI. Concentrándonos en la historia más reciente, del año 2000 en adelante, en el FMI existió a principios de este siglo una iniciativa para generar un marco regulatorio internacional para lidiar con las crisis de deuda, es decir, una opción estatutaria (promovido en su momento por Anne Krueger) pero terminó predominando la propuesta de promover y fortalecer una solución de mercado. Tal vez, como sugieren Brooks y Lombardi, optaron por lo que puede construirse y consensuarse hoy más que emprender el mucho más incierto y ambicioso proyecto de consensuar una regulación internacional común (Brooks y Lombard, 2015).

En efecto, el SDRM (Sovereign Debt Restructuring Mechanism), aunque tuvo bastante apoyo, como implicaba modificar el Acuerdo del FMI perdió contra una perspectiva más contractualista, la de incluir Cláusulas de Acción Colectiva (CAC) en los instrumentos.

Tanto el SDRM como las CAC pretenden lograr una reestructuración ordenada, pero descansan en diferentes formas de lograr la mayoría necesaria para reestructurar. En el SDRM se contabilizaba el voto de manera agregada en todos los instrumentos de deuda (incluidos los externos no gubernamentales) mientras que en las CAC las votaciones (y, por lo tanto, las mayorías que obligan a las minorías) se producen por serie de bonos.³ Además, el SDR contemplaba un sistema de solución de disputas: debía establecerse un

3. Véase el documento del FMI, “Sovereign debt restructuring. Recent developments and implications for the fund’s legal and policy framework”, 26 de abril, página 14.

foro que debía verificar los reclamos, adoptar las reglas de votación, certificar los acuerdos de reestructuración, suspender procedimientos legales y resolver disputas. El Director del FMI era el encargado de seleccionar un panel de expertos que a su vez identificarían jueces que pudieran ser llamados a servicio ante la activación del mecanismo (FMI, 2013).

Aunque las CAC se han vuelto más populares, su funcionamiento ha despertado preocupación: en las CAC los tenedores pueden lograr el derecho a bloquear la reestructuración más fácilmente porque esa mayoría se arma en cada serie. Por eso, paradójicamente, en la última reforma del Fondo a sus principios y políticas, se han acercado mucho más las CAC al SDRM en lo que respecta a la forma de formar la mayoría necesaria para reestructurar.

A modo de ilustración: en el caso de Grecia, de los 36 bonos con CAC regidos por las leyes inglesas elegibles para participar del cambio de deuda, solo 17 fueron exitosamente reestructurados usando las CAC. Los *holdouts* impidieron la operacionalización de las CAC en los restantes bonos (EUR 6.5 billones, el 30% del valor total de la deuda regida por leyes extranjeras). En contraste, el marco legal nacional griego utilizado para reestructurar su deuda nacional probó ser muy efectivo. 164 billones de euros estaban bajo jurisdicción griega y no tenían CAC. Las autoridades entonces regularon la posibilidad de que una mayoría calificada vinculara a todos los acreedores a la reestructuración (i.e., dos tercios de todos los principales afectados con un quorum del 50%) (FMI, 2013). Si una lección se puede extraer de esta situación, es que fortalecer los mercados de capitales nacionales y mantener la jurisdicción local parecen ser más eficaces que lo existente a nivel internacional, sea en términos de regulaciones comunes sea en términos de soluciones de mercado disponibles.

En efecto, durante el año 2014 el FMI estuvo discutiendo nuevamente la cuestión de la reestructuración de las deudas soberanas, en el año 2015 generó un informe muy detallado y a principios de este año adoptó una serie de recomendaciones que modifican sus políticas y recomendaciones.

El tema central del período de análisis y consulta fueron dos cláusulas en particular, las CAC y la cláusula *pari passu*. En las CAC, la reforma introduce un nuevo procedimiento de votación que permite que la mayoría de los acreedores tomen decisiones sin necesidad de lograr el voto mayoritario en cada serie. Esta posibilidad limita la capacidad de evitar la reestructuración de los *holdouts*, otorgándole además certeza y previsibilidad al proceso de reestructuración.

Con relación a la cláusula *pari passu*, sin duda, la experiencia argentina en los tribunales de Nueva York fueron la causa de su reforma. Es que fue interpretada como impidiendo a la Argentina pagar a los acreedores reestructurados hasta que no se pagara antes o concomitantemente a prorrata a los *holdouts* (*ratable payments*). La preocupación que generó esta interpretación fue amplia, incluyendo al FMI que hizo una reforma a sus políticas y hoy entonces promueve una cláusula que no requiera prorratar los pagos entre todos los acreedores, sino solo entre los de igual categoría legal.

Además de reformar estas dos cláusulas, y siguiendo las recomendaciones que surgen del trabajo del *staff* del FMI “The Fund’s Lending Framework and Sovereign Debt. Further Considerations”⁴, se aprobó incrementar la flexibilidad con relación a la evaluación de sustentabilidad de la deuda (alivianando el requisito de que tenga alta probabilidad). Así pues, cuando la deuda es evaluada como sostenible pero no con alta probabilidad, hacer una reestructuración puede ser un remedio demasiado costoso. Es en estos casos en que el Fondo podría dar acceso excepcional a fondos en tanto y en cuanto el país reciba de otras fuentes financiamiento para un programa cuyos términos y políticas mejoren la sustentabilidad y mejoran suficientemente la salvaguardia de los recursos del Fondo. Esto se hace caso a caso.

El Club de París

El Club de París es el marco institucional (informal) donde se negocia la reestructuración de la deuda soberana bilateral (deuda pública).

Componen de forma permanente el Club de París 21 países acreedores.⁵ Aunque no es una organización internacional formal, posee un conjunto de principios que aplica en las negociaciones sobre la deuda soberana y cuando se renegocia una deuda participan acreedores y deudores así como también instituciones financieras internacionales y bancos regionales.

4. IMF Executive Board Approves Exceptional Access Lending Framework Reforms Press Release No. 16/31, 29 de enero de 2016.

5. Estados Unidos, Austria, Dinamarca, Finlandia, Bélgica, Japón, Alemania, Corea, Israel Italia, Canadá, Suecia, España, Inglaterra, Suiza, Australia, Noruega, Francia, Rusia, Irlanda y Holanda.

El Club de París tiene principios generales y “términos” para la negociación. Aunque como se verá, uno de los principios es que se resuelve caso por caso, estos encajan en categorías predeterminadas de términos. En líneas generales, estos términos pueden referirse a cambiar los plazos del pago de la deuda o a realizar quitas en la deuda.

En la actualidad, el Club de París ha desarrollado seis principios:

1. Las decisiones se toman caso por caso.
2. Las decisiones se toman por consenso de todos los miembros.
3. Condicionalidad. La negociación de la deuda se utiliza solo en caso de que los países necesiten alivianar su deuda y mediante la implementación de un programa del FMI.
4. Solidaridad entre acreedores para implementar los términos acordados.
5. Preservación de un tratamiento comparable entre acreedores.
6. Compartir la información.

Ahora bien, las categorías predefinidas de los términos fueron evolucionando en el tiempo pero se inscriben en dos tendencias: se renegocian los plazos o se cancela parcialmente la deuda. Los plazos se han ido ampliando (de 10, a 15, a 23) así como también los porcentajes de quita (desde un original 33% que utilizó Malí hasta un 90% que se puede utilizar hoy como parte de la iniciativa para los países pobres altamente endeudados).

Entonces, la elegibilidad para cada término se determina caso por caso y se utilizan indicadores tales como la historia del deudor con el Club de París y el FMI, el PBI *per cápita*, el nivel de endeudamiento y de servicios de la deuda, entre otros.

Los términos estándares son:

Clásicos

Houston (alto endeudamiento de países de ingreso medio y medio bajo)

Nápoles (alto endeudamiento de países pobres)

Colonia (países elegibles para el programa HIPC)

Los *términos clásicos* consistían en un reescalonamiento de los vencimientos. Originalmente, eran períodos cortos, no excedían los 10 años y solían incluir un periodo de gracia durante el cual solo se pagan intereses, pero en la actualidad para los países pobres se ha llegado a dar un periodo

de repago de hasta 23 años con 6 años de gracia para los préstamos comerciales y 40 años de repago con 16 de gracia para deudas públicas para el desarrollo.

Los *términos Houston* se crearon en el año 1990 y mejoraron a los términos “clásicos” en tres aspectos: los créditos no públicos de desarrollo (Créditos No ODA o préstamos comerciales) a 15 años o inclusive hasta 20 años y con periodos de gracia de hasta de 10 años; para los préstamos ODA la posibilidad de renegociar a una tasa de interés favorable (más baja que la de mercado); y finalmente, la posibilidad de realizar canje de deuda. Esta última puede ser operacionalizada colocando lo que debe pagarse como servicios de la deuda en un fondo que debe ser usado para financiar proyectos de desarrollo (*debt-for-development swaps*) o el gobierno acreedor puede vender la deuda a un inversor que, a su vez, vende la deuda al gobierno deudor a cambio de participación en firmas locales o moneda local que pueda ser usada en proyectos en el país (Club de París, 2016).

Los *términos de Nápoles* fueron creados en 1994 para lidiar con los problemas de deuda de los países pobres (PBI per cápita de \$755 o menor). Estos términos llevaron el nivel de quita en los préstamos comerciales (No ODA) de la deuda a 50% y que, desde el año 1999 puede alcanzar al 67%. El resto se financia a tasas de mercado hasta en 23 años. Incorporaron la opción, también para los comerciales, de reducir el servicio de la deuda reescalando hasta 33 años. Con relación a los préstamos ODA se reescalonan a un interés al menos tan favorable como el del préstamo original en un plazo de hasta 40 años con 16 de gracia (recordar que las tasas de interés en los préstamos ODA no son los de mercado sino más bajos). Finalmente, estos términos también incluyen la posibilidad de canje de deuda, el 100% de los ODA y hasta el 20% en los comerciales.

Los *términos de Colonia* datan de 1999 en el marco de la “Iniciativa para países pobres altamente endeudados” (HICP, por sus siglas en inglés), una iniciativa del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. En su marco, se puede llegar actualmente a la cancelación inmediata del 90% de la deuda. Para ser elegible al HICP se debe a su vez ser elegible para los términos de Nápoles, tener un buen historial con el Club de París y con la implementación del plan de ajuste, y haber sido declarado elegible para el programa por el FMI y el Banco Mundial (Club de París, 2016).

Los “términos Evian” son los términos para lidiar con crisis en países que no son elegibles para el HICP. De acuerdo con el Club de París, estos

términos intentan dar una respuesta más específica a las crisis. La idea es que se utilice en el caso de default inminente, no sea considerada por los países deudores como una alternativa de financiamiento y, al mismo tiempo, provea un tratamiento que refleje sus necesidades financieras en vista a lograr la sostenibilidad de la deuda (Club de París, 2016).

La sostenibilidad de la deuda se evalúa conjuntamente con el FMI, de acuerdo con el análisis estándar que ellos realizan. Además se toma en cuenta el potencial económico, los esfuerzos en materia de política fiscal, la existencia, duración y magnitud del shock externo, entre otros.

Cuando se cumplieron una serie de requisitos (entre otros, el deudor debe firmar con el FMI una línea de crédito y un programa de ajuste con una proyección a largo plazo de sus necesidades de financiación) y el Club de París está listo para otorgar el tratamiento Evian no existen términos estándares. La respuesta será hecha a medida del deudor. Por ello, o bien usarán opciones ya ensayadas o pueden desarrollar nuevas.

A modo de cierre

El Derecho Internacional Público (DIP) es amante de las instituciones y regulaciones y se encuentra en proceso de independencia de los Estados. Por su naturaleza, el DIP es un predador de poder (soberano) estatal. El predador número dos después del mercado. Las finanzas internacionales, a su turno, son amantes de la no intervención, o de la menor intervención regulatoria posible y, junto con sus instituciones *ad hoc*, son los guardianes del mercado. Y trabajan activamente para mantenerse cuanto se pueda, independiente del DIP, de sus regulaciones e instituciones.

En este marco, la fragmentación legal a nivel internacional en materia de crisis de deuda soberana es el reflejo de ideas, realidades político-económicas e intereses disímiles (contrástense los principios de la ONU con el FMI). Nuestra preocupación es que esa fragmentación genera incertidumbre y resultados inesperados (téngase en cuenta la interpretación de Griessa de la cláusula *pari passu* o la diferencia sobre los intereses aplicables a cada tipo de situación legal en las diferentes jurisdicciones). Y que esos resultados inesperados han derivado en costos económicos sociales no solo dolorosos, sino que podrían haber sido evitados.

Sin duda, la política internacional es el instrumento para intentar que nuestros intereses e ideas sean parte de la construcción de la arquitectura

global legal. Por ello, es importante cuidar nuestra reputación internacional: para que nuestra participación tenga alguna influencia. La Resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas es importante porque coloca un primer mojón de *soft law* en vistas a esa construcción. Lo mismo vale para la hoja de ruta de la UNCTAD, para el FMI y para cualquier instancia en la cual exista la posibilidad de participar y, eventualmente, influir.

Sin embargo, y, como ya se alegó hace muchos años en otro artículo de otro tema pero de esta misma autora, la política internacional no puede substituir la mala política doméstica. Así pues, a construir un mercado de capitales doméstico sólido para poder mantener la jurisdicción local hasta tanto el DIP revolucione, perdón, regule, las finanzas internacionales como alguna vez revolucionó y reguló el comercio, los derechos humanos y próximamente el cambio climático.

Bibliografía

- FMI (2013), "Sovereign Debt Restructuring. Recent Developments and Implications for the Fund's Legal and Policy Framework", Washington DC.
- Skyler Brooks y Doménico Lombardi (2015), "Sovereign Debt Restructuring", Issue Paper, *Cigi Papers* N° 64, abril.
- Udaibir S. Das, Michael G. Papaioannou y Christoph Trebesch, "Sovereign Debt Restructurings 1950-2010: Literature Survey, Data, and Stylized Facts", Working Paper, 2012. <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2012/wp12203.pdf>

Artículos recibidos por convocatoria abierta

La “sustancia” del objeto en el derecho real de usufructo

*Gonzalo Pérez Pejcic**

Resumen

El trabajo parte del deber impuesto al usufructuario de conservar la “sustancia” del objeto sobre el cual se asienta su derecho real. A tales efectos, el análisis se centra en la comprensión *ius*-filosófica de la noción de “sustancia”. Así, entendemos la palabra “sustancia” como un “constructo” elaborado por el lenguaje que explicita el “juicio de relevancia” llevado a cabo por los sujetos de una determinada comunidad para marcar los límites de la realidad física.

De esta forma, alterar la sustancia de la cosa dada en usufructo no equivale a modificar su “esencia”. Por el contrario, ella enfrenta su alteración cuando la cosa sufre “nominalmente” un cambio de manera tal que en el entendimiento colectivo ya no pueda ser nombrada bajo la palabra que socialmente se le ha asignado para identificarla. Este cambio “nominal” provendrá de lo que la comunidad entienda por “materia”, “forma” y “destino”

* Abogado y Profesor para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas, Universidad de Buenos Aires (UBA); becario de la Maestría en Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA); ayudante de Cátedra por concurso, Universidad de Buenos Aires (UBA) en las siguientes asignaturas: Derechos Reales (Cátedras del Dr. Clerc y de la Dra. Mariani de Vidal), Obligaciones (Cátedras del Dr. Piaggio), Familia y Sucesiones (Cátedra del Dr. Bossert), Derecho Inmobiliario (Cátedra de la Esc. Armella) y Teoría del Estado (Cátedra del Dr. Ortiz). Profesor titular de la asignatura “Derechos reales de disfrute y garantía”, Universidad de Palermo (UP), jefe de trabajos prácticos de la asignatura “Nociones de Derecho Civil” (Cátedra de la Dra. Baliero de Burundarena), Universidad Nacional de Avellaneda (UNDAV); investigador en formación UBACyT; gonzaloperezpejcic@gmail.com. El trabajo forma parte del Proyecto de Investigación de Interés Institucional sobre el Código Civil y Comercial de la Nación, Facultad de Derecho (UBA), titulado: “La coexistencia entre los derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial” (Dir. Dra. Lidia M.R. Garrido Cordobera). A su vez, el siguiente estudio se encuentra dedicado especialmente al Dr. Santiago Docampo Miño cuya bondad es digna de ejemplo.

de la cosa –cuando este último no ha sido impuesto por el propietario– y por “menoscabo” cuando se trate de un derecho.

Palabras clave: Derecho real de usufructo, sustancia, idealismo, nominalismo, Código Civil y Comercial.

The “substance” of the subject matter of an easement

Abstract

This paper is based on the duty of the grantee to preserve the substance of the subject-matter of an easement. To such effect, the analysis focuses on the legal and philosophical approach of the notion of “substance”. Thus, “substance” is deemed as a “construction” of language that implies the “judgment” made by individuals of a community to set the material limits of reality.

Therefore, altering the substance of the subject-matter of the easement is not equal to changing its “essence”. Conversely, the subject-matter is altered when there is a “nominal” collective change undergoing whereby the individuals would no longer called it by the name socially assigned to identify it. This “nominal” change will be the result of what the community understands as “matter”, “form”, and “purpose” of the subject-matter –in case it has not been assigned by grantor– and as “impairment” in case of a right.

Keywords: Easement, substance, idealism, nominalism, Civil Code, Commercial Code.

I. Introducción

El usufructuario posee el deber madre de conservar la “sustancia” del objeto sobre el cual se asienta su derecho real. Sin embargo, en anteriores estudios observamos la dificultad que encierra determinar el concepto de “sustancia” a los fines de asignar las consecuencias jurídicas que el Código Civil y Comercial (en adelante el CCyC) le reserva al deber de conservación.¹

1. Sobre las observaciones a las que hacemos referencia, véanse los trabajos que publicamos con relación al “uso abusivo” como medio especial de extinción del usufructo y que se consignan en la bibliografía.

Si bien no desconocemos que la “sustancia” del objeto usufructuado (y su potencial “alteración”) se determina según cada caso llevado a la justicia, la falta de un criterio que nos permita arribar a una idea básica del término acaba por desdibujar su explicación, tornando oscura la comprensión tanto para los alumnos desde la Cátedra como para los profesionales del derecho. Pensamos que esta dificultad –a la que hacemos referencia desde el plano jurídico– es producto del desarrollo de la noción de “sustancia” en el seno de la filosofía.

En virtud de lo expuesto, creemos justificada la tarea propuesta por dos razones. La primera, brindar un panorama acerca del entendimiento de la “sustancia”, a los efectos de obtener un parámetro que permita comprender cuando el usufructuario incurre en la “alteración” de la misma. Mientras que la segunda radica en que el nuevo codificador –a diferencia del Código de Vélez– organiza en la propia definición legal de usufructo los supuestos que derivan en la “alteración de la sustancia”, constituyendo este ítem en una novedad a estudiar.

II. La situación en el Código de Vélez

Comenzamos nuestro análisis repasando el art. 2807 del Código Civil, el cual definía al usufructo como “el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal de que *no se altere su sustancia*”.

Si bien el artículo no contemplaba legalmente una definición de “sustancia”, Vélez en la nota al art. 2807, seguía la noción brindada por Demolombe, la cual desarrollaremos con posterioridad.

A su vez, al tratar los “derechos del usufructuario”, el art. 2863 expresaba: “El usufructuario puede usar, percibir los frutos naturales, industriales o civiles, y gozar de los objetos sobre que se establece el usufructo, *como el propietario mismo*”. Señalando el codificador en la nota de esta norma: “Es preciso no tomar en un sentido absoluto la expresión ‘como el propietario mismo’. No podría convertir una viña en un campo de pastos, ni transformar el bosque en una tierra de labor. *Sobre todo, está obligado a conservar la sustancia o condición de la cosa*”.

Por otra parte, al legislar sobre usufructo de montes, Vélez señalaba en la nota al art. 2873: “(...) legado el usufructo de un campo de que forma parte el monte tallar, cañaveral o sauzal, puede el usufructuario, no solo cortar, *a arbitrio de buen varón*, lo que necesite, sino también, vender

como frutos, porque frutos, dicen, deben reputarse las cosas que se reproducen. De los árboles que se caen por el viento u otras causas puede tomar lo necesario para su uso y el de la heredad, y obligar al propietario a que alcance lo demás. LL. 11, 12, 18 y 19 del mismo título. En una heredad donde por mero recreo haya bosques o paseos con árboles infructíferos, no puede cortarlos”.

A su vez señalaba: “Todos los casos relativos al usufructo *deben resolverse a buena fe, así como buen ome*, según la expresión de la Ley de Partida”.

En cuanto al derecho del usufructuario para introducir mejoras, el art. 2874 disponía: El usufructuario puede hacer mejoras en las cosas que sean objeto del usufructo, *con tal de que no alteren su sustancia, ni su forma principal*. Podrá también reconstruir cualquier edificio arruinado por vejez u otras causas; pero no tiene derecho a reclamar el pago de las mejoras; sin embargo, podrá llevarse las mejoras útiles y voluntarias, siempre que sea posible extraerlas sin detrimento de la cosa sujeta al usufructo, y podrá también compensarlas con el valor de los deterioros que esté obligado a pagar”.

Al tratar de las “obligaciones del usufructuario” el art. 2878 rezaba: “El usufructuario debe *usar de la cosa como lo haría el dueño de ella, y usarla en el destino al cual se encontraba afectada antes del usufructo*”. Siendo ilustrativo el ejemplo brindado en la nota de dicha norma: “El usufructuario no podrá convertir una casa de habitación, en fonda o posada, ni una fonda o posada en casa de habitación”.

A más, el art. 2879 establecía: “El usufructuario no puede emplear los objetos sometidos a su derecho *sino en los usos propios a la naturaleza de ellos*. Debe abstenerse de todo acto de explotación que tienda a aumentar por el momento, los emolumentos de su derecho, *disminuyendo para el porvenir la fuerza productiva de las cosas sometidas al usufructo*”.

En igual línea, el art. 2892 ordenaba: “El usufructuario no puede demoler en todo o en parte ninguna construcción, aunque sea para sustituirla por otra mejor, o para usar y gozar de otro modo el terreno, o los materiales de un edificio. Si en el usufructo hubiere casas, *no puede cambiar la forma exterior de ellas, ni sus dependencias accesorias, ni la distribución interior de las habitaciones*. Tampoco puede cambiar *el destino de la casa, aun cuando aumentase mucho la utilidad que ella pudiese producir*”.

De las normas referenciadas, extraemos que, en el Código de Vélez, aun cuando este solo se limitaba a nombrar la conservación de la “sustancia” sin precisar sus alcances en la definición legal de usufructo, aquellos alcances quedaban puestos en manifiesto de la lectura integral de la regulación de este derecho real.

Así, la “sustancia” en el anterior Código se proyecta en la conservación por parte del usufructuario de la “forma principal” del objeto (apartándose de los accidentes) y de su destino. Cabe advertir el tinte de rigidez con el que el principio era regulado, ya que impedía al usufructuario bajo ninguna circunstancia arremeter contra la sustancia del objeto dado en usufructo.

III. Derecho comparado

A continuación, realizaremos una breve sistematización sobre aquello que los distintos países consideran relevante de un bien y que por consiguiente el usufructuario está obligado a no alterar.

Los Códigos civiles de Francia (art. 578)² y Quebec (art. 1120)³ al definir el usufructo, solo mencionan la “sustancia” como deber a conservar.

Por otra parte, los Códigos civiles de España (art. 467)⁴, Chile (art.

2. El art. 578 del Código Civil de Francia, reza: “El usufructo es el derecho a disfrutar, como el mismo propietario, cosas cuya propiedad corresponda a otros, *con la obligación de conservar su sustancia*”.

3. El art. 1120 del Código Civil de Quebec, dispone: “El usufructo es el derecho de uso y disfrute, durante un cierto tiempo, de los bienes propiedad de otro, como si fueran propios, *sin perjuicio de la obligación de preservar su sustancia*”.

4. El art. 467 del Código Civil Español, establece: “El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa”.

746)⁵, Uruguay (art. 493)⁶, Colombia (art. 823)⁷ y Ecuador (art. 796)⁸, refieren a la conservación de la “forma” y la “sustancia”. Se aprecia entonces la separación de conceptos.

A su vez, resulta interesante que tanto el Código Civil de Colombia (art. 842) como el de Ecuador (art.815)⁹ aludan a la conservación del “ser” de la cosa, cuando ella consiste en bosques y arbolados.

En cambio, el Código Civil de Italia (art. 981)¹⁰, se aparta de la “sustancia” y de la “forma” consagrando el deber de conservar el “destino económico” de la cosa. En línea similar se ubica el Código Civil de Bolivia (art. 221)¹¹ el cual también señala el “destino económico” de la cosa, pero agrega

5. El art. 764 del Código Civil de Chile, reza: “El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar *su forma y sustancia*, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible”.

6. El art. 493 del Código Civil de la República Oriental del Uruguay, dispone: “El usufructo es un derecho real que consiste en gozar de la cosa ajena, *con cargo de conservar su forma y sustancia* y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género o de pagar su valor, si la cosa es fungible. El usufructo supone necesariamente dos derechos coexistentes, el del nudo propietario y el del usufructuario. Tiene, por consiguiente, una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario y se consolida con la propiedad”.

7. El art. 823 del Código Civil de Colombia, establece: “El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa *con cargo de conservar su forma y sustancia*, y de restituir a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor si la cosa es fungible”.

8. El art. 796 del Código Civil de Ecuador, reza: “El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa, *con cargo de conservar su forma y sustancia*, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de devolver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible”.

9. Tanto el art. 842 del Código Civil de Colombia como el art. 815 del Código Civil de Ecuador, disponen: “El goce del usufructuario de una heredad se extiende a los bosques y arbolados, *pero con el cargo de conservarlos en su ser*, reponiendo los árboles que derribe, y respondiendo de su menoscabo, en cuanto no depende de causas naturales o accidentes fortuitos”.

10. El art. 981 del Código Civil de Italia, establece: “El usufructuario tiene derecho a disfrutar de la cosa, mas tiene que *respetar su destino económico*”.

11. El art. 221 del Código Civil de Bolivia al tratar sobre “contenido y extensión” del usufructo, reza en su primer inciso: “El usufructuario tiene derecho de uso y goce de la cosa,

que el usufructuario debe gozar de su derecho como “un buen padre de familia”. Esta última obligación, se encuentra presente en el Código Civil de Venezuela (art. 583)¹².

El Código Civil de Perú, en su art. 1008 bajo el epígrafe “Explotación del bien”, dispone: “El usufructuario debe explotar el bien en la forma normal y acostumbrada”. Y en el art. 1009 denominado “Prohibición de modificar el bien usufructuado”, establece: “El usufructuario no debe hacer ninguna modificación sustancial del bien o de su uso”.

En último lugar, el art. 343 del Código Civil de Costa Rica, establece: “El usufructuario, por regla general, no puede hacer de las cosas un uso distinto de su naturaleza ni al que de ella hacia el propietario”. Bajo la redacción subyace la idea de “destino” de la cosa, como deber a respetar por el usufructuario.

Tomando como referencia las normas citadas, concluimos que a la hora de “tipificar” el deber madre del usufructuario, algunas legislaciones solo aluden a la conservación de la “sustancia” (Francia y Quebec), mientras que otros optan por adicionarle la “forma” como aspecto relevante (España, Chile, Uruguay, Colombia y Ecuador). A más, se observa la utilización de la noción “destino económico” ya sea de manera directa (Italia y Bolivia) o indirecta al ordenarle al usufructuario explotar el bien en la forma normal y acostumbrada (Perú) o al prohibirle un uso distinto a la naturaleza de la cosa o de la que ella hacia el propietario (Costa Rica). Por último, se evidencian otras fórmulas tales como la “administración como un buen padre de familia” (Bolivia y Venezuela) y hasta en casos particulares, la conservación del “ser” del objeto (Colombia y Ecuador).

IV. Algunos antecedentes

En cuanto a los antecedentes previos a la sanción del CCyC, tomamos para nuestro análisis el Anteproyecto de Reformas al Código Civil de Biliboni,

pero *debe respetar el destino económico* de ella”. Y en el tercer inciso: “El usufructuario debe gozar de su derecho *como buen padre de familia*”.

12. El art. 602 del Código Civil de Venezuela, expresa: “El usufructuario debe dar caución de hacer uso de sus derechos como un buen padre de familia, a no ser que el título lo dispense de ello”.

el Anteproyecto de Código Civil de Llambías y el Proyecto de Código Civil de 1998, para observar las distintas propuestas que giraron en torno al deber de conservación del usufructuario.

En primer lugar, traemos a estudio el Anteproyecto de Reformas elaborado por Bibiloni quien al realizar la sustitución del art. 2807, estableció que el usufructuario debería limitar su uso y goce “de acuerdo con la naturaleza de la cosa, y sin alterar su forma y sustancia”¹³. Aquí aparece la referencia a “la naturaleza de la cosa”. No obstante, al tratar de las obligaciones del usufructuario alude a al uso y goce de la cosa “de acuerdo con el destino económico que tenía al serle entregada, y conforme con las reglas de una administración juiciosa”¹⁴.

Por otra parte, el art. 1622 del Anteproyecto de Código Civil de 1954, al definir el usufructo, proyectaba en su primer párrafo: “El usufructuario tendrá derecho al uso y goce completos de la cosa, salvo la exclusión de determinados provechos o utilidades. En todos los casos deberá respetar el destino económico y social de la cosa”.

A su vez, aquel proyectado art. 1622, posee una nota más que interesante del maestro Llambías, quien señalaba: “Hemos creído conveniente reemplazar el concepto de ‘sustancia’ que resulta equivoco, por el de ‘destino económico y social’, más ajustado a las disposiciones constitucionales vigentes”¹⁵. Sin embargo, el art. 1636 al aludir a las “obligaciones del usufructuario” en el inc. “1º” solo se hace referencia al “destino económico”. Nótese la vinculación del “destino económico y social” del objeto dado en usufructo, con la “función social” de la propiedad incluida en la Constitución Nacional de 1949.¹⁶

13. Juan A. Bibiloni, *Anteproyecto de Reformas al Código Civil argentino*. Presentado a la Comisión encargada de redactarlo (derechos reales), t. III, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1930, p. 374.

14. *Ibíd.*, p.385.

15. Jorge J. Llambías, *Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina*, Universidad Nacional de Tucumán. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Tucumán, 1968, p. 640.

16. La teoría de la “función social” de la propiedad obtuvo su momento de gloria en la Argentina por medio del reconocimiento que se le diera en el Capítulo IV, titulado “La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica”, de la Constitución Nacional del año 1949, ley suprema que fuera luego derogada. El Capítulo abarca desde

Señalamos que el Proyecto de Código Civil de 1998, en su art. 2031, ideaba bajo el epígrafe “definición”, la siguiente norma: “Usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia. Hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba”.

Como primera conclusión, el CCyC, reproduce literalmente el art. 2031 del Proyecto de Código Civil de 1998, constituyendo este antecedente la fuente exclusiva del actual art. 2129 del CCyC.

V. Estructura del tema en el CCyC

El nuevo codificador –al igual que Vélez– incluye el deber de conservar la sustancia en la definición legal de usufructo.

Así, el art. 2129 del CCyC, establece:

a) Primer párrafo:

“Usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, *sin alterar su sustancia*”.

No obstante –a diferencia de la anterior legislación– se ha optado por incluir de manera expresa los alcances de la sustancia.

b) Segundo párrafo:

“*Hay alteración de la sustancia*, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba”.

A su vez, el art. 2143 al regular sobre el derecho que posee el usufructuario para realizar mejoras facultativas, dispone: “El usufructuario puede efectuar otras mejoras, además de las que está obligado a hacer, *si no alteran la sustancia de la cosa*. No tiene derecho a reclamar su pago, pero puede retirarlas si la separación no ocasiona daño a los bienes”.

el art. 38 al 40, pero destacamos la primera parte del art. 38: “La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo o intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva”.

Por otra parte, el CCyC extiende el deber al uso y a la habitación, incorporándolos a su definición legal.¹⁷

a) El art. 2154 del CCyC, dispone:

“El uso es el derecho real que consiste en usar y gozar de una cosa ajena, su parte material o indivisa, en la extensión y con los límites establecidos en el título, *sin alterar su sustancia*. Si el título no establece la extensión del uso y goce, se entiende que se constituye un usufructo. El derecho real de uso solo puede constituirse a favor de persona humana”.

b) El art. 2158 del CCyC, reza:

“La habitación es el derecho real que consiste en morar en un inmueble ajeno construido, o en parte material de él, *sin alterar su sustancia*. El derecho real de habitación solo puede constituirse a favor de persona humana”.

En último lugar, el CCyC (apartándose del criterio seguido por Vélez) le asigna a la conservación de la sustancia un especial respeto, ya que su incumplimiento constituye causal de extinción del propio derecho de usufructo, siendo ello extensible al uso y a la habitación (arts. 2155 y 2159 del CCyC). Así, el art. 2152 del CCyC, establece en su inc. “d” que el usufructo se extingue por: “El uso abusivo y la *alteración de la sustancia comprobada judicialmente*”.

17. Aunque el CCyC no mencione la palabra “sustancia” de forma expresa ella subyace en la regulación del derecho real de tiempo compartido (art. 2087) y de anticresis (art. 2212). En el primer caso, el art. 2095 del CCyC bajo el epígrafe “deberes de los usuarios del tiempo compartido”, dispone en su inc. “a” que son deberes de los usuarios del tiempo compartido: “Ejercer su derecho conforme a su naturaleza y destino, sin alterarlos ni sustituirlos y sin impedir a otros usuarios disfrutar de los turnos que les corresponden”. Lo interesante en este caso, es el deber de conservación que se le impone al usuario, aun cuando este ostenta la titularidad de un derecho real sobre objeto propio (art. 1888 del CCyC). Respecto al derecho real de anticresis, el art. 2216 del CCyC regula los deberes del acreedor anticresista en los siguientes términos: “El acreedor anticresista debe conservar la cosa (...) Excepto pacto en contrario, no puede modificar el destino ni realizar ningún cambio del que resulta que el deudor, después de pagada la deuda, no puede explotar la cosa de la manera que antes lo hacía”. Se vislumbra en el artículo citado la sombra de la sustancia. En este sentido, el último párrafo del art. 2216, dispone: “El incumplimiento de estos deberes extingue la garantía y obliga al acreedor a restituir la cosa al titular actual legítimado”. Así –como afirmamos en otro trabajo– sin expresarlo, la anticresis se extingue por “uso abusivo” ante la alteración de la sustancia del objeto gravado.

VI. Estado de la cuestión en la doctrina

Remarcaba el profesor Allende: “(...) los derechos y deberes del usufructuario y nudo propietario son consecuencias más o menos necesarias del ‘salva rerum substantia’”¹⁸.

Sin embargo, podemos observar que hasta el momento no existe una concepción uniforme sobre la “sustancia” que el usufructuario debe conservar del objeto. El punto resulta trascendente siendo que el término llega a nuestros días a través de la definición de usufructo dada por Paulo: “*Usufructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*” (Paulo; *Comentarios á Vitelio*, Libro III) y que fuera incorporada por el “Cuerpo del Derecho Civil Romano” a través del Digesto en su Libro VII, Título I “Del usufructo y de cómo debe uno usar y disfrutar”¹⁹).

A su vez, el concepto de “sustancia” ha sido tratado en el seno de la filosofía, lo que enfrenta al jurista a tomar una postura previa frente a la siguiente pregunta: ¿La sustancia que debe conservar el usufructuario es una sustancia entendida en términos “filosóficos” o “jurídicos”?

18. Guillermo L. Allende, *Tratado de las servidumbres*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 173.

19. Véase (1889) *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera parte. Instituta-Digesto*. A doble texto, traducido al castellano del latino, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por D. Ildefonso L. García Del Corral. Barcelona, Jaime Molinas, Editor. No obstante, recuerda el maestro Allende: “En efecto, esta limitación de Paulo (fue en verdad anterior a él, como resulta del mismo Digesto) traspasó los siglos y llegó más o menos intacta a todos los códigos del derecho contemporáneo”. Allende, ob. cit., p. 71; Sobre la noción de “sustancia” en el derecho romano, traemos a colación el siguiente fragmento de la nota al art. 2807 del Código de Vélez: “El *salva rerum substantia* de la ley romana expresa que el goce y uso de la cosa no debe traer el consumo inmediato de ella. Conservar la sustancia de la cosa es una consecuencia necesaria del principio que separa el derecho de gozar del derecho de disponer; y también expresa que la duración del usufructo está subordinada a la duración de lo que llamamos sustancia de la cosa. Así, a diferencia de la propiedad, el usufructo extinguido con la destrucción de la cosa, no se conserva sobre sus restos. Pero debemos decir que la obligación de no alterar la sustancia de la cosa sujeta al usufructo, solo tiene lugar en el usufructo perfecto”.

A. La noción “filosófica” de sustancia

Advertimos al lector que no traemos a colación el desarrollo que los filósofos hicieron de la noción de sustancia ya que excede los modestos alcances de nuestro trabajo. Pretendemos rescatar, la opinión de juristas que al momento de conceptualizar la “sustancia” que debe conservar el usufructuario, lo hacen en base a la filosofía.

Dentro de los autores que parecerían enrolarse en esta postura, citamos como ejemplo a Machado quien expresa:

La substancia la forman todas aquellas condiciones que colocan a la cosa en una determinada especie, de modo que sin ellas dejaría de ser considerada como de esa especie, y tanto se puede referir a la esencia misma de la cosa, como al que de ella se hiciera y que la colocaran en una especie diferente. Se conserva la substancia de un caballo o de un carruaje, por ejemplo, no cambiándolos en su naturaleza intrínseca, y destinándolos al uso que se les ha dado; así, se cambiaría la substancia convirtiendo el carruaje en un vehículo para acarrear frutos, y el caballo de silla en uno de tiro, porque en ambos casos se ha sacado el objeto de la especie en que estaban colocados.²⁰

Manresa y Navarro es claro en su postura: “Es la sustancia el ser en sí mismo de la cosa, y lo que no se consiente al usufructuario es cambiar ese ser o esencia, para que la cosa vuelva la misma que era a manos del propietario”²¹.

Podemos situar en la corriente a Venezian quien sostiene:

Lo que constituye para el propietario la sustancia de la cosa, esto es, lo que para él representa un elemento constante que persiste o puede persistir (*sub-stantia*) todas las variaciones que pueda sufrir a virtud de fuerzas internas o externas, es mucho más complicado de lo que forma su individualidad jurídica; y a diferencia de lo que ocurre con esta, no puede

20. José O. Machado, *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*, t. VII, Lajouane, Buenos Aires, 1898, p. 254.

21. José M. Manresa y Navarro, *Comentarios al Código Civil Español*, con la colaboración de varios juriconsultos y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas, t. IV, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1905, p. 352.

señalarse sino atendiendo a la función que se le ha asignado entre aquellas que comprende su aptitud natural.²²

Segovia observa: “Sustancia, es no solo la materia que constituye la cosa, sino también su forma constitutiva y manera de ser particular”²³.

Realizando una breve síntesis, notamos como el profesor Machado recurre a la “esencia misma de la cosa”, Manresa y Navarro alude a la sustancia como “el ser en sí mismo de la cosa”, Venezian habla de un “elemento constante que persiste o puede persistir” y en igual línea, Segovia afirma que la sustancia de la cosa es la “manera de ser particular”, es decir, en todos los casos se evidencia una posición metafísica ligada a la filosofía a los efectos de conceptualizar la sustancia que debe conservar el usufructuario.

B. La noción “no filosófica” de sustancia

Introducimos la corriente a través de la reflexión que brindara Lafaille, cuando expresaba:

La cuestión de separar la “sustancia” de los “accidentes”, se presenta a graves controversias filosóficas que, al ser trasladada a la ciencia jurídica, suscitan un cumulo de dificultades (...). Ello, a pesar de que los juristas, como explica Demolombe, cuando emplean el primer vocablo, lo consideran bajo un aspecto práctico (...).²⁴

En efecto Demolombe resulta un autor central, ya que emprende la construcción del “concepto jurídico de sustancia” (aunque su idea previamente había sido expuesta por Bartolo a quien cita el jurista francés)²⁵.

22. Giacomo Venezian, *Usufructo, uso y habitación*, anotada con arreglo a las legislaciones españolas y americanas por José Castan Tobeñas, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado Serie B Vol. VII, Librería General de Victoriano Suarez, Madrid, 1928, p. 309.

23. Lisandro Segovia, *El Código Civil de la República Argentina su explicación y crítica bajo la forma de notas*, tomo segundo, Librería y Editorial “La Facultad”, Buenos Aires, 1933, p. 212.

24. Héctor Lafaille, *Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales*, 2ª Edición Actualizada y Ampliada por Jorge H. Alterini, t. IV, La Ley-Ediar, Buenos Aires, 2010, p. 71.

25. Véase la referencia a Bartolo en C. Demolombe (1880) *Traité de la Distinction des biens*, Paris, Durand & Pedone Lauriel-Hachette, p. 182. Luego de aquella referencia aparece la cita incorporada por Vélez en la nota al art. 2807 del Código Civil.

La definición de sustancia brindada por Demolombe se recuerda por haber sido seguida por Vélez Sarsfield e incorporada en la nota al art. 2807:

La sustancia es el conjunto de las cualidades esencialmente constitutivas de los cuerpos, de esas cualidades que hacen que las cosas tengan una cierta forma y un cierto nombre: que adquieran bajo esa forma y bajo ese nombre una especie de personificación: que pertenezcan bajo ese nombre y bajo esa forma, a un género determinado que se designa por un sustantivo característico, como una casa, un reloj; y que sean, en fin, bajo esa forma y bajo ese nombre, especialmente propias a llenar tal o cual destino, a hacer tal o cual servicio en el orden de las necesidades del hombre.²⁶

Siguiendo, el jurista francés dice:

Algunas cualidades accesorias o accidentales pueden añadirse, en bien o en mal, a las cosas así consideradas; y en efecto, por medio de los adjetivos la gramática nos enseña a marcar las diferentes cualidades del sujeto. Se producen de esta manera las diferentes especies que se distinguen en cada género; pero no afectan la forma sustancial de la cosa, ni el nombre ni el destino.²⁷

26. Destacamos en la línea de Demolombe a Llerena: "(...) sustancia de la cosa, en el sentido jurídico, no son los cuerpos que componen una cosa, sino el conjunto de esos cuerpos que vienen a formar un todo, perdiendo su nombre propio para tomar el especial con que se denomina a ese conjunto. Ese conjunto es el que el usufructuario está obligado a conservar en una forma que siempre mantenga el mismo nombre propio que tenía al tiempo de entregársela en usufructo. Así es que conservar la sustancia, en el lenguaje jurídico, equivale a decir: conservar la forma. Por ejemplo, el conjunto de ladrillos, cal, maderas, etcétera. De que se compone una casa, no es la sustancia de la que habla la ley, sino la casa misma; no la conservaría en sustancia si la destruyese, aunque conservase todos los materiales de que se componía, pues ese hacinamiento de cuerpos ya no es lo que antes se llamaba casa, por más que todos estén allí". Llerena Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino*, tercera edición notablemente aumentada, tomo octavo, Librería y Editorial "La Facultad", Buenos Aires, 1931, p. 70.

27. Tomamos el fragmento de la traducción realizada por Allende. Véase, Allende, ob. cit., p. 74.

Se observa que Demolombe alude a cualidades “esencialmente” constitutivas, lo cual abre la puerta para pensar la sustancia en términos filosóficos. Sin embargo, de la lectura general de su explicación se desprende cierto alejamiento de aquella postura.

En alusión a la doctrina de Demolombe, Villavicencio destaca:

La técnica de esta doctrina reside, por tanto, (mediante la igualdad nombre-forma-destino) en substituir la voz *substantia* por la de *forma substantialis*. Una vez de esto realizado, todo consiste en dar contenido jurídico a esa *forma substantialis*, ya que a priori se ha prescindido del filosófico. Demolombe no vacila. Algunas veces – afirma– se expresa el ser que forma la sustancia por varias palabras tomadas substantivamente, como, por ejemplo, una casa de comercio, una fábrica de hielo, etcétera. Con lo cual, el problema es de simple determinación del substantivo o conjunto de expresiones substantivadas que definen la cosa; porque, a tenor de esta doctrina, puede hablarse de finca rústica hortícola; de predio urbano, de predio urbano habitable, o de predio urbano habitable mercantil. Así. Sucesivamente, podría llegarse a definiciones excesivamente concretas.²⁸

La teoría expuesta no quedó al margen de las críticas. Villavicencio observando la teoría de Demolombe, se pregunta “¿Cómo determinar cuál de las sucesivas expresiones substantivadas corresponde a la forma substancial y cuál no?”. Y expresa: “Esto no lo explica Demolombe. Siguiéndole llegaríamos a establecer un tipo de forma substancial para cada una de las cosas existentes, con lo que, en una cosa cualquiera, el detalle más pequeño y sin importancia podría formar parte de la individualidad y al usufructuario estaría prohibido modificarlo”²⁹.

Entonces cabe la siguiente pregunta: ¿Qué forma debe respetar el usufructuario? ¿La forma substancial o también los accidentes? Aclaran estas dudas, la explicación de Ferrater Mora, quien señala:

28. Francisco F. Villavicencio, “Salva rerum substantia en el usufructo propio”, *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXXV (enero-diciembre 1951), N° 408, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, p. 197.

29. *Ibíd.*, p. 197.

El vocablo latino *substantia* (= “sustancia”) corresponde al verbo *substo* (infinitivo, *substare*) y significa literalmente “la estancia debajo de” en el sentido de “el estar debajo del” y de “lo que está debajo de”. Se supone que una sustancia está debajo de cualidades o accidentes, sirviéndoles de soporte, de modo que las cualidades o accidentes pueden cambiar tanto que la sustancia permanece; un cambio de cualidades o accidentes no equivale necesariamente a que la sustancia pase a ser otra, mientras que un cambio de sustancia es un cambio a otra sustancia.³⁰

Además, Borrell Maciá, quien, en relación con la separación de conceptos entre sustancia y forma en el Código Civil español, ha dicho:

(...) para evitar dudas y falsas interpretaciones, consignar expresamente, junto con la obligación de mantener la sustancia, la de conservar así mismo la forma de la cosa, empero refiriéndose a la sustancial. Y es que sería un absurdo el prohibir, como norma general, la alteración de las formas accidentales, tal como, por ejemplo, variar el color en el papel de una habitación, cortar el pelo a un perro, etcétera.³¹

Creemos que quizá el punto más alto de la explicación de Demolombe es la vinculación entre “forma” y “destino” ya que la cosa bajo una forma determinada llena un destino al cumplir con un servicio en razón de las necesidades del hombre.

Si nos situamos en el derecho español, el Código Civil de España (tal como hemos visto al tratar el asunto en el derecho comparado) distingue la “sustancia” de la “forma” y ambos deben ser conservados por el usufructuario. Así, García Valdecasas ha brindado un interesante aporte al tema. El autor sostiene, “sustancia y forma son dos referencias a dos conceptos con ámbito propio, aunque siempre funcionan correlativamente”. Pero luego de

30. J. Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, nueva edición revisada, aumentada y actualizada por el profesor Josep-María Terricabras, tomo IV [Q-Z], Círculo de Lectores, Barcelona, 1994, p. 3.397.

31. Antonio Borrell Maciá, “Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo” en *Revista de Derecho Privado*, v. 33, (enero-diciembre), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949, p. 1.063.

efectuada esta aclaración, comienza a delinear su postura: “La noción de sustancia del Derecho no será la que tenga el metafísico, sino la que tenga la sociedad, el hombre cualquiera como miembro de ella. Y, por lo pronto, en nuestra lengua y en la creencia vulgar, más que la idea de permanencia, antes que la idea de permanencia, vive la noción de que la sustancia es lo valioso de la cosa, lo rico y enjundioso de ella”. De esta forma, García Valdecasas, comienza a esbozar su teoría ya que si la sustancia de la cosa es lo que importa de ella. El catedrático español se pregunta: ¿Por qué importan las cosas al Derecho? ¿Será por sus cualidades físicas? ¿Será por su forma? ¿Por su materia? Y se responde, “por nada de eso, absolutamente por nada de eso, sino tan solo por su valor: por lo que valen para los miembros de la comunidad jurídica”. Aquí el *quid* de la idea de García Valdecasas: “La conservación de la sustancia es la conservación del valor que encierra la conservación tanto de su potencial permanente como de su rendimiento normal; una merma de la productividad normal de la cosa es un ataque a su sustancia. Lo es también un aumento a costa de su potencial futuro”. Sin embargo, al autor le queda por delimitar la noción de “forma”. Sobre ella expresa: “La forma de la cosa esta determinada a los efectos jurídico-sociales, por la finalidad a que la cosa sirve; la forma es el destino propio de la cosa, esto es, el destino socialmente reconocido y estimado”. Y continúa: “Este destino puede variar con independencia del valor, y el valor con independencia de él, pero constituye, lo mismo que el valor, un elemento que el Derecho ha de proteger, porque sobre él puede existir un interés legítimo”³².

La postura de García Valdecasas nos permite apreciar con toda claridad, el desprendimiento filosófico y la vinculación de la forma al destino del objeto. Sin embargo, “el destino” trae sus vericuetos y para adentrarnos en aquel, el lector debe retener esta idea: *La forma de la cosa se determina por su destino*.

¿A qué podemos llamar “destino” de las cosas? Sobre el punto existen dos criterios a saber, por un lado, el “subjetivo” y por el otro el “objetivo”. El criterio subjetivo, entiende que la forma implica los caracteres extrínsecos de las cosas que la hacen adecuada para el destino que el dueño le haya

32. Alfonso García Valdecasas, “La idea de sustancia en el Código civil”, en *Revista de Derecho Privado*, t. XXXV (enero-diciembre), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, p. 882.

impuesto a ese objeto. Es subjetiva ya que pone de relieve la voluntad del propietario de la cosa para marcar el destino.³³

Por otra parte, para el criterio objetivo la forma implica los caracteres extrínsecos de la cosa que la hacen adecuada para cumplir su destino socialmente reconocido. Es objetivo ya que se aparta de la voluntad del propietario y centra su atención, en el destino que la sociedad le asigna al objeto. Sin ir más lejos es la postura que sobre el “destino de las cosas” toma García Valdecasas.³⁴

33. Continúa la línea Manresa y Navarro cuando sostiene que la forma son los caracteres extrínsecos de la cosa, “lo que la hace apta o adecuada para el uso, destino o fin particular que el dueño la tuviese señalado”; En este punto, no podemos pasar por alto el aporte que ha brindado el profesor Venezian ya que dio un giro sobre el tema y sostuvo que la sustancia de la cosa equivale al destino específico que la cosa tiene en la economía del propietario. En otras palabras, el destino que debe respetar el usufructuario es de carácter “económico”. Manresa y Navarro, ob. cit., p. 352. Así, Venezian expresa que las cosas pueden “tener aptitudes para procurar múltiples especies de utilidad, y pueden variar sus aptitudes conservando su individualidad jurídica; y puesto que reside en la voluntad del que dispone de la suma de relaciones el elegir la función que ha de desempeñar la cosa, la sustancia de esta reside en el destino que a ella le dé su dueño”. Señala que el “destino económico” es el que determina (suministrando un criterio adecuado) la sustancia de las cosas corporales y de las universalidades de cosas. Argumenta el profesor de la Universidad de Bolonia, que “los cambios del aspecto exterior pueden no afectar a la forma sustancial cuando permanezca invariable el destino económico de la cosa; a la manera como la sustitución parcial de la materia, que en la misma especie distingue un individuo económico de otro, no implica, aunque se haga con materia homogénea, cambio de su individualidad” Venezian, ob. cit., p. 314. Es notable el aporte del profesor italiano, aunque no estuvo exento de críticas. Villavicencio objeta a Venezian y expresa: “la equiparación entre *substantia* y destino económico parece inexacta. Dada la base filosófica que el autor acepta, la sustancia –materia informada y actuada por la forma sustancial– puede ser primera o segunda, es decir, responder a un estado concreto e individual –esta casa, este anillo– o a un estado abstracto, universal –una casa, un anillo–. El primer problema es tribaría en determinar a qué clase de sustancia se refiere el destino; parece Venezian referirse a la segunda, ya que habla de destino específico. Pero, sea de ello, lo que quiera en la concepción aristotélica sería el destino, a lo sumo, una propiedad específica del cuerpo, pero no se confundiría, por regla general, con la sustancia, ya que esta sería precisamente la fuente de aquella propiedad”. Villavicencio, ob. cit., p. 200.

34. Sigue la postura de García Valdecasas, la catedrática Marín García de Leonardo quien manifiesta: “En este punto no podemos olvidar que la forma de la cosa a efectos jurídico-sociales vendrá determinada por la finalidad a que esa cosa sirve”. Marín García de Leonardo Teresa, “Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario” en *Anuario de*

VII. Un caso especial: “Sustancia” de los derechos en el CCyC

El art. 2129 del CCyC dispone, “hay alteración de la sustancia, (...) si se trata de un derecho, cuando se lo *menoscaba*”. Ergo, cuando el usufructo tenga por objeto un derecho, el usufructuario estará obligado a no menoscabarlo.³⁵

Sobre el usufructo de derechos, tomamos la explicación que realiza Wolff, quien expresa: “El contenido del usufructo se determina por la naturaleza del derecho sobre el que recae”. Siguiendo: “El usufructo da un derecho a los provechos del derecho gravado, esto es, tanto a los frutos como a las demás ventajas del uso. Por lo que se refiere a los frutos alcanza tanto a aquellos productos que el derecho ofrece por su naturaleza, como a aquellos que otorga en virtud de una relación jurídica”. Brindado el siguiente ejemplo: “Así el que tiene el usufructo sobre un derecho de arrendamiento

Derecho Civil, tomo XLII, fasc. III, (julio-septiembre), Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1989, p. 820.

35. El usufructo puede recaer sobre “derechos”, siendo ello coherente con el art. 1883 CCyC el cual dispone que el objeto de los derechos reales puede consistir –cuando taxativamente lo señale la ley– en un bien, entendido el vocablo como “los objetos inmateriales susceptibles de valor económico”. Así sostuvimos en otro trabajo: “Por ello, no puede sostenerse bajo ningún concepto que el objeto de los derechos reales sean “exclusivamente” las “cosas”, ya que ellos recaen sobre los “bienes” del individuo con valor económico (“cosas” y “derechos”). Tal solución ya había sido contemplada por el Proyecto de Código de 1998, en su art. 1816, inc. b); con relación a este artículo Vázquez afirmaba que se mantiene a las cosas “como objeto principal de los derechos reales, pero no único”. A modo de síntesis, el art. 1883 CCyC implica el reconocimiento expreso de la concepción moderna del objeto de los derechos reales, sostenido en nuestra doctrina por autores como Salvat, Lafaille, Spota, Alsina Atienza, Molinario, Mendizábal, entre otros”. Pérez Pejic, Gonzalo en M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Título Preliminar y Libro Primero, t. 1, *Infojus*, Buenos Aires, 2015, p. 363. A su vez, como expresa De Dalmases y Jordana: “El usufructo de derechos tiene el mismo valor que el de cosas desde el punto de vista económico; desde el aspecto jurídico, la diferencia primera que se advierte es que el de cosas regula una actitud presente, inmediata con respecto a ella, y el de derechos está mediatizado por una relación jurídica, por otro derecho, para llegar a las cosas (por ello dice Mansbach que uno representa el presente, *die Gegenwart*, y el otro el futuro, *die Zukunft*)”. Joaquín de Dalmases y Jordana, *El usufructo de derechos (inclusive, de títulos-valores)*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, p. 59.

de uso y disfrute tiene un derecho a los frutos de la tierra que en virtud del arrendamiento se benefician. Así el usufructuario de un crédito que produce interés obtiene sus vencimientos. El usufructuario de una acción tiene un derecho a los dividendos e intereses”³⁶. Por último, el profesor alude al usufructo que recae sobre un derecho sobre la base del cual se pueden exigir prestaciones singulares reiteradas, como por ejemplo las que provienen de la renta vitalicia.

Frente a la novedad que incluye el CCyC, rápidamente surge la pregunta: ¿En qué consiste el menoscabo del derecho?

El maestro Pepe –quien ya hace un tiempo se había realizado esta pregunta– enseña que la conservación de la sustancia del derecho gravado: “Consiste en no poder modificar sus elementos sustanciales, como el objeto y la causa del objeto gravado y, en algunas situaciones, el cambio de sujetos”. Agregando: “(...) dicha limitación de las facultades del usufructuario de derechos (o sus cesionarios) está íntimamente vinculada a los actos de disposición del mismo que gravitan sobre su sustancia”³⁷.

En cuanto al usufructo de derechos tomamos a modo ilustrativo los casos particulares del usufructo de créditos y del usufructo de acciones.

Sobre el usufructo de créditos Compagnucci, de Caso ha observado:

Para algunos autores el usufructo de créditos sería una forma impropia de transmisión de derechos, ya que se transfiere la facultad de recibir frutos del crédito, pero no el derecho pleno. Lo que produce una diferencia trascendente con la figura de la cesión fundamentalmente en cuanto a la presencia o no de la causa.³⁸

36. Wolff Martín en Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martín Wolff, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas*, octava revisión, traducción de la 32ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencias españolas por Blas Pérez González y José Algüer, tercer tomo, volumen segundo, Bosch, Buenos Aires, 1948, p. 106.

37. Marcelo A. Pepe, “Usufructo de fondo de comercio” en R. A. Lamber (Dir.) *Usufructo. Aplicaciones civiles y comerciales*, Heliasta, Buenos Aires, p. 195.

38. Rubén H. Compagnucci de Caso, “La relación jurídica y los derechos sobre derechos”, LL2014-D, 1018

En atención a los actos del usufructuario de créditos que menoscaban el derecho gravado, Pepe señala, a la compensación ya que extingue total o parcialmente el crédito, o la alteración de la cuota de distribución entre los coacreedores, si el usufructo recae sobre un crédito divisible, mientras que asevera que “la sustitución de sujetos no implica un menoscabo del derecho gravado, siempre que no se alteren los derechos del nudo propietario del crédito, conforme a su título”³⁹.

Por otra parte, Aztiria ha elaborado la idea de sustancia cuando el usufructo recae sobre acciones (art. 218 de la Ley General de Sociedades), diciendo que ella: “(...) consiste en el derecho de participación social, el *status socii*, incorporado al título, revistiendo dos aspectos esenciales, en parte de naturaleza cuasipolítica y en parte económica”. Agrega el autor: “(...) en el caso de división dominical (...) el nudo propietario conserva la cualidad jurídica de accionista, con todas las consecuencias de derecho que lleva consigo, mientras que el usufructuario –titular del *jus utendi* y del *jus fruendi*– no tiene más que el derecho temporal y básico del disfrute de la acción, es decir, la percepción de los frutos o rentas de ella”. De esta forma, el usufructuario “debe respetar el pacto social que rige las relaciones de la compañía con el nudo propietario y deberá aceptar las resoluciones de la asamblea de accionistas que disponga la distribución de utilidades en forma de dividendo, como así también la capitalización de parte de ellos y su incorporación al activo social; siempre, naturalmente, que esas decisiones se ajusten a las disposiciones legales y estatutarias”⁴⁰.

Según lo manifestado, la “sustancia” del derecho se vincula –en parte– con los elementos que lo componen. A su vez, en el caso particular del usufructo de acciones, se conserva el derecho en la medida que el usufructuario acepte y respete las resoluciones de la asamblea de accionistas, por ejemplo, en lo referente a la distribución de utilidades (siempre que tales resoluciones no perjudiquen los derechos económicos del usufructuario).

39. Pepe, ob. cit., p. 196.

40. Enrique Aztiria, *Usufructo de acciones de Sociedades Anónimas*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, p. 93.

VIII. Nuestra postura

A los efectos de brindar una mayor comprensión hemos decidido subdividir el punto.

A. La noción de sustancia encierra una concepción filosófica determinada

Hemos dicho que el concepto de sustancia ha sido tratado en el seno de la filosofía, y que enfrentaba al jurista a tomar una postura previa frente a la siguiente pregunta: ¿La sustancia que debe conservar el usufructuario es una sustancia entendida en términos "filosóficos" o "jurídicos"? Así, expusimos dos corrientes. Por un lado, aquella que opta por la postura filosófica y, por la otra, quienes prefieren apartarse de ella.

Sin embargo, creemos que la respuesta a la pregunta planteada requiere de una explicación de carácter previo al desarrollo de las corrientes citadas.

Suponiendo que existe una realidad externa al sujeto, debemos pensar de qué se compone la misma. Aquí se puede optar por dos posturas:

1. Dentro de la realidad encontramos entes (objetos y acontecimientos) materiales e inmateriales. Estos últimos constituidos por las "esencias" que habitan en un mundo ideal, y, por lo tanto, diferentes de los accidentes que puedan presentar los objetos materiales.
2. Dentro de la realidad solamente encontramos entes (objetos y acontecimientos) materiales. En donde el observador aprehende dicha realidad con sus sentidos y que provoca en este el interés en conocer aquella realidad.

Ambas posturas implican adoptar una posición "realista" ya que afirman la existencia de una realidad externa al sujeto. Sin embargo, la primera corriente podemos catalogarla como "idealista" o "esencialista" mientras que la segunda como "empirista"⁴¹.

Escoger el "empirismo" facilita la búsqueda de una noción de sustancia, en razón de la confianza que su método nos proporciona para conocer

41. A los fines del presente trabajo, advertimos al lector que tomamos las nociones "idealismo" y "esencialismo" como equivalentes, sin incurrir en las distinciones de las que son susceptibles ambos términos desde el plano filosófico.

los objetos materiales. Así a través de los sentidos y de la experiencia los sujetos podemos aprehender los distintos aspectos de una cosa.

Luego surge una nueva pregunta relativa a los “universales” y “particulares”. Es decir, si, por ejemplo, existe “la” casa o “esto” a lo que llamamos casa. El problema de la existencia de los “universales” vuelve a dividir las corrientes. Una primera postura, sostiene la existencia de estos conceptos “universales”. En cambio, la segunda, entiende que el significado de las palabras es convencional, negando la existencia de aquellos universales.

Así, siguiendo la claridad de Guibourg:

La relación entre un término y su significado está dada por las reglas semánticas que, de hecho, sigue una determinada comunidad de hablantes. Y, a menudo tales reglas no son claras ni siquiera para quienes las usan. Este enfoque destaca los problemas que presenta el lenguaje natural, así como su incidencia en la actividad interpretativa en general y, en lo que nos interesa, en la interpretación jurídica en especial.⁴²

Esta última tesis podría sintetizarse en el primer verso de “El Golem” del maestro Jorge Luis Borges:

*Si (como afirma el griego en el Cratilo)
el nombre es arquetipo de la cosa
en las letras de “rosa” está la rosa
y todo el Nilo en la palabra “Nilo”.*

La primera postura se denomina “realismo”. Sin embargo, debemos aclarar lo siguiente, si bien todo “idealista” es realista en virtud de que es compatible la existencia de los “universales” con el pensamiento acerca de las “esencias”, no todo realista es idealista.

Concluida esta breve explicación, notamos que los autores partidarios de la concepción filosófica de sustancia tratan el tema desde una corriente filosófica determinada, el “idealismo”. Mientras que los juristas que se apartan de “la filosofía”, en realidad se alejan de aquella corriente filosófica en particular.

42. Ricardo A. Guibourg, *Colección de análisis jurisprudencial. Teoría general del derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 132.

Lo dicho queda en evidencia cuando el profesor Musto con relación al art. 2807 del Código de Vélez, señalaba que la palabra “sustancia”, no se encontraba “*usada en un sentido ontológico* y que tampoco designaba la materia con la que la cosa está hecha o construida, sino que la norma aludía al conjunto de cualidades que determinan la entidad de una cosa, que la diferencian de las demás al darle una utilidad o destino definido”⁴³.

El punto señalado resulta clave, ya que la corriente doctrinaria que se aparta de la idea “idealista” de sustancia, se cubre bajo una aparente “construcción jurídica” carente de espíritu filosófico. Decimos “aparente” porque su postura se encuentra lejos de no ser filosófica, tal como pretenden. La “construcción jurídica” de sustancia, implica enrolarse en la concepción filosófica “nominalista”.

En razón de lo expuesto, el cuestionamiento sobre si la sustancia que debe conservar el usufructuario es una sustancia entendida en términos “filosóficos” o “jurídicos”, se encuentra mal planteada, ya que toda concepción de la sustancia es filosófica. Así, la verdadera pregunta que debe hacerse el jurista es sobre la existencia o no de los “universales”. En este sentido el punto que debe resolver el profesional del derecho es: ¿La sustancia que debe conservar el usufructuario es una sustancia abordada desde el “idealismo” o desde el “nominalismo”?

B. La sustancia como “constructo” elaborado por el lenguaje

En nuestra concepción el derecho se manifiesta a través de un lenguaje. Por tal motivo, resulta relevante el análisis de las palabras. Sin embargo, las palabras son útiles en la medida en que sabemos cuándo utilizarlas y cómo utilizarlas. Lo que supone saber el significado que se le asigna a cada vocablo a los efectos de que podamos comprender el lenguaje que se emplea. Aquel significado creemos que requiere de “pisos mínimos” que les permitan a los sujetos una base de significado “común”, para que entre ellos puedan entenderse.

Sin embargo, en cuanto a la fuente del significado, no debemos confundir la “realidad física” con la “lingüística”. En este sentido señalan Guibourg, Ghigliandi y Guarinoni:

43. El destacado nos pertenece. Néstor J. Musto, *Derechos reales*, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 13.

A poco que lo meditemos, hemos de advertir que si una misma cosa puede tener varios nombres según el idioma de que se trate (y aun varios nombres en un mismo idioma: los sinónimos) nada nos impedirá imaginar otros lenguajes donde apareciesen nuevos nombres, sin que por eso el objeto, la cosa que vemos y tocamos, cambiase en absoluto. Cuando aprendemos el nombre de una cosa, entonces, no aprendemos algo acerca de la cosa, sino sobre las costumbres lingüísticas de cierto grupo o pueblo: el que habla el idioma donde ese nombre corresponde a esa cosa. Estas costumbres pueden cambiar, y de hecho cambian muy a menudo a través del tiempo. Decimos entonces que las cosas cambian de nombre, pero sería más riguroso decir que nosotros cambiamos el modo de nombrar esa cosa. De la misma manera, afirmar que una cosa tiene nombres es una forma habitual de hablar; pero sería más claro decir que nosotros tenemos un nombre para esa cosa. De aquí resulta una primera conclusión: no existen nombres verdaderos de las cosas. Apenas hay nombres comúnmente aceptados, nombres no aceptados y nombres menos aceptados que otros (...) En otras palabras, podemos usar cualquier nombre que se nos ocurra para cada cosa; pero cuanto menor sea la aceptación común de ese significado en el medio en que nos movemos, tanto mayor será la dificultad de comunicación y tanto más necesaria alguna aclaración sobre nuestro lenguaje personal.⁴⁴

44. Ricardo A. Guibourg, Alejandro A. Ghigliani, y Ricardo V. Guarinoni, *Introducción al conocimiento científico*, Eudeba, Buenos Aires, 1991, p. 34. Tomo como relevante la siguiente observación del profesor Guibourg: “Cada una de las imágenes empobrecidas de la realidad que empleamos para mejorar aprehenderla recibe el nombre de modelo; y, claro está, diversos modos de recorte (o empobrecimiento), fundados en distintas observaciones, en diferentes instrumentos de medición o de comparación y en diversos intereses capaces de fundar criterios de relevancia, dan lugar a modelos distintos. Así, una misma realidad puede representarse mediante muchos (potencialmente infinitos) modelos, cada uno de ellos dirigidos a satisfacer una inquietud distinta”. Y continúa con un argumento que resulta trascendente a la hora de tomar mi propia decisión: “Cada criterio constituye en sí mismo una decisión metodológica, que asumimos por motivos pragmáticos o, más frecuentemente, nos es impuesta o transmitida junto con el lenguaje, la cultura o la educación. Semejante transmisión, lejos de ser inconveniente, se traduce en un ahorro de tiempo y de esfuerzo, ya que nos permite emplear modelos que otros fueron construyendo laboriosamente a lo largo de las generaciones. Pero la ventaja se torna en peligro cuando, mansamente llevados por la corriente de la vida, renunciamos a registrar aquellas decisiones, asumimos acríticamente

A mayor abundamiento, consideramos que las palabras son símbolos que refieren a conceptos que las personas construyen. Así, los conceptos son “constructos”, inventados por los hombres para mejorar las cosas, pero no son cosas. En esta línea, Guibourg enseña: “(...) todos los constructos funcionan admirablemente para integrar un esquema explicativo de nuestras sensaciones y de nuestras elaboraciones; esquema que, además, permite una adaptación entre esa postulada realidad y nuestros impulsos o intereses”⁴⁵. De esta forma, “el lenguaje es un pegamento muy sólido y eficaz, que nos permite elaborar constructos tan altos como queramos”⁴⁶.

Creemos que lo más seguro a la hora de lograr el entendimiento común de la palabra “sustancia”, es tomar postura decidida por el “nominalismo”. En este sentido, la convención entre los hombres brinda mayor seguridad a la hora de atribuir significado a las palabras que acudir a las “esencias”. Sumamos a ello que la elección del “nominalismo” a la hora de delimitar el significado de la “sustancia de los objetos, evita el problema que acarrea el método para conocer las esencias”.

A su vez, como las “esencias” no son demostrables, sostener que la palabra “sustancia” remite a las “esencias” imposibilitaría la comprobación

que los criterios que empleamos son los únicos posibles y damos por sentado, en consecuencia, que nuestros modelos tienen con la realidad un vínculo necesario e inevitable. Ese tránsito de la metodológica a la ontología, extremadamente común, tiende a impedir la comprensión de los modelos ajenos y se halla en la base de la intolerancia”. Ricardo A. Guibourg, *Pensar en las normas*, Eudeba, Buenos Aires, 1999, p. 199.

45. Siguiendo el profesor: “(...) a partir de las sensaciones pueden elaborarse constructos y a partir de esos constructos pueden integrarse otros constructos de mayor nivel. Como las sensaciones son lo más concreto que tenemos a nuestra disposición, porque ya están en nuestra mente y nos llegan aun cuando no las busquemos, los constructos pueden calificarse de abstractos y los distintos niveles de lo que construimos a partir de aquellas sensaciones pueden llamarse niveles de abstracción”. El primer nivel de abstracción se construye con la percepción misma que individualiza el objeto. Pero, “la realidad no nos indica cuales son los límites físicos del objeto: nosotros los determinamos mediante una decisión que puede llamarse juicio de relevancia, puesto que asigna relevancia a ciertos límites frente a otros alternativos que no nos importan tanto”. Mientras que el siguiente nivel de abstracción, “consiste en agrupar ciertos objetos, previamente delimitados, de acuerdo con alguna característica de semejanza”. Ricardo A. Guibourg, *Saber derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 17.

46. *Ibíd.*, p. 20.

judicial que exige el art. 2152 inc. “d” del CCyC. En este sentido, si la causal de extinción del usufructo por “alteración de la sustancia”, se encuentra su-peditada a la comprobación judicial, ¿Qué clase de pruebas arrimarán las partes que sean susceptibles de reflejar el “ser” del objeto cuya sustancia se pretende “alterada”? El “ser”, la “esencia” es indemostrable. En cambio, el nominalismo allana el camino, desde que la prueba apuntara a demostrar que, en el entendimiento común, el objeto ha sido modificado de forma tal que ya no puede designarse con el nombre convencionalmente aceptado por la sociedad.

Se desprende con sencillez que escoger el “nominalismo” implica asignar relevancia al lenguaje, ya que debemos analizar las palabras para poder desentrañar los acuerdos de significado que los hombres les asignan a ellas. Razón por la cual, nuestra postura filosófica se alinea al llamado “enfoque analítico” de la filosofía del derecho porque su ventaja radica en la preocupación por el análisis del lenguaje y definición de las palabras que se emplean en aquel.

En virtud de lo expuesto ya no debemos preguntarnos ¿Qué es la “sustancia”? Ya que la pregunta llevaría implícita la existencia de un “universal” o una supuesta “esencia”. Preferimos preguntarnos, ¿A que llamamos “sustancia”?⁴⁷

De esta manera, la sustancia es un “constructo” elaborado por el lenguaje para designar la cualidad relevante de una cosa que hace que esa cosa se le asigne convencionalmente un determinado nombre socialmente aceptado por una comunidad determinada.

47. Continúa el citado: “Un caso paradigmático del análisis del lenguaje es el de las preguntas del tipo “¿qué es x?” Ellas dan por supuesto que hay una entidad que es x, y que tanto esa entidad como sus características son susceptibles de identificación y conocimiento mediante algún método disponible. Este supuesto ontológico, asumido antes de cualquier respuesta, condiciona el pensamiento y lo dirige hacia cierto segmento mágico atribuido a la realidad. En filosofía analítica suele preferirse cambiar la pregunta por “¿a qué llamamos con la expresión x?” O, en casos más extremos, “¿a qué quiere usted llamar x (y por qué)?” Reformuladas de esta manera, las preguntas ponen al sujeto en un camino más llano: partir de la propia costumbre lingüística, examinar su coherencia interna y su utilidad práctica y, de acuerdo con este examen crítico, ofrecer una respuesta suficientemente parecida a la costumbre lingüística como para que la expresión x no aparezca ahora como totalmente ajena al significado original pero, a la vez, bastante aclaratoria para que el uso de la misma expresión adquiera mayor eficacia comunicadora”. Ricardo A. Guibourg, “¿Qué son los derechos constitucionales?” en J. C. Rivera (h) (Dir.) *et al.* *Tratado de los derechos constitucionales*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 78.

En síntesis, creemos que no existe “la” sustancia de las cosas (entendida en términos “idealistas”) sino que existe una palabra “sustancia” que es utilizada por una comunidad de hablantes para designar los aspectos relevantes de determinado objeto. De una forma más sencilla, la palabra “sustancia” es un término que explicita el “juicio de relevancia” que los sujetos elaboran para marcar los límites de la realidad física que perciben por medio de sus sentidos y de la experiencia.

La conclusión que podemos desprender de nuestro análisis es la siguiente: alterar la sustancia de la cosa, no equivale a modificar su “esencia”. La sustancia se considera alterada cuando la cosa sufre “nominalmente” un cambio de manera tal que ella ya no se ajuste al nombre asignado por la comunidad. Este cambio “nominal” provendrá de lo que la sociedad entienda por materia, forma y destino de las cosas.

C. La enseñanza “nominalista” de Vélez Sarsfield

Una “clave” nos viene de las profundas enseñanzas de Vélez, lo cual nos ayuda a sostener la concepción nominalista de la sustancia y la relevancia del lenguaje a la hora de determinar los alcances conceptuales de ella.

Creemos que el destacado jurista, empatizaba con la corriente nominalista, no solo por su apego a la definición brindada por Demolombe en la nota al art. 2807 del Código Civil, sino también por su exposición en la nota al art. 2940 del Código Civil.

La nota en cuestión, reza:

El mayor número de códigos y sus principales comentadores establecen otra causa de extinción del usufructo, cual es todo cambio que sobrevenga en la forma de la cosa que la haga impropia al uso para el cual el usufructo había sido establecido. Pero no es posible fijar una regla para poder decidir cuál sea el cambio en la forma que extinga el usufructo, si el cambio no es tan grave que produzca la extinción de ella. En cada negocio, los tribunales deberían examinar la gravedad del cambio y llegaríamos a lo arbitrario y vago. A lo menos, debía suceder en la cosa una modificación profunda, un cambio de forma, de tal manera grave, que en el lenguaje de todos no se llama cambio de forma, sino destrucción de la cosa. Cuando se ha concedido el usufructo de una casa que el usufructuario debe habitar, y sólo hay escombros en el suelo, es claro que el usufructo se ha extinguido.

Pero cuando el usufructo sea de una hectárea de tierra en que exista una viña; poco importa que esta viña se haya destruido, y que en adelante el terreno se destine a siembras de granos.

La nota es rica en varios aspectos. En primer lugar, Vélez explica la extinción del usufructo por el cambio en la forma que torna a la cosa impropia para su destino. En pocas palabras, la extinción del usufructo por la alteración de la sustancia no motivada por el usufructuario. En atención a la idea de “cambio grave en la forma”, expresa: “(...) en cada negocio, los tribunales deberían examinar la gravedad del cambio y llegaríamos a lo arbitrario y vago”. La afirmación coincide con la noción de sustancia como concepto indeterminado y las consecuencias derivadas de dicha indeterminación.

Sin embargo, la clave de la nota descansa en la siguiente afirmación: “A lo menos, debía suceder en la cosa una modificación profunda, un cambio de forma, de tal manera grave, que en el lenguaje de todos no se llama cambio de forma, sino destrucción de la cosa”. Allí, Vélez se apega al “lenguaje” de la comunidad para conceptualizar el cambio de forma en la cosa con la virtualidad de considerarse destrucción y por consiguiente ser la causa que implique la extinción del usufructo.

En conclusión –aplicando la enseñanza de Vélez a nuestro estudio– la sustancia de los objetos se manifiesta a través de las palabras con que una comunidad nombra a las cosas. Ergo, la “alteración” de la misma dependerá de una modificación profunda de la cosa de tal manera que en el entendimiento colectivo, los individuos no puedan nombrarla bajo la palabra que socialmente se le ha asignado para identificarla.

D. La concepción “nominalista” de la sustancia es acorde al CCyC

La importancia que le asignamos al lenguaje a la hora de conceptualizar la sustancia de los objetos, es coherente con el esfuerzo del CCyC de elaborar un cuerpo normativo de fácil entendimiento para la sociedad a través de una redacción que lleve hacia la claridad expositiva. En este sentido, en los Fundamentos del Anteproyecto de CCyC, puede leerse: “La Comisión ha puesto una especial dedicación para que la redacción de las normas sea lo más clara posible, a fin de facilitar su entendimiento por parte de los profesionales y de las personas que no lo son...”.

Así, la concepción “nominalista” de la sustancia concuerda con la búsqueda de un mayor entendimiento del cuerpo normativo por parte de los profesionales y de las personas que no lo son. En este sentido, descartamos el “idealismo” ya que no sería coherente que el codificador entienda que la “sustancia” remita a la noción de “esencia” cuando el método para conocerla no genera consenso entre los sujetos.

A mayor abundamiento, traemos a colación dos ejemplos, sustraídos del propio articulado del CCyC, que nos permite observar el valor del lenguaje para determinar lo “sustancial” de un objeto.

En primer lugar, el art. 267 del CCyC al legislar los supuestos de error esencial, dispone: “El error de hecho es esencial cuando recae sobre (...) inc. “c”: *“La cualidad sustancial del bien que haya sido determinante de la voluntad jurídica según la apreciación común o las circunstancias del caso”*. Observamos que el CCyC, vincula la cualidad “sustancial” del bien con la apreciación común de la sociedad.

El segundo caso es en materia de propiedad horizontal, donde el art. 2052 del CCyC, al regular sobre la mejora u obra nueva que requiere unanimidad, establece: “Si la mejora u obra nueva, realizada por un propietario o por el consorcio sobre cosas y partes comunes, aun cuando no importe elevar nuevos pisos o hacer excavaciones, *gravita o modifica la estructura del inmueble de una manera sustancial*, debe realizarse con el acuerdo unánime de los propietarios”. Aquí, el CCyC, al requerir acuerdo unánime de los propietarios, busca el entendimiento común de aquellos respecto de la mejora que modifica la estructura del inmueble de una manera “sustancial”.

En síntesis, notamos como el “nominalismo” basado en la relación entre palabra y cosa en función de las reglas que sigue una determinada comunidad de hablantes, coincide con el espíritu del CCyC en cuanto a lograr la mayor capacidad de entendimiento posible entre todos los integrantes de la sociedad.

E. Sustancia de las cosas

En otro trabajo sostuvimos que la sustancia de las cosas:

(...) no las determina su “esencia” (postura filosófica “idealista”), sino el conjunto de sus características (aprehensibles por los sentidos), que hacen que el hombre les asigne un “nombre” y las agrupe en alguna

clasificación aprobada por convención social con motivo de la utilidad que esta brinda. Así, alterar la sustancia será modificarla de tal manera que ya la cosa no pueda ser ubicada en la categoría que le asiste.⁴⁸

Es decir, ya vislumbrábamos la incidencia del “nominalismo” en la búsqueda de una respuesta que nos arrime hacia el entendimiento del deber de conservación que posee el usufructuario respecto del objeto sobre el cual se asienta su derecho.

Por otra parte, hasta el momento hemos dicho que la “sustancia” es un constructo elaborado por el lenguaje, utilizado por los integrantes de una comunidad determinada para designar los aspectos relevantes de los objetos que hacen que tengan un cierto nombre. Sin embargo, el CCyC expresa que la sustancia de las cosas se compone de materia, forma y destino. Ello nos lleva a sostener que la “sustancia” es un constructo complejo que se compone de otros constructos, denominados “materia”, “forma” y “destino”.

El presente epígrafe tiene por objeto, desglosar la “sustancia” como “constructo complejo” y analizar cada uno de los “constructos inferiores” que la integran.

1. Materia

Conforme a lo que establece el art. 2129 del CCyC, “hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su *materia...*”. Se alude a la “materia”, lo cual complica el asunto, ya que no tenemos ejemplos claros y en la legislación comparada, no se alude a ella en la mayor parte de los casos observados.

Sobre el tema, resulta de interés la observación efectuada por Villavicencio:

Según la filosofía escolástica, la materia no es ni substancia determinada ni cantidad. Es un algo potencial distinto del ser actual y de la nada. Por ello, no es directamente cognoscible, y a su conocimiento solo puede llegarse por un razonamiento impropio y de manera indirecta

48. Gonzalo Pérez Pejic, “El ‘ejercicio regular’ del usufructo y su ‘uso abusivo’. Estudio socioambiental desde el Código Civil y Comercial Unificado”, *Revista Jurídica de Daños*, Número 11, IJ Editores, abril 2015, Cita: IJ-LXXVII-707.

y discursiva. ¿Cómo, pues, podrá la parte juzgar, ni el juez decidir, sobre una alteración en la materia? Podrá determinarse un cambio en la forma substancial o en los accidentes, pero no en la materia –pura potencia– propiamente dicha.⁴⁹

Allende afirmaba que la sustancia de las cosas poseía dos matices distintos, “materia” y “destino”. Decía el maestro:

La sustancia de la cosa debe conservarse. Se relaciona especialmente con la “materia”. Así, si yo tengo el usufructo de una finca, no puedo destruir sus paredes o cortar sus árboles frutales, porque ello implicaría, evidentemente, alterar, más preciso, disminuir la sustancia de la cosa. Los casos citados anteriormente, piedras, árboles frutales, etcétera, responden a este primer matiz.⁵⁰

Sin perjuicio de la complejidad del asunto, llamamos materia a la realidad física que es susceptible de ser conocida por los sujetos de forma empírica a través de sus sentidos.

Sobre la incidencia de la materia en el plano jurídico, esbozamos el ejemplo de los frutos y los productos. El art. 233 del CCyC define a los frutos como “los objetos que un bien produce, de modo renovable, sin que se altere o disminuya su sustancia”. Mientras que los productos “son los objetos no

49. Villavicencio, ob. cit., p. 199.

50. Allende, ob. cit., p. 77; A su vez, otros autores utilizan la expresión “materia” en lugar de “forma” a los efectos de señalar los matices del deber de conservación del objeto usufructuado. En esta línea, los profesores Papaño, Kiper, Dillon y Causse, expresan que el respeto debido a la obligación de no alterar la sustancia, le impone al usufructuario una doble diligencia: “la primera se refiere a la materia en sí misma, al cuidado de la cosa, al buen uso de ella; y la segunda, al destino de la cosa fructuaria...”. El destacado es nuestro, Ricardo J. Papaño, Claudio M. Kiper, Gregorio A. Dillon y Jorge R. Causse, *Derecho civil. Derechos reales*, 2ª edición actualizada y ampliada, t. 2, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 2004, p. 586. En contra, ubicamos al profesor Musto, quien enseña que la palabra “sustancia”, no se encuentra “usada en un sentido ontológico, tampoco designa la materia con la que la cosa está hecha o construida, sino que la norma alude al conjunto de cualidades que determinan la entidad de una cosa, que la diferencian de las demás al darle una utilidad o destino definido”. El destacado es nuestro, Musto, ob. cit., p. 13.

renovables que separados o sacados de la cosa alteran o disminuyen su sustancia”. Por último, la norma concluye: “Los frutos naturales e industriales y los productos forman un todo con la cosa, si no son separados”.

Así, creemos que tanto los frutos (naturales e industriales) como los productos forman parte de la materia del objeto (son un todo en tanto no sean separados), razón por la cual su extracción produce la disminución de ella. Sin embargo, como el fruto se produce de manera renovable, la extracción no perjudica la sustancia “material” de la cosa. Caso distinto se da con el producto, el cual constituye una porción desprendida de la materia de la cosa que, al carecer de aptitud para renovarse, altera la sustancia “material” del objeto.

En razón de la idea volcada, la extracción de productos modifica la materia del objeto acarreando como consecuencia la alteración de su sustancia. Ello siempre que no se trate de la extracción de un producto proveniente de una explotación ya iniciada al tiempo de constituirse el usufructo, ya que a tenor de lo dispuesto por el art. 2141 inc. “c” del CCyC, el usufructuario extiende sus potestades sobre aquellos.

2. *Forma*

Según lo dispuesto por el art. 2129 del CCyC, “hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su (...) *forma* (...)”. Razón por la cual, no podría aplicarse la separación de conceptos entre “sustancia” y “forma” –como aparece en el Código Civil Español y en la teoría de García Valdecasas– ya que en el CCyC la forma hace a la sustancia. Aunque no podemos desconocer el atractivo de la idea expuesta por aquel autor al definir la sustancia en razón del valor del objeto.

Por otro lado, podríamos vincular los conceptos de “forma” y “destino” y aplicar las referencias que hemos realizado al tratar la “concepción jurídica” de sustancia. Así, el usufructuario debe respetar la forma substancial (no creemos que se extienda a los accidentes) que se determina según el destino del objeto.

Recordamos al lector que la “forma substancial” de la cosa son los aspectos relevantes del objeto para una sociedad (cognoscibles por ella a través de los sentidos y por la experiencia de sus integrantes) que hacen que esta le asigne un determinado nombre. La aclaración vale en razón de que hemos optado por seguir la corriente “nominalista” a la hora de darle sentido a la palabra “sustancia”.

3. *Destino*

En último lugar, el art. 2129 del CCyC reza, “hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su (...) *destino*...”. Como ya hemos dejado asentado, Allende consideraba que el “*salva rerum substantia*” poseía dos matices, “uno que responde sin más a la terminología” (el autor alude a la “materia”) y otro, “que, sin estar reñido con ella, hace necesario una explicación especial” (es decir, el “destino”). La explicación especial se funda en el hecho de que “no hay alteración propiamente dicha de la materia, esta continúa siendo la misma, pero se altera en cambio el “destino” de la cosa”⁵¹.

Si tomamos la concepción nominalista de sustancia y vinculamos “forma” y “destino”, toma relieve esta última noción. Así, el art. 2145 del CCyC, bajo el epígrafe “destino”, establece que “el uso y goce por el usufructuario debe ajustarse al destino de los bienes del usufructo, el que se determina por la convención, por la naturaleza de la cosa o por el uso al cual estaba afectada de hecho”. Razón por la cual la aplicación del uso y goce del usufructuario debe ser conforme al fin de la cosa dada en usufructo. Ese fin puede provenir de la convención, de la naturaleza o de la afectación de hecho de la cosa.

El “destino” de la cosa, se determina en primer lugar “por la convención”. Es decir, que durante la negociación, el dueño de la cosa –el único que puede incidir en la sustancia de ella– conviene con el futuro usufructuario el “destino” del objeto, dejándolo expresamente plasmado en el acto constitutivo. Ello equivale a sostener que el primer parámetro para determinar el “destino” de la cosa es el criterio “subjetivo”.

Si el propietario, no dejó asentado, el “destino” de la cosa que entrega en usufructo, existen dos disposiciones que operan con carácter subsidiario: La naturaleza de la cosa y el uso al que estaba afectada de hecho. Si nada se pactó en cuanto al destino, el usufructuario debe sujetarse al uso al que estaba afectada la cosa con anterioridad al usufructo. El art. 2878 del Código de Vélez establecía: “El usufructuario debe usar de la cosa como lo haría el dueño de ella, y usarla en el destino al cual se encontraba afectada antes del usufructo” y en la nota a tal norma, se ejemplificaba: “El usufructuario no podrá convertir una casa de habitación, en fonda o posada, ni una fonda o posada en casa de habitación”. A más podía leerse en la nota al art. 2863:

51. Allende, ob. cit., p. 77.

“El derecho del usufructuario es, sin duda, el derecho de gozar de los bienes como el propietario mismo (...) Es preciso no tomar en un sentido absoluto la expresión “como el propietario mismo”. No podría convertir una viña en un campo de pastos, ni transformar el bosque en una tierra de labor. Sobre todo, está obligado a conservar la sustancia o condición de la cosa”⁵². En síntesis, el respeto al “uso al que estaba afectada de hecho la cosa”, remite al criterio “subjetivo”. Si no surge un marcado destino dado por el propietario, con anterioridad al usufructo, el usufructuario debe respetar la “naturaleza de la cosa”. Pero ¿en qué consiste el destino en razón de la naturaleza de la cosa? Consideramos que alude al destino que la sociedad le asigna generalmente al tipo de objeto sobre el cual recae el usufructo, es decir receptando el criterio “objetivo”.

F. Sustancia de los derechos

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el término “menoscabar” posee tres acepciones, de las cuales dos aplican a nuestro estudio. En un primer sentido, “menoscabar” significa, “disminuir algo, quitándole una parte, acortarlo, reducirlo”. Mientras que en segundo lugar significa, “deteriorar y deslustrar algo, quitándole parte de la estimación o lucimiento que antes tenía”.

Podrían conjugarse ambos sentidos, diciendo que “menoscabar” implica disminuir o deteriorar algo, quitándole una parte. Más llevando esta idea al campo que nos interesa, decimos que la alteración de la sustancia de un derecho implica deteriorarlo, quitándole “algo” de la estimación que antes tenía. Aunque deberíamos preguntarnos ¿Qué entendemos por ese “algo” que deteriora el derecho? En nuestro entendimiento –y a través del

52. Salvat señala que “la palabra sustancia, debe entenderse en el sentido de cualidades constitutivas de la cosa, cualidades cuya desaparición implicaría que ella dejaría de ser lo que antes era: así, el usufructuario no está autorizado para hacer sufrir a la cosa dada en usufructo transformaciones que la desnaturalicen, por ejemplo, no puede transformar una viña en un prado, ni un terreno de quinta de verdura en terreno destinado a la fabricación de hornos de ladrillo, ni convertir un jardín en un lago, porque en todos estos casos, la cosa dejaría de ser lo que antes era”. Raymundo M. Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, Quinta edición, actualizada con textos de doctrina legislación y jurisprudencia por Manuel J. Argañarás, t. III, TEA, 1959, Buenos Aires, p. 251.

juicio de relevancia que hacemos— es el valor económico del derecho y su aptitud para generar ganancia. Razón por la cual el deber de conservar la sustancia recaerá sobre el valor y capacidad productiva del derecho, cuya modificación produce su merma.

En virtud de lo expuesto concluimos que la sustancia de los derechos encierra un concepto que no puede ser abarcado desde el “idealismo” ya que es necesariamente jurídica aquella noción. Una vez más queda en evidencia la utilidad de la corriente “nominalista” a la hora de asignarle un sentido a la palabra “sustancia”.

G. Una decisión previa y expresa

La nueva legislación solo se limita a señalar que la modificación de la materia, forma y destino (respecto de las cosas) y el menoscabo (respecto de los derechos), alteran la sustancia. Es decir, la ley no determina a que llama sustancia, si al “ser” del objeto o a lo que la sociedad entiende por sustancia, según su lenguaje común.

De esta forma, la “sustancia” se constituye en un concepto jurídico “indeterminado” que el juez deberá decidir en el caso concreto teniendo presente las pruebas que se arrimen al proceso. Pero, ¿Cómo el juez determinará la noción de “sustancia”? A los efectos de resolver el pleito pensamos que el juez con carácter previo a la valoración de las pruebas ofrecidas durante el proceso deberá escoger una postura filosófica, sea de carácter “idealista” o “nominalista”.

La manifestación expresa y fundada, escogiendo una u otra opción favorecerá al entendimiento de la decisión a la cual arribe el juez y evitará los posibles cuestionamientos que se susciten en razón de la “indeterminación” propia del concepto en estudio.

IX. La conservación de la sustancia como deber “flexible”

El art. 2892 del Código de Vélez rezaba:

El usufructuario no puede demoler en todo o en parte ninguna construcción, aunque sea para sustituirla por otra mejor, o para usar y gozar de otro modo el terreno, o los materiales de un edificio. Si en el usufructo hubiere casas, no puede cambiar la forma exterior de ellas, ni sus dependencias

accesorias, ni la distribución interior de las habitaciones. Tampoco puede cambiar el destino de la casa, aun cuando aumentase mucho la utilidad que ella pudiese producir.

La norma resulta una proyección de la conservación de la sustancia. Sin embargo, resulta de interés como el artículo tiñe de “rigidez” esta regla.

En atención a ello, Allende afirmaba: “Observamos prácticamente el inconveniente de una posición tan rígida como la de nuestro Código” y brindaba el siguiente ejemplo:

A en su testamento deja la nuda propiedad a B, y el usufructo de una finca destinada al pastoreo a C; como no se establece tiempo lo es por la vida del usufructuario (art. 2822). Supongamos que C, sea un hombre joven y que el término de vida que le resta sea de unos 30 años. Al poco tiempo de fallecido A, cambian las condiciones del suelo, por razones de un ciclo de lluvias, o el pastoreo se hace inadecuado por una peste que ha invadido la zona. Si invocando tales motivos quisiera darse un cambio de destino, B, bien podría negarse con éxito, aduciendo el artículo 2892 in fine. (...) Evidentemente la solución del Código resulta antieconómica.⁵³

En igual sentido, Lafaille observaba:

Cuando por el dilatado uso o la mera acción del tiempo se tornara imposible o fuera económicamente desventajosa la utilización del objeto, piensan algunos que le estaría permitido al usufructuario cambiar su destino. Conceptuamos que este sistema es incompatible con el régimen del Código, en particular con lo que preceptúa el artículo 2885: correspondería al nudo propietario, por tanto, realizar las reparaciones.⁵⁴

Entre aquellos que habilitan al usufructuario a cambiar el destino del objeto, se encuentra Salvat quien expresaba que el principio de conservación de la sustancia:

53. Allende, ob. cit., p. 79.

54. Lafaille, t. IV, ob. cit., p. 71.

(...) debe combinarse con el derecho que el usufructuario tiene al uso y goce de la cosa, y es por eso que la doctrina admite que cuando ella ha sufrido por la acción del tiempo y del uso modificaciones que hacen imposible utilizarla como antes estaba, el usufructuario puede transformarla: así, el usufructuario de una viña está autorizado para convertirla en quinta de frutas o verduras, en el caso que habiéndose hecho demasiado vieja, los frutos de ella o puedan compensar ya los gastos de cultivo.⁵⁵

La misma reflexión de Salvat, ya se encontraba puesta de manifiesto en la nota al art. 2940 del Código Civil, donde Vélez afirmaba:

Cuando se ha concedido el usufructo de una casa que el usufructuario debe habitar, y solo hay escombros en el suelo, es claro que el usufructo se ha extinguido. Pero cuando el usufructo sea de una hectárea de tierra en que exista una viña; poco importa que esta viña se haya destruido, y que en adelante el terreno se destine a siembras de granos.

A su vez, sumamos la opinión de Borda, quien señalaba:

Aceptado el principio de que el usufructuario debe conservar la sustancia, o sea el destino económico de la cosa, es necesario admitir también que este principio debe interpretarse con elasticidad. Ninguna duda cabe de que el usufructuario tiene derecho a lo que se llama rotación agraria, es decir, a cultivar ciertos granos o pasturas donde se cultivaban otros, a dar en locación la casa que el constituyente habitaba personalmente y, de una manera general, a realizar todo cambio no sustancial que conduzca a un mejoramiento de la capacidad productiva de la cosa y a incrementar su utilidad y valor. Una solución contraria sería repugnante al principio de la función social de la propiedad.⁵⁶

Ya sobre el art. 2129 del CCyC y en atención al principio de conservación de la sustancia, Cossari expresa:

55. Salvat, t. III, ob. cit., p. 251.

56. Guillermo A. Borda, *Tratado de Derecho Civil. Derechos reales*, segunda edición, actualizada y ampliada, t. II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 32.

Si bien el usufructuario no puede variar el destino económico que la cosa tenía al momento de constituirse el derecho real, puede dentro de este ámbito moverse libremente, adecuando el uso y goce de la cosa a sus propias necesidades y, en caso de ser un bien productivo, a las necesidades y tendencias del mercado. Esto es en definitiva lo que se establece normativamente en el segundo párrafo del art. 2129 Código Civil y Comercial, que contiene conceptos precisos, abstractos, y genéricos muy alejados de la casuística que utilizaba el Código Civil derogado para enmarcar el alcance de este principio.⁵⁷

Resaltamos que el deber de conservar la sustancia se encuentra lejos de ser una regla “rígida”, “inmutable” o “absoluta”. Así, el deber de conservar la sustancia, encuentra sus límites en los derechos del usufructuario, en la propia “función social” que debe cumplir el derecho real de usufructo cuando recae sobre bienes cuya aptitud productiva sea de interés colectivo y en la “función ambiental” que pueda resultar cuando el cambio en el destino resulte de manifiesto provecho ecológico.

No obstante, remarcamos que la flexibilidad también posee sus límites. Ellos vendrán de la mano de los derechos del nudo propietario, de los intereses de la propia sociedad cuando el cambio de sustancia implique un desaprovechamiento de la fuerza productiva del objeto y en los intereses ambientales, cuando la modificación en la sustancia, impacte negativamente en el entorno.

X. La alteración de la sustancia como medio especial de extinción del usufructo. Quid del “uso abusivo”

El CCyC contempla la extinción del usufructo por “el uso abusivo y la alteración de la sustancia comprobada judicialmente” (art. 2152 inc. “d”). Lo cual resulta una novedad, ya que este medio especial de extinción no había sido previsto por Vélez Sarsfield.

En otra oportunidad nos hemos ocupado sobre el vínculo existente entre el “uso abusivo” y la alteración de la sustancia, destacando: “...el “uso

57. N.G.A. Cossari, en J.H. Alterini, (Dir. General), N.G.A. Cossari (Dir. del tomo), I.E. Alterini, (Coord.) *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético. Derechos reales*, tomo X, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 214.

abusivo” es un género al cual pertenece la alteración de la sustancia en calidad de especie. Así, toda alteración de la sustancia es un supuesto de “uso abusivo”, más no todo “uso abusivo” implica la primera. Por ello en nuestra visión, el art. 2152 inc. “d” del CCyC contiene tan solo una causal de extinción del usufructo: el “uso abusivo”⁵⁸.

Sobre ello, expusimos que cabe la posibilidad de plantear la extinción del usufructo por su “uso abusivo” aunque este no implique la alteración de la sustancia del bien dado en usufructo. Así, brindamos el ejemplo del usufructuario cuya conducta resulta contraria a la “faz social” o “faz ambiental” que impera en el espíritu de los derechos reales.

En cuanto a la “faz social”, creemos que podrá constituir “uso abusivo” el no mantener productivo el objeto (aun cuando no se cumpla con los extremos de la extinción por “no uso”) siempre y cuando se acredite el perjuicio concreto que acarrea la conducta del usufructuario para con la comunidad. Asimismo, será “abusiva” la conducta del usufructuario que mantenga productiva la cosa de un modo inadecuado o por debajo de la productividad requerida por las necesidades comunes, o bien en incumplimiento de los deberes de control impuestos por la autoridad –en razón del objeto de que se trate– cuando aquella inobservancia sea susceptible de ocasionar daños a la sociedad.

Sobre la “faz ambiental”, tomamos como ejemplo de nuestra tesis, el art. 2879 del Código de Vélez, el cual no se encuentra reproducido en el CCyC.

La norma en cuestión, establecía:

El usufructuario no puede emplear los objetos sometidos a su derecho sino en los usos propios a la naturaleza de ellos. *Debe abstenerse de todo acto de explotación que tienda a aumentar por el momento, los emolumentos de su derecho, disminuyendo para el porvenir la fuerza productiva de las cosas sometidas al usufructo.*⁵⁹

58. Gonzalo Pérez Pejic, “El “uso abusivo” como medio especial de extinción del usufructo en el Código Civil y Comercial”, Revista *En Letra*, año II, número 4, agosto 2015, tomo I-Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, p. 138.

59. Obsérvese la coherencia entre lo dispuesto por el art. 2879 del Código de Vélez, y el art. 2892 in fine del mismo cuerpo legal, el que impedía al usufructuario: “(...) cambiar el destino de la casa, aun cuando aumentase mucho la utilidad que ella pudiese producir”.

No obstante, sobre el art. 2879 del Código Civil, advertía Lafaille: “En cuanto al goce o explotación, el peligro económico de esta figura consiste en que el usufructuario, por el afán de lucro, procure aumentar sus beneficios, aun a costa de la fuerza productiva del bien”. Y en nota agregaba: “Tal ocurriría con aquellas explotaciones que agotan un campo, como las dedicadas a ciertas oleaginosas, a la vainilla, etc.; a menos que se hubiera así estipulado, o que tal fuere el destino del fundo”⁶⁰.

Borda expresaba:

Así, por ejemplo, al usufructuario puede convenirle, sobre todo cuando está próximo a vencer su usufructo, sembrar varios años seguidos girasol; él obtendrá un mayor provecho, pero a costa del empobrecimiento de la tierra, que perjudicará gravemente al propietario cuando la recupere. La ley prohíbe con razón, esta manera de usufructuar la cosa. Y si el usufructuario lo hace, es responsable de los daños y perjuicios.⁶¹

Los ejemplos citados, son más que elocuentes y deberíamos interpretarlos en clave ambiental, ya que en la actualidad no puede desconocerse que este derecho impacta en el ordenamiento civil. Como prueba de ello el

60. Lafaille, t. IV, ob. cit., p. 142; Salvat por su parte puntualizaba que el usufructuario no podría destinar un terreno de labranza a hornos de ladrillo. Señalando: “Los terrenos que se dedican a hornos de ladrillos sufren una alteración tan grande y quedan tan desmejorados, que su valor en el futuro resulta considerablemente mermado”. Salvat, t. III, ob. cit., p. 338.

61. Borda, t. II, ob. cit., p. 32; En igual línea, Mariani de Vidal, señala: “Los derechos del usufructo, deben ser ejercidos racionalmente, es decir, como si se actuara en la propia cosa. De ahí que, conforme la letra del art. 2879, última parte, al usufructuario le está vedada la posibilidad de extraer un provecho que, por su envergadura, tenga aptitud de comprometer la “fuerza productiva” de la cosa, con daño a sus propios intereses, ya que “los emolumentos de su derecho” podrían verse en el futuro mermados, y, por cierto, con perjuicio al nudo propietario quien, al término del usufructo, podría ver seriamente afectada la “sustancia” de aquella. De esta manera, el usufructuario está obligado, por ejemplo, a rotar los cultivos, dejando descansar las tierras a fin de que no se vuelvan infértiles por agotamiento”. Marina Mariani de Vidal, en Alberto J. Bueres (Dir.) y Elena I. Highton (Coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 5, Hammurabi José Luis Depalma editor, 1997, p. 989.

CCyC –acorde al mandato contenido en el art. 41 de la Constitución Nacional y a través del paradigma de la “constitucionalización del derecho privado”– reconoce y protege al ambiente en tanto bien de naturaleza colectiva (arts. 14, 240, 241, 1094, 2078 del CCyC).

Así, el derecho ambiental incide en los derechos reales, desde que ambas clases de derechos deben coexistir en armonía. En este sentido, creemos ventajoso expresar que existirá “uso abusivo” del usufructo, cuando el usufructuario incumpla la “faz ambiental” imperante en su derecho, aun cuando ello no derive en la alteración de la sustancia del objeto sobre el cual recae el usufructo. Pensamos en el usufructuario que en aras de obtener una mayor rentabilidad (cualquiera sea la causa) no realiza la rotación de tierras requerida por la actividad productiva que desarrolla. En este supuesto, agotara la tierra, constituyendo un ejercicio abusivo del usufructo por incumplimiento de la “faz ambiental”, aun cuando no altere la sustancia del recurso, como sería el caso en que disminuyera la capacidad productiva de la tierra sin que se llegue al límite de atentar contra el destino de aquellas.⁶²

62. Brindamos otro ejemplo, el usufructo de montes o bosques. Al respecto Sancho Rebullida manifestaba: “...en esta materia no solo se contraponen, o puede contraponerse, los intereses del nudo propietario y del usufructuario –cuestión de suyo difícil cuando hay incertidumbre sobre la sustancia de la cosa usufructuada– sino que, como en casi todas las cuestiones del Derecho agrario, entran en juego otros intereses que no pueden confundirse con ninguno de aquellos: los intereses comunes o estatales; la ley tendrá que atender no solo a los perjuicios que al nudo propietario pueda causar el abuso del derecho del usufructuario, sino también a los perjuicios que al interés colectivo del Estado pueda ocasionarle, independientemente de aquellos; y al establecer cautelas que eviten estas dos especies de perjuicios deberá procurar que las mismas no lleguen a vaciar de contenido al derecho del usufructuario; finalmente, deberá evitar que con las cautelas preventivas de daños para el nudo propietario se causen otros quizá mayores –por acción o por omisión– a los intereses públicos y viceversa. Estas tres esferas de intereses distintos y en ocasiones contrapuestos, exigen un difícil equilibrio legal que haga compatible el más amplio posible goce del usufructuario con la indemnidad del nudo propietario y con el mayor progreso posible de la producción forestal y de los fines económicos generales de los bosques”. El párrafo citado apoya nuestra tesis que abona la existencia de una faz tanto social como ambiental en el derecho real de usufructo. Con más razón, en este caso particular creemos que el usufructo se puede extinguir tanto por contrarias aquellas fases (articulando el mentado “uso abusivo”) como por la alteración de la sustancia del bosque. Sobre la actuación práctica del usufructuario para conservar la sustancia de un monte, Sancho Rebullida, expresa: “(...) respecto de los montes tallares con facultad natural germinativa, en realizar la tala de forma que no

Luego de repasar la relación entre “uso abusivo” y “alteración de la sustancia”, en otro orden de ideas, nos preguntamos si esta última, tiene que ser provocada por la conducta del usufructuario o si puede provenir por alteración sobreviniente que no haga a la cosa apta para llevar adelante con su destino. Sobre el punto, creemos que solo constituye causal de extinción la alteración de la sustancia provocada por el usufructuario, operando la extinción del derecho como sanción ante su conducta culposa o dolosa.

Más, en los casos que sobrevenga la alteración de la sustancia de forma ajena a la actividad del usufructuario, estaríamos en un supuesto de “flexibilidad” del deber de conservación, tal como hemos expuesto en el apartado anterior.

Por último, la operatividad de la causal queda sujeta a la comprobación judicial. Cabe remarcar que la exigencia es respecto de todo “uso abusivo” y no solo de la alteración de la sustancia, como podría desprenderse de la lectura rápida del art. 2152 inc. “d” del CCyC.

XI. Conclusiones

Para una comprensión precisa del camino que hemos realizado, enumeramos las conclusiones arribadas en el estudio:

1. La “sustancia” del objeto gravado con usufructo es un concepto jurídico “indeterminado” que el juez deberá “determinar” en el caso concreto (teniendo presente las pruebas que se arrimen al proceso) a los efectos de decidir sobre la existencia o no de la “alteración” de la misma.
2. Los juristas que manifiestan seguir una noción filosófica de sustancia, lo hacen desde una corriente determinada, el “idealismo” y los que elaboran la noción “jurídica” de sustancia lo hacen desde el “nominalismo”.
3. La elección del “nominalismo” a la hora de delimitar el significado de la palabra sustancia, evita el problema que acarrea el método para conocer las “esencias”. Como las “esencias” no son demostrables, sostener que la palabra “sustancia” remite a las “esencias” imposibilitaría

muera la planta y pueda reproducirse, y en los maderables que carezcan de aptitud natural reproductiva, en sustituir los pies abatidos por nueva semilla o planta”. Francisco de A. Sancho Rebullida, *Usufructo de montes*, Bosch, Barcelona, 1960, p. 77.

la comprobación judicial que exige el art. 2152 inc. “d” del CCyC. En cambio, el nominalismo allana el camino, desde que la prueba apuntara a demostrar que, en el entendimiento común, el objeto ha sido modificado de forma tal que ya no puede designarse con el nombre convencionalmente aceptado por la sociedad.

4. La sustancia en términos “nominalistas” es compatible con el espíritu del CCyC, desde que su método brinda mayor confianza (en comparación con el “esencialismo”) a los efectos de brindar un entendimiento común de la noción de sustancia por parte de los sujetos de una comunidad.

5. No creemos en la existencia de “la” sustancia de las cosas, entendido el concepto en términos “idealistas” sino que existe una palabra “sustancia” que es utilizada por una comunidad de hablantes para designar los aspectos relevantes de determinado objeto.

6. La palabra “sustancia” es un “constructo” elaborado por el lenguaje que explicita el “juicio de relevancia” llevado a cabo por los sujetos de una determinada comunidad para marcar los límites de la realidad física.

7. Alterar la sustancia de la cosa dada en usufructo, no equivale a modificar su “esencia”. La sustancia se considera alterada cuando la cosa sufre “nominalmente” un cambio de manera tal que en el entendimiento colectivo los individuos no puedan nombrarla bajo la palabra que socialmente se le ha asignado para identificarla. Este cambio “nominal” provendrá de lo que la comunidad entienda por “materia”, “forma” y “destino” de la cosa –cuando este último no ha sido impuesto por el propietario– y por “menoscabo” cuando se trata de un derecho.

8. La sustancia de las cosas es un “constructo complejo” elaborado por el lenguaje que se compone de otros constructos, denominados “materia, “forma” y “destino” a los cuales denominamos “constructos inferiores”.

9. La materia se determina por la forma y está por el destino del objeto, el cual en algunos casos es impuesto por el propietario y en otros por la sociedad.

10. Llamamos materia a la realidad física que es susceptible de ser conocida por los sujetos de forma empírica a través de sus sentidos.

11. La materia se modifica cuando se extrae una porción material del objeto que no es susceptible de renovarse.

12. La sustancia y la forma no son conceptos distintos, desde que el CCyC entiende que esta última forma parte de aquella.
13. La “forma substancial” de las cosas es el conjunto de sus características (aspectos relevantes del objeto para una sociedad cognoscibles por ella a través de los sentidos y por la experiencia de sus integrantes) que hacen que el hombre les asigne un “nombre” y las agrupe en alguna clasificación aprobada por convención social con motivo de la utilidad que esta brinda. Así, alterar la sustancia de la cosa será modificarla de tal manera que ya ella no pueda ser ubicada en la categoría que le asiste.
14. El usufructuario debe respetar la “forma substancial” del objeto, más no los accidentes del mismo.
15. La sustancia de los derechos encierra un concepto que no puede ser abarcado desde el “idealismo” ya que es necesariamente “jurídica” aquella noción.
16. La sustancia de los derechos es un “constructo” cuya alteración implica deteriorar al derecho gravado con usufructo. Este deterioro se produce como consecuencia de la realización de actos que disminuyen el valor y la aptitud del derecho para generar ganancia.
17. El deber de conservar la sustancia no es una regla “rígida”, ella se encuentra limitada por los derechos del usufructuario y por los intereses socio-ambientales.
18. La “flexibilidad” del deber de conservar la sustancia se encuentra limitada por los derechos del nudo propietario y por los intereses socio-ambientales.
19. El art. 2152 inc. “d” del CCyC contiene tan solo una causal de extinción del usufructo, el “uso abusivo”.
20. El “uso abusivo” es un género al cual pertenece la alteración de la sustancia en calidad de especie. Así, toda alteración de la sustancia es un supuesto de “uso abusivo”, más no todo “uso abusivo” implica la primera.
21. Constituyen supuestos de “uso abusivo” del usufructo la inobservancia por parte del usufructuario de la faz social y ambiental, instas en su derecho.
22. La comprobación judicial se exige para el “uso abusivo” en tanto género y no queda únicamente reservada al ámbito de la alteración de la sustancia.

Bibliografía

- Allende, Guillermo L., *Tratado de las servidumbres*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
- Aztiria, Enrique, *Usufructo de acciones de Sociedades Anónimas*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956.
- Bibiloni, Juan A., *Anteproyecto de Reformas al Código Civil argentino*. Presentado a la Comisión encargada de redactarlo (derechos reales), t. III, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1930.
- Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Derechos reales*, 2ª ed., actualizada y ampliada, t. II, Perrot, Buenos Aires, 1978.
- Borrell, Maciá Antonio, “Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo” en *Revista de Derecho Privado*, v. 33, enero-diciembre. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949, pp. 1061-1086.
- Compagnucci de Caso Rubén H., “La relación jurídica y los derechos sobre derechos”, LL2014-D, 1018.
- Cossari, Nelson G.A. en J.H. Alterini, (Dir. General), N.G.A Cossari. (Dir. del Tomo), I.E. Alterini (Coord.) *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético. Derechos reales*, tomo X, La Ley, Buenos Aires, 2015.
- De Dalmases y Jordana, Joaquín, *El usufructo de derechos (inclusive, de títulos-valores)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932.
- Demolombe, Charles, *Traité de la Distinction des biens*, Durand & Pedone Lauriel-Hachette, Paris, 1880.
- Ferrater Mora, J., *Diccionario de filosofía*, nueva edición revisada, aumentada y actualizada por el profesor Josep-María Terricabras, tomo IV [Q-Z], Círculo de Lectores, Barcelona, 1994.
- García Valdecasas, Alfonso, “La idea de sustancia en el Código civil”, en *Revista de Derecho Privado*, t. XXXV (enero-diciembre), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, pp. 881-891.
- Guibourg, Ricardo A., “¿Qué son los derechos constitucionales?” en J.C. Rivera (h) (Dir.) *et al. Tratado de los derechos constitucionales*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, pp. 52-80.
- *Colección de análisis jurisprudencial. Teoría general del derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- *Pensar en las normas*, Eudeba, Buenos Aires, 1999.

- *Saber derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013.
- Guibourg, Ricardo A., Alejandro A. Ghigliani y Ricardo V. Guarinoni, *Introducción al conocimiento científico*, Eudeba, Buenos Aires, 1991.
- Lafaille, Héctor, *Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales*, 2ª ed. actualizada y ampliada por Jorge H. Alterini, t. IV, La Ley-Ediar, Buenos Aires, 2010.
- Llambías, Jorge J., *Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina*, Universidad Nacional de Tucumán. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Tucumán, 1968.
- Llerena, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino*, 3ª ed. notablemente aumentada, tomo octavo, Librería y Editorial La Facultad, Buenos Aires, 1931.
- Machado, José O., *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*, t. VII, Lajouane, Buenos Aires, 1898.
- Manresa y Navarro, José M., *Comentarios al Código Civil Español*, con la colaboración de varios juriconsultos y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas, t. IV, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1905.
- Mariani de Vidal Marina, en Alberto J. Bueres (Dir.) y Elena I. Highton (Coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 5, Hammurabi José Luis Depalma editor, Buenos Aires, 1997, pp. 898-1.091.
- Marín García de Leonardo, Teresa, “Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLII, fasc. III, julio-septiembre 1989, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1989, pp. 813-868.
- Musto, Néstor J. *Derechos reales*, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 2000.
- Papaño, Ricardo J., Claudio M. Kiper, Gregorio A. Dillon y Jorge R. Causse, *Derecho civil. Derechos reales*, 2ª edición actualizada y ampliada, t. 2, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2004.
- Pepe, Marcelo A., “Usufructo de fondo de comercio” en R.A. Lamber (Dir.) *Usufructo. Aplicaciones civiles y comerciales*, Heliasta, Buenos Aires, 2011, pp. 183-288.
- Pérez, Pejic Gonzalo en M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Título Preliminar y Libro Primero, t. 1, Infojus, Buenos Aires, 2015, pp. 360-428.

- “El ‘ejercicio regular’ del usufructo y su ‘uso abusivo’. Estudio socioambiental desde el Código Civil y Comercial Unificado”, IJ Editores, *Revista Jurídica de Daños*, N° 11, abril 2015, Cita: IJ-LXXVII-707.
 - “El ‘uso abusivo’ como medio especial de extinción del usufructo en el Código Civil y Comercial”, *Revista En Letra*, año II, número 4, agosto 2015, tomo I-Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, pp. 127-182.
- Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, Quinta edición, actualizada con textos de doctrina legislación y jurisprudencia por Manuel J. Argañarás, t. III, TEA, Buenos Aires, 1959.
- Sancho Rebullida, Francisco de A., *Usufructo de montes*, Bosch, Barcelona, 1960.
- Segovia, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina su explicación y crítica bajo la forma de notas*, tomo segundo, Librería y Editorial La Facultad, Buenos Aires, 1933.
- Venezian, Giacomo, *Usufructo, uso y habitación*, anotada con arreglo a las legislaciones españolas y americanas por José Castan Tobeñas, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado Serie B Vol. VII, Librería General de Victoriano Suarez, Madrid, 1928.
- Villavicencio, Francisco F., “Salva rerum substantia en el usufructo propio”, *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXXV (enero-diciembre 1951), número 408, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, pp. 189-206.
- Wolff, Martín en Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martín Wolff, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas*, octava revisión, traducción de la 32ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencias españolas por Blas Pérez González y José Alguer, tercer tomo, volumen segundo, Bosch, Buenos Aires, 1948.

Autodeterminaciones posibles: a propósito de los conflictos en Escocia, Cataluña y Euskadi

*Emiliano Martin Bursese**

Resumen

En este artículo nos proponemos reflexionar, a partir del derecho internacional y las relaciones internacionales, sobre los denominados *derechos autodeterminativos*, es decir, sobre la relación, el contenido y el alcance de las diversas formas en que podrá manifestarse cualquier demanda de *reconocimiento* de un colectivo humano dentro de la comunidad internacional, a través de lo que se ha dado en llamar el derecho a la libre determinación de los pueblos. El eje central del ensayo girará sobre las posibles legitimaciones políticas y jurídicas en espacios soberanos concretos, analizando para ello los conflictos de reconocimiento producidos en Escocia, Catalunya y Euskal Herria, con la idea de intentar alejarnos de conceptos y realidades pensadas, formuladas y practicadas en contextos sociales, políticos y jurídicos de siglos pasados, y tender a situarnos en nuevas realidades (o *realidades contemporáneas*), en pos de la resolución pacífica, democrática y cooperada de los mismos.

Palabras clave: Escocia, Cataluña, Euskadi, secesión, autodeterminación, integridad territorial, derecho internacional, relaciones internacionales, democracia.

Possible self-determinations: about conflicts in Scotland, Catalonia and the Basque Country

* Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Magister en Relaciones Internacionales por la Facultad de Derecho (UBA). Realizó estudios de posgrado en Brasil y España. Docente invitado de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho (UBA) y la Universidad Abierta Interamericana (UAI); emilianobursese@hotmail.com.

Abstract

By taking into account both International Law and International Relationships, this article proposes to think about certain aspects about self-determination rights, i.e., about the relationship, content and reach of all various forms in which any demand regarding acknowledgement or recognition made by a group of people in the international community can be manifested. The main argumentative line of the article will consider possible political and legal legislations regarding independent, sovereign states. To do so, the cases of recognition conflicts analyzed in the article, are the ones that took place in Scotland, Catalonia and the Basque Country, attempting not to be led by concepts and realities that were thought, formulated and practiced in past social, political and legal contexts, but to pay more attention to new or contemporary realities, seeking the peaceful, democratic and cooperative resolution of these conflicts.

Keywords: Scotland, Catalonia, Basque Country, secession, self-determination, territorial integrity, international right, international relations, democracy.

I. Introducción

Nuevos escalones en los derechos autodeterminativos se siguen produciendo en distintas partes del mundo a partir de convocatorias a referéndums independentistas y demandas de mayor autogobierno. Escocia, Cataluña, Euskadi, Irlanda, Córcega, Puerto Rico, Quebec, Flandes, Nueva Caledonia y un sinfín de etcéteras son poderosos llamados de atención en un mundo falto de certezas y carente de proyectos colectivos que cobijen diferencias, enamoren y despierten lealtades persistentes en sus ciudadanos. Son, contrariamente a lo que se alega, requerimientos participativos y etnoidentitarios *irresueltos*, que, lejos de disminuir, aumentarán en un futuro próximo.

Lo que nos proponemos escuetamente es analizar estas complejas reivindicaciones autodeterminativas desde una visión jurídico-política, pero que no solo se quede allí, sino que intente explicar en mayor medida estos “conflictos de reconocimiento”, concepto que se entenderá como resultante de una variedad muy extendida de conflicto político en la comunidad internacional de nuestros días producido entre (al menos) dos actores en la

relación conflictual dada: uno que controla un Estado autodefinido como “Estado Nación” siguiendo a la literatura de derecho clásica, y otro que podrá reivindicar (o no) su carácter nacional y que exigirá sobre el mismo un determinado reconocimiento, debiéndose vincular, por consiguiente, ese derecho con la explicación social y política de una época bajo un interés práctico de emancipación. Este escenario, que parece ser un contexto complejo y de suma cero o suma negativa, que no concibe las nuevas realidades mundiales y que persiste en dejarnos en tiempos anclados y uniformes (no distintos) a los actuales, requerirá vincularnos a posiciones imaginativas (no solo legítimas sino también legales) que al mismo tiempo reaseguren soluciones beneficiosas para los intereses nacionales de ambas partes. Por ello, cabrá preguntarse: ¿Qué podemos esperar de este contexto de complejidades de reconocimiento? Y lo que es más difícil, ¿qué podemos aportarle desde aquí al mismo?

Para ir respondiendo a estos interrogantes, tendremos que animarnos –no sin dificultades, no sin polémicas– a alejarnos de conceptos y realidades pensadas, formuladas y practicadas en contextos sociales, políticos y jurídicos de siglos pasados y, al mismo tiempo, tender a situarnos en realidades de pleno siglo XXI (o realidades contemporáneas). En definitiva, (intentar) colocarnos en niveles superiores (complejos), actuales (emancipadores) y alternativos (propositivos) respecto a concepciones jurídico-políticas pensadas, profesadas, arraigadas y desenvueltas progresivamente en los siglos anteriores, lo cual desde ya presenta tremendas dificultades. Si somos idóneos en brindar marcos capaces de imponerse como base fundamental de legitimación política en espacios soberanos concretos, que supongan retos a las bases mínimas en que se sostiene el Estado Nación clásico, ajustado a procesos más estrechos y menos plurales que los que se avecinan y observan en nuestros días, cumpliremos el cometido (controvertido) al que nos dirigimos.

II. Del principio de las nacionalidades al derecho de libre determinación de los pueblos

Si bien las primeras reflexiones formales y documentadas sobre el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos como tal surgen en el seno del pensamiento marxista a partir del Congreso de la II Internacional de 1896, no se puede entender lo que ha sido históricamente el mismo y, en ese

sentido, referenciar inicialmente este trabajo, sin hacer mención al famoso *principio de las nacionalidades*, precepto que iba a tener una poderosa influencia en la política europea del siglo XIX y principios del siglo XX. El mismo venía a significar esencialmente que toda nacionalidad, en el sentido cultural del término, tenía derecho a la creación de su propio Estado independiente. Fue la doctrina internacionalista italiana con la influencia de la visión rousseauiana francesa y la concepción romántica cultural alemana a través de Mancini quien opuso al concepto de Estado artificialmente constituido, el de Estado nacional (entidad para él no ya artificial, sino natural), sobre la base de que cada nación posee el derecho a constituirse en un Estado e invirtiendo así el orden establecido hasta entonces, según el cual era precisamente el Estado el que daba lugar a la nación.¹

La noción principal de los nacionalismos románticos derivaba de la idea de soberanía absoluta de la Revolución Francesa, la cual trajo consigo una alteración esencial de la comunidad internacional al convertir al *pueblo* en el titular del poder político y la soberanía, y no al monarca, como hasta entonces. Es por eso que también hemos de referenciar nuestro trabajo, siguiendo a Pinto, en que la independencia de las colonias británicas en América del Norte y la Revolución Francesa impusieron también un rudimento que insinuará un derecho de los pueblos a disponer de sí mismos, avanzando en la noción de libertades públicas que servirán de base a la de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX.² Estos principios de democracia y derechos humanos aludidos tuvieron un amplísimo alcance, ya que fueron proclamados “de validez universal”, siendo que además la noción en cuestión derivará de la idea de que la nación forma y moldea la cultura, un modo de vida particular y las instituciones sociales más importantes de una determinada comunidad humana.

Siguiendo este breve desarrollo histórico la II Internacional formuló el derecho como “el derecho de todas las naciones a disponer de sí mismas”. Esta definición, que no diferenciaba los conceptos de *autonomía* y de *autodeterminación*, será interpretada de dos maneras contrapuestas. Mientras

1. Pasquale Stanislao Mancini, *Sobre la nacionalidad*, Edición de Antonio Perez Luño, Tecnos, Madrid, 1985, p. 37.

2. Mónica Pinto, *El Derecho Internacional: vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2a ed., 2008, p. 18.

que el Congreso de Brünn de 1899 reivindicó la autonomía, distinguiéndola claramente de la autodeterminación, el Partido Social Demócrata Bolchevique de Lenin lo reasumió en 1903 de un modo evidentemente pragmático a las realidades de las diferentes nacionalidades rusas: la defensa del derecho de autodeterminación de todos los pueblos del Imperio. Tras la Revolución de Octubre, el Consejo de los Comisarios del Pueblo proclamó solemnemente en enero de 1918 este derecho, el cual, al fusionarse con la denominada lucha antiimperialista, se convirtió en 1919 en elemento de base de la III Internacional Comunista. Pero, aunque la ex Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), nacida en el año 1922, declaró que la unión de las repúblicas era voluntaria y basada en el derecho de autodeterminación, en la práctica, sin embargo, la vía a la independencia o a una autodeterminación amplia y efectiva quedó bloqueada, y fue sustituida por una autonomía lingüístico-cultural.

Por otro lado, casi al mismo tiempo y de la mano del presidente norteamericano Woodrow Wilson, este principio va a transformarse también a partir de 1914 en el término con el que hoy se utiliza (enunciado en los Catorce Puntos para la Paz como “el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos”), dejándose sentir sus efectos, aunque en forma parcial y limitada en los Tratados de Paz de Versalles que pusieron fin a la Gran Guerra. En su discurso dirigido al Congreso de los Estados Unidos el 11 de febrero de 1918, Wilson reconocía expresamente el derecho, diciendo que, “(...) las aspiraciones nacionales deben ser respetadas; ahora, los pueblos solo pueden ser dominados y gobernados con su consentimiento. La autodeterminación no es una mera frase. Es un principio imperativo de acción que los gobernantes lo ignorarán en adelante a su cuenta y riesgo”.

Lo cierto es que a pesar del apoyo explícito del presidente de los Estados Unidos a la conformación de la primera Organización Internacional general de carácter universal que será la *Sociedad o Liga de las Naciones* (SN) en 1919, y a pesar de la presencia del concepto de nacionalidad incólume en ella, el texto de su tratado constitutivo no efectuará ningún reconocimiento del derecho. En cambio, aparecerá especificado el respecto a la conservación, unidad e integridad territorial de los Estados, uno de los más importantes frenos con los que ha contado el ejercicio del derecho a la autodeterminación. Dispuesto en el artículo 10 del Pacto, se estipuló que “los Miembros de la Sociedad se comprometen a respetar y a mantener en contra toda agresión exterior a la integridad territorial y a la independencia política

presente de todos los Miembros de la Sociedad”. A ello hay que agregar su manifiesta referencia a toda “agresión exterior” contenida en el propio articulado, aunque la práctica posterior y reiterada de los propios Estados ha llevado a abarcar igualmente la protección de su integridad contra todo ataque proveniente también del interior del Estado, es decir, como dice Gómez Isa, “contra cualquier tentación de tipo secesionista”³.

Sin perjuicio de los Tratados de Paz, como hemos expresado el Pacto de la Sociedad de las Naciones no reconoce en su texto la autodeterminación, aunque sí serán reconocidos en alguna manifestación de sus órganos respectivos. En primer lugar, el sistema de mandatos que se recoge en el artículo 22 del Pacto supone, en palabras de Crawford, “un reconocimiento implícito importante de los intereses de los habitantes de un territorio y, a largo plazo, de su derecho de autogobierno”⁴. El sistema de mandatos, aunque muy limitado en atención a que solo resultará de la aplicación a las colonias de los Estados vencidos en la Primera Guerra Mundial, reconoció la legitimidad de los intereses y de la voluntad de determinados pueblos que hasta entonces habían estado plenamente sometidos a dominación colonial.

Por eso dichos pueblos iban a quedar bajo la tutela de determinadas naciones desarrolladas (desde ya, naciones “vencedoras”), que ejercerían dicha tutela en calidad de mandatarias y en nombre de la SN, conforme lo prescripto en el artículo 22.2 del Pacto. Este sistema, más allá de lo anacrónico de sus concepciones a la vista actual, supuso un notable avance en relación con el sistema colonial del siglo XIX, en el que prácticamente no existía ningún tipo de limitación para las potencias coloniales. De todas formas, la mentalidad de dominación y paternalismo de los países europeos vencedores estaba todavía lejos de ser superada, y esa concepción se evidencia en lo mencionado en el propio artículo 22 antes citado, el cual establece el sistema de mandatos y hace referencia a “(...) pueblos aún no capacitados

3. Felipe Gómez Isa, “El derecho de autodeterminación en el derecho internacional contemporáneo”, en Xabier Etxeberria Mauleon, Felipe Gómez Isa, Eduardo Javier Ruiz Vieyetz, Trinidad Vicente Torrado e Imanol Zubero Beaskoetxea, *Derecho de autodeterminación y realidad vasca*, Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social. Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2002, p. 301.

4. James Crawford. “The Right of Self-Determination in International Law: Its Development and Future”, en P. Alston, (ed.), *Peoples rights*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 67.

para dirigirse a sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del Mundo moderno (...). Todavía las potencias europeas no estaban dispuestas a extraer todas las consecuencias que una aplicación cabal del principio de autodeterminación hubiera podido tener, encontrándose dichas naciones ancladas aún en la clásica distinción entre pueblos civilizados y pueblos no civilizados. Aquí encontraremos uno de los rasgos más característicos del derecho de autodeterminación que estará dado por su aplicación oportunista por parte de las grandes potencias de la época, rasgo este que seguirá subsistiendo hasta nuestros días. Por eso, el derecho como tal fue olvidado completamente cuando comenzó a entrar en colisión con tratados de índole secreta, intereses económicos o argumentos estratégicos que beneficiarían a los Estados vencedores de la guerra, y fue rechazado por tanto en su aplicación para las minorías nacionales de las potencias victoriosas y de los Estados neutrales.

Desde una óptica constitucional y contraria a su aplicación amplia, aunque de gran interés para este desarrollo, De Blas Guerrero recuerda que la SN “consagró dos principios, en buena parte contradictorios con las ideas de los Aliados sobre el tema en el momento de aplicación de los Tratados de Paz”⁵. El primero fue un principio general que consagró que corresponde al Estado afectado por tensiones de signo desintegrador aceptar o no la conveniencia de la autodeterminación y, el segundo, que este principio general solamente se podía quebrar, y de esto resultaba la justificación necesaria para los Tratados de Paz, en los momentos de formación o descomposición de un Estado, en que la comunidad internacional podía decidir por sí misma sobre la conveniencia de la autodeterminación. En ese sentido, la opinión del Comité Internacional de Juristas de la SN a propósito del contencioso de las Islas Aaland, entre Suecia y Finlandia, es rotunda al mencionar que “(...) nada puede la voluntad de sus habitantes y de Suecia a favor de la unificación, porque ello supondría lesionar los intereses de un Estado soberano, Finlandia, en cuyo territorio esas Islas se encontraban integradas”. A esos fines, tal Comité expresó elocuentemente en esa época (1920) que “(...) aunque el principio de que los pueblos deban poder disponer de sí mismos ocupe un lugar importante en el pensamiento

5. Andrés De Blas Guerrero, *Nacionalismo e ideologías políticas contemporáneas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1984, p. 68.

político moderno, sobre todo después de la guerra mundial, conviene hacer notar que no se encuentra inscrito en el Pacto de la Sociedad de las Naciones. Y la consagración de este principio en cierto número de tratados internacionales no basta para que sea considerado como una de las reglas positivas del Derecho de Gentes”⁶.

Otra manifestación del principio de autodeterminación en el periodo de entreguerras fue el reconocimiento en determinados Tratados de Paz de ciertos derechos hacia las minorías nacionales, minorías estas a las que no se estaba en disposición e interés de aceptar sus demandas de *autodeterminación externa*, esto es, sus pretensiones de máxima de crear su propio Estado independiente. Más allá de ello, y examinando en perspectiva histórica, este naciente e incipiente sistema de protección de los derechos de las minorías nacionales, a pesar de sus limitaciones evidentes, constituyó un notable paso hacia adelante en el reconocimiento y garantía de determinadas especificidades culturales, étnicas, lingüísticas y religiosas de ciertas minorías, lo que supone una de las dimensiones de la autodeterminación, dada por la visión al interior de los territorios donde se asentaban dichas minorías (*autodeterminación interna*). No debemos olvidar que posteriormente, ni la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) del año 1945 –documento de la Organización Internacional de vocación universal que sustituyó a la SN–, ni la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948, efectuaron una sola mención a los derechos de las minorías nacionales, lo que viene a subrayar aún más la importancia histórica del sistema de protección de las minorías instaurado durante la SN.⁷

6. League of Nations, Official Journal, Special supplement N° 3, octubre de 1920, p. 3-19.

7. Es de recordar a esos efectos que cinco Estados en ese periodo concluyeron tratados para la protección de minorías raciales, lingüísticas y religiosas con potencias aliadas y asociadas, entre ellos: Polonia (Versalles, 1919); Checoslovaquia y Yugoslavia (St. Germain-en-Laye, 1919); Hungría (Trianon, 1920) y Grecia (Sevres, 1920), mientras cuatro tratados de paz generales incluyeron cláusulas sobre derechos minoritarios: con Austria (St. Germain-en-Laye, 1919), Bulgaria (Neuilly, 1919), Hungría (Trianon, 1920) y Turquía (Lausanne, 1923), mientras otros cinco Estados asumieron obligaciones relativas a la protección de las minorías en declaraciones hechas ante el Consejo de la Sociedad de las Naciones: Albania (1921), Lituania (1922), Letonia (1923), Estonia (1923) e Irak (1923).

Como veremos, el derecho a la autodeterminación se fue ampliando de una manera muy limitada, condicionado siempre por los intereses de todo tipo que requerían las Grandes Potencias, hasta que consiguió encontrarse en el centro del debate político una vez más al finalizar la Segunda Guerra Mundial, cuando los Estados europeos atendieron la necesidad de poner freno al flagelo de la guerra y establecer condiciones perdurables para la paz, naciendo de esta forma la ONU (Conferencia de San Francisco). Antes de ello, en la Carta del Atlántico del 14 de agosto de 1941 –documento, como sabemos, firmado por el presidente de Estados Unidos, Franklin Roosevelt, y el primer ministro del Reino Unido, Winston Churchill–, se señalaron ciertos principios comunes a ambas políticas nacionales entre los que se destacan por ejemplo la decisión de no buscar incrementos ni cambios territoriales que no se correspondan con los deseos del pueblo respectivo o la autodeterminación al interior de los Estados.

A diferencia del Pacto de la SN, donde hemos visto la falta de mención alguna a la autodeterminación en su Tratado constitutivo, la Carta de la ONU contiene expresamente algunas referencias de carácter manifiesto a este principio, aunque con un alcance impreciso y difícil de determinar. En efecto, ya desde el importante artículo 1 de la Carta, el cual establece los propósitos de la nueva Organización, menciona en su párrafo 2º el fomento entre las naciones de relaciones de amistad “basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos”. A su vez, el artículo 55 del mismo, en el marco del Capítulo IX referido a la cooperación internacional económica y social, nuevamente menciona la necesidad de relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones “basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos (...)”. Finalmente, la ONU también va a tratar en sus objetivos de avanzar por la senda de poner fin al colonialismo, aunque esta será una cuestión que no abordará hasta los inicios de la década de 1960, cuando el principio de la autodeterminación adopte una nueva fisonomía y entre en su segundo ciclo histórico de desarrollo (la llamada “descolonización”), cuestiones ellas que abordaremos seguidamente. En el orden descripto, la Carta de la ONU introduce un nuevo peldaño en las relaciones de las metrópolis con los territorios coloniales al adoptar en su Capítulo XII el denominado Régimen Internacional de Administración Fiduciaria, con su órgano principal, el Consejo de Administración Fiduciaria. Este régimen va a suponer una nueva relación con los espacios

coloniales, relaciones estas que, en buena parte, van a estar basadas en el principio de autodeterminación.⁸

De todas formas, hemos de reconocer que, del tenor literal de los artículos de la Carta citados anteriormente, sumado al hecho de los intereses evidentes de las Grandes Potencias, el principio de autodeterminación será de alcance impreciso y puramente programático, limitándose exclusivamente a aquellos territorios coloniales –inicialmente once– que se iban a enmarcar bajo el Régimen Fiduciario, hoy en desuso en atención a la culminación de su misión y a la espera de ser reformulado.⁹ Dicho régimen, en

8. Tal como estipula el artículo 76 de la Carta, los objetivos de ese régimen internacional –de conformidad con los propósitos consignados en el artículo 1 que recordemos hace mención expresa al principio de autodeterminación de los pueblos–, estarán representados por la promoción del “*adelanto político, económico, social y educativo de los habitantes de los territorios fideicomitidos, y su desarrollo progresivo hacia el gobierno propio o la independencia, teniéndose en cuenta (...) los deseos libremente expresados de los pueblos interesados(...)*”. A simple vista, este régimen de administración supondrá un nuevo paso hacia el autogobierno y/o independencia de los pueblos sometidos al mismo, marcha esta última que en todo momento va a reposar implícitamente en el principio de la libre determinación.

9. A modo únicamente descriptivo, entre los once iniciales territorios fideicomitidos que han alcanzado la libre determinación encontramos por administración y fecha a: 1) Togo (bajo administración británica), el cual en 1957 se unió a Costa de Oro (Colonia y Protectorado), Territorio no autónomo administrado por el Reino Unido, para formar Ghana; 2) Somalia (bajo administración italiana), que en 1960 se unió con el Protectorado británico de Somalia para formar Somalia; 3) Togo (bajo administración francesa), que se convirtió en Estado independiente con el nombre de Togo en 1960; 4) Camerún (bajo administración francesa), que se convirtió en Estado independiente con el nombre de Camerún en 1960; 5) Camerún (bajo administración británica), donde el territorio del norte se unió a Nigeria y el territorio del sur se unió a Camerún en 1961; 6) Tanganyika (bajo administración británica), que alcanzó la independencia en 1961 (en 1964, Tanganyika y el antiguo Protectorado de Zanzíbar, que había alcanzado independencia en 1963, se unieron en un Estado único con el nombre de República Unida de Tanzania); 7) Ruanda-Urundi (bajo administración belga), que decidió mediante votación dividirse en dos Estados soberanos con el nombre de Rwanda y Burundi en 1962; 8) Samoa Occidental (bajo administración de Nueva Zelanda), que alcanzó la independencia con el nombre de Samoa en 1962; 9) Nauru (administrado por Australia en nombre de Australia, Nueva Zelanda y el Reino Unido), que alcanzó la independencia en 1968; 10) Nueva Guinea (administrado por Australia), la cual se unió al Territorio no autónomo de Papúa, también administrado por Australia, para formar el Estado independiente de Papúa Nueva Guinea en 1975; y 11) los Territorios en fideicomiso de las Islas del Pacífico (bajo la administración de los Estados

la actualidad, dio paso al tratamiento de estas situaciones conflictivas en el denominado Comité de Descolonización de la ONU, órgano nacido con el objeto de examinar la aplicación de la declaración sobre la descolonización, que observaremos, y formular recomendaciones sobre su aplicación.¹⁰ A pesar de las limitaciones descriptas al régimen de administración fiduciaria, lo cierto es que nos encontramos ante la primera vez que la autodeterminación aparece formulada en un tratado internacional de carácter universal, enmarcando en ese sentido un camino hacia la conversión de un subversivo postulado político a un estándar jurídico de conducta para los Estados, ya que la consolidación definitiva de la autodeterminación como derecho internacional vendrá de la mano del llamado “proceso de descolonización” que se inicia a comienzos de la década de 1960.¹¹

Unidos), entre los que encontramos a los Estados Federados de Micronesia, que alcanzaron un gobierno propio en asociación libre con los Estados Unidos en 1990, la República de las Islas Marshall, que alcanzó la plenitud del gobierno propio en asociación libre con los Estados Unidos en 1990, el Commonwealth de las Islas Marianas del Norte, que alcanzó gobierno propio como Commonwealth de los Estados Unidos en 1990 y Palau, que alcanzó gobierno propio en asociación libre con los Estados Unidos en 1994.

10. Como caracteres particulares, sabemos que el Comité de Descolonización se reúne anualmente, escucha las declaraciones de representantes y peticionarios nombrados y electos de los territorios, envía misiones y organiza seminarios sobre la situación política, social, económica y educacional de los territorios. Allí se encuentran en análisis dieciséis conflictos (Anguila, Bermudas, Gibraltar, Guam, Islas Caimán, Islas Malvinas, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de los Estados Unidos, Montserrat, Nueva Caledonia, Pitcairn, Sahara Occidental, Samoa Americana, Santa Elena y Tokelau) que, con sus particularidades propias y diferenciales, van a significar situaciones enmarcadas en gran medida en conflictos que van desde la discusión de soberanía entre Estados actualmente existentes (como los casos de las Islas Malvinas o Gibraltar, por ejemplo) hasta realidades de evidente conflicto y reconocimiento internacional en aplicación lisa y llana del principio de autodeterminación (como el caso del Sahara Occidental –la República Saharaui–, por ejemplo).

11. Algunos autores dividen al proceso de descolonización en tres fases, aunque a los efectos metodológicos de nuestro trabajo en nada modifican el criterio sustentado por nosotros de que la descolonización se ha iniciado o ha adquirido apogeo efectivo en la década de 1960, tras la Resolución N° 1.514 (XV). Dichas fases estarían circunscriptas a: 1°) los primeros pasos producidos entre los años 1945 y 1955, concentrados básicamente en el ámbito del Próximo Oriente y en la India; 2°) el apogeo de la descolonización efectivizado entre 1945 y 1975, dentro de cuyo marco se celebra la Conferencia de Bandung (Indonesia) que sienta los principios de unión de los pueblos del llamado “Tercer Mundo”,

La propia descolonización se legitimará por el fundamento político que conllevaba en sí misma la propia autodeterminación y en la necesidad de encontrar un concepto que justificase jurídica y políticamente el desmantelamiento de los que habían sido los Imperios Coloniales, en orden a los nuevos intereses de las dos superpotencias modernas de entonces, los Estados Unidos y la URSS. Recordemos que los Imperios Europeos venían de varias crisis que atacaban su anterior preponderancia debido en gran medida al elevado coste que les supuso las dos grandes guerras, así como la aparición de nuevas hegemonías que comenzaron a demandar un nuevo orden mundial y áreas de influencia, además de observarse una alteración sustancial de las relaciones metrópoli-colonia debido a la pérdida de credibilidad de las potencias europeas como modelo a seguir por las áreas colonizadas, un mayor desarrollo de la conciencia y resistencia de los pueblos colonizados, el surgimiento de movimientos de afirmación nacional claramente antioccidentales en su seno (como los movimientos asiáticos, el arabismo-islamismo, el de afirmación negra, el panislamismo o el panafricanismo, por ejemplo), hasta las distintas influencias de los pensamientos planteados por el mundo de la intelectualidad occidental, que empiezan a ver con malos ojos conceptos como el imperialismo, entre otras razones que podemos traer a colación aquí.

Por consiguiente, el inicio desde el punto de vista normativo se produce con la adopción de la Resolución N° 1.514 (XV) del 14 de diciembre de 1960, denominada “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales”, que tendrá por objetivo fundamental según su propio Preámbulo, el “fin del colonialismo en todas sus manifestaciones”. Es en el principio 2 de esta Declaración donde aparece en el derecho internacional la primera formulación expresa a la autodeterminación como un auténtico derecho, dejando de lado su hasta entonces formulación de mero principio –tal como ha de plasmarse en la propia Carta de la ONU–. En virtud del aludido principio 2 de esta Declaración, “(...) todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

en clara desvinculación con los dos grandes bloques del momento, los Estados Unidos y la URSS; y 3º) su última fase desde 1975 a 1996, de descolonización del África Austral, África Central y Oceanía.

La mayor parte de los autores del derecho internacional contemporáneo que han analizado esta resolución coinciden en dotarla de un *alcance restrictivo* en lo que concierne a la interpretación de la autodeterminación, circunscrito al ámbito de la descolonización –siendo casi excepcional una interpretación amplia del mismo–, a pesar de que la referencia a la fórmula de “todos los pueblos” allí incoada pareciera sugerir un alcance universal de dicho derecho. Incluso es preciso traer a colación a algunos autores clásicos de la materia como Verdross, los cuales consideraron el alcance de la disposición contenida en la Carta de la ONU como un reconocimiento simplemente formal del derecho a la autodeterminación, por cuanto no habría de contener explicación de lo que debe entenderse por pueblo ni habría de determinar las consecuencias jurídicas de este derecho.¹² Entre los argumentos de peso que no podemos dejar de observar latentes en la *interpretación restrictiva* de la autodeterminación encontramos, en primer lugar, la del contexto en el que fue adoptada la Declaración en cuestión, dominado por el inicio del referido proceso de descolonización, y el propio título y preámbulo de la declaración, que se refiere a la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, indicando claramente que el alcance de la autodeterminación allí referida se limita a los pueblos bajo dominación colonial. El otro argumento de peso, y en mayor medida el argumento central de los defensores de la argumentación restrictiva desde ese momento hasta nuestros días, es aquel que referencia la propia resolución al principio de integridad territorial de los Estados. En efecto, este principio, que no puede ponerse en cuestión por el ejercicio del derecho a la autodeterminación, fue acogido en el principio número 6 de la Resolución N° 1.514, y viene a decir que, “(...) todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”.

Lo cierto es que como bien recuerda De Obieta Chalbaud, incluso cuando el derecho a la autodeterminación se aplicaba a los pueblos sometidos a dominación colonial, una vez que estos adquirían la independencia territorial

12. Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid-España, 1980, p. 555. También Alix Aguirre Andrade, y Nelly Fernández Manasia, “Principios contemporáneos del Derecho Internacional en la Globalización”, en *Frone*, agosto de 2004, Volumen 11, N° 2, p. 13.

el derecho cambiaba de naturaleza y “de ser un derecho de los pueblos se convierte en un derecho del Estado ya constituido al mantenimiento de su integridad territorial, la cual es declarada absolutamente inviolable”¹³. Esta interpretación vendrá confirmada con la aplicación del principio *uti possidetis iuri* al ejercicio del derecho por los pueblos coloniales, es decir, donde las fronteras de los nuevos Estados surgidos del proceso de descolonización van a coincidir con las fronteras territoriales de los antiguos imperios, sin tener en cuenta en ningún momento criterios étnicos, culturales o lingüísticos de esos lugares o pueblos. Este aspecto, tan poco analizado en el derecho internacional en debida forma, encontrará numerosísimos inconvenientes prácticos en la aplicación de la descripta “independencia territorial”. La misma, –como hemos mencionado– en la mayoría de los casos no respetó en debida forma las fronteras nacionales específicas (es decir, no respetó el concepto de nacionalidad tal y como será entendido por nosotros), devino en la siempre inestable situación de encontrarnos con pueblos divididos por fronteras y que poseen *cuestiones nacionales irresueltas* en su seno, merecedores ellos de más abundantes trabajos. Contrario a ello, esas “nuevas fronteras” van a salir fortalecidas por el principio de integridad territorial una vez que los pueblos coloniales han ejercido su derecho a la autodeterminación externa en forma *amplia*, primando el interés de la territorialidad por sobre el deseo de los pobladores.

Por tanto, hemos de observar cómo el derecho a la autodeterminación de los pueblos en sus inicios se limitó al ámbito de la descolonización, siendo fundamentalmente territorial su carácter –en contraposición al deseo de sus pobladores–, y significando además en la práctica inicial seguida por la ONU el acceso a la independencia de los pueblos sometidos a colonización, por lo que se podría hablar de la existencia de un polémico derecho a la secesión unilateral en dichos casos (o bilateral, si la metrópoli así lo consentía, dependiendo la situación). Esta práctica de la ONU ha sido calificada como una auténtica “obsesión independentista”, lo que nos brinda una observación de los bien intencionados recelos y precauciones de muchos Estados y doctrinarios internacionales a la hora de acercarse al derecho a la autodeterminación.

13. José Antonio de Obieta Chalbaud, *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 65.

III. El problema de ejercicio de la autodeterminación y sus caracteres

Como expresáramos, tras 1945 el principio de la libre determinación (paulatinamente) comienza a transformarse en un auténtico *derecho humano fundamental* reconocido internacionalmente no solamente a los pueblos sometidos a dominación colonial, extranjera y foránea en aplicación de la llamada *teoría del agua salada* (es decir, en la acción dirigida a sujetos colectivos cuya titularidad presenta en general los tres rasgos de la separación geográfica, la diferencia étnica y la subordinación política respecto de la metrópoli), sino a todos los pueblos sin distinciones. La consolidación del inicial principio de análisis, la cual podrá ser situada desde 1850 hasta la Primera Guerra –al que algunos autores la denominan como “Doctrina Wilson” pero que como hemos visto también contó con la aportación de distintos puntos de vista–, fue un enfoque nacido de arriba hacia abajo, en orden a que fueron los pactos entre representantes públicos y líderes internacionales quienes decidieron qué sujetos y cuáles no se les aplicaría el principio, quedando fuera de su ejecución muchos pueblos con identidades claramente diferenciadas. Asimismo, en otros casos de Estados ya existentes, el principio fue utilizado como sinónimo de *no intervención*, generando una confusión de sus elementos.

Recordemos en ese sentido que posteriormente al instrumento legal citado, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (nos referimos concretamente al “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”) parecerían ampliar el concepto al establecer en su artículo 1.3 que “los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”. De lo que puede deducirse que todos los Estados, independientemente de que tengan colonias o no, han de promover, y no solo respetar, el derecho de libre determinación. En estos instrumentos, al ser incluido el derecho que analizamos en dos tratados internacionales dedicados al reconocimiento de un catálogo general de derechos humanos, no surgidos en el contexto de la descolonización que podría achacársele a la propia Resolución N° 1.514, ha llevado a muchos doctrinarios a cuestionarse si el alcance de este reconocimiento sigue afectando tan solo a

los pueblos sometidos a dominación colonial o si se puede interpretar como de aplicación a “todos los pueblos”, tal y como el propio artículo 1 señala expresamente. Si bien parecen existir indicios que apuntan hacia un concepto expansivo de “pueblo”, no confinado exclusivamente al concepto de pueblos sometidos a dominación colonial, es difícil que el artículo 1º de los pactos por sí solo –sin considerar los desarrollos jurídicos posteriores– pueda ser interpretado como inclusivo de un derecho general a la autodeterminación amplia o secesión que ponga en cuestión la integridad territorial de los Estados. Ello con relación no solo a la exégesis del propio Comité de Derechos Humanos de la ONU, órgano de expertos que supervisa la aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos por parte de los Estados, sino también a la propia Asamblea General, la cual aprobará dos años después la Resolución N° 2.625 (XXV) del 24 de octubre de 1970 denominada Declaración sobre los Principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Esta declaración parece suponer la confirmación de la primacía del principio de integridad territorial de los Estados sobre el derecho a la autodeterminación, excluyendo por tanto el derecho a la secesión fuera del contexto colonial, aunque con excepciones, como observaremos. Esta *interpretación restrictiva* del concepto de la autodeterminación ha sido confirmada por la práctica de la ONU desde su creación hasta 1990, donde prácticamente no ha admitido ningún reclamo de carácter secesionista, salvo el caso específico de Bangladesh.¹⁴ Posteriormente a esa fecha, tras la Caída del Muro de Berlín y la desintegración de la URSS, parecen producirse ciertos y curiosos desarrollos relacionados con la autodeterminación que tendremos ocasión de mencionar.

De esta manera, el binomio *autodeterminación-integridad territorial* aparecerá estrechamente vinculado, presumiendo la propia resolución citada

14. A lo largo de la década de 1990 y hasta la actualidad, la Asamblea General de la ONU ha venido aprobando sendas resoluciones referentes a la *Realización universal del derecho de los pueblos a la libre determinación* que parecen ampliar el concepto hasta aquí manejado (vg. Resolución 60/145 del 16 de diciembre de 2005, Resolución N° 59/180 del 20 de diciembre de 2004, Resolución N° 58/161 del 22 de diciembre de 2003, Resolución N° 57/197 del 18 de diciembre de 2002, Resolución N° 56/141 del 19 de diciembre de 2001, Resolución N° 55/85 del 4 de diciembre de 2000, Resolución N° 54/155 del 17 de diciembre de 1999, entre otras).

que la segunda parte del binomio (la integridad territorial) representa un criterio interpretativo de primer orden para la aplicación efectiva de la autodeterminación; empero, como novedad, la misma declaración va a reafirmar una vez más a la autodeterminación simultáneamente como un derecho de los pueblos y como un deber de los Estados.

De todas maneras, el aparte más importante de este principio es aquel recogido en su párrafo séptimo, donde se realizan auténticas afirmaciones que representan un desarrollo progresivo del derecho de autodeterminación, con novedades tales como la mención a la integridad territorial de los Estados bajo determinados límites, como el deber de no tomarse a la integridad territorial en forma absoluta como hasta entonces. Tal se deriva de dicho párrafo:

Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito y estén, por lo tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color.

Nos encontramos con lo que se ha calificado como la *cláusula de salvaguardia*, es decir, la disposición que reafirma la integridad territorial de los Estados como venía siendo costumbre, pero siempre que el Estado en cuestión se conduzca de conformidad con el aspecto interno de la libre determinación, suponiendo por consiguiente que el Estado que quiera beneficiarse con el principio de integridad territorial deberá dotarse de un gobierno lo suficientemente representativo de la totalidad de la población del territorio, sin que se observe distinción por motivos de raza, credo o color. Ello, a *contrario sensu*, podrá implicar que, si un gobierno no resulta lo suficientemente representativo del conjunto de la población y, además, no respeta el principio básico de la no discriminación, una parte de la población podría invocar el derecho de autodeterminación para llevar a cabo un proceso de mayor autogobierno (incluida la secesión). Esta modalidad en la doctrina se conoce como *secesión-remedio*, dado que se produciría cuando la secesión es el último remedio ante una situación de violaciones graves de los derechos

humanos de una parte de la población. Puede advertirse, por consiguiente, un énfasis cada vez mayor puesto en la autodeterminación interna, esto es, en la adopción de sistemas políticos respetuosos con los derechos de los grupos minoritarios, con la opinión de las propias poblaciones en cuestión y con sus demandas de autonomía que hagan innecesario recurrir “a un expediente tan traumático como la secesión”, en palabras de Herrero de Miñón. Eso evidencia también el cuidado que deberemos tener presente en la relación *territorialidad/población*, puesto que la primera parece perder el consenso ganado originalmente en la *opinio iuris* internacional en detrimento de una observancia creciente hacia la opinión de los colectivos humanos determinados.¹⁵

Todos los desarrollos normativos y las opiniones descriptas sin duda alguna resultan muy valiosos en el sentido de considerar a la libre determinación como un auténtico derecho humano fundamental, proclamado en la propia Carta de la ONU –artículos 1 párrafos 2 y 55– y en gran cantidad de declaraciones, convenciones y pactos,¹⁶ aunque no han de ponerse de

15. Miguel Herrero de Miñón, “Autodeterminación y Derechos Históricos”, en *Derechos Históricos y Constitucionalismo Útil*, Fundación BBV, Bilbao, 2000, p. 34.

16. Entre ellos, y sin perjuicio de advertir que su gran número hacen imposible su cita total, la aludida Declaración 1.514 (XV), la Declaración sobre Fortalecimiento de la Seguridad Internacional –Resolución 2.734 (XXV)–, la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados –Resolución 2.625 (XXV)–, la Declaración sobre la Definición de la Agresión –Resolución 3.314 (XXIX)–, la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados Resolución 3.281 (XXIX)–, la Declaración sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio de derecho de los pueblos a la libre determinación –Resolución 61/121–, la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía –Resolución 2.131 (XX)–, la Declaración sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional –Resolución 2.734 (XXV) y cc.–, la Declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos –Resolución 2.037 (XX)–, la Resolución sobre la observancia estricta de la prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales y del derecho de los pueblos a la libre determinación –Resolución 2.160 (XXI)–, entre otras. En la esfera del Consejo de Seguridad de la ONU también se ha reconocido la validez de la libre determinación de los pueblos, pudiendo citarse –tan solo en las décadas de 1960 y 1970– las Resoluciones (generales o especiales) 183 (1963), 218 (1965), 328 (1973), 366 (1974), 191 (1964), 221 (1966), 277 (1970), 326 (1973), 275 (1969), 318 (1972), entre muchas otras.

acuerdo en cuanto a su evidencia y fuerza ejecutiva, por cuanto su aplicación práctica –como hemos referido– colisiona con el *principio de conservación, unidad e integridad territorial de los Estados*.

Recapitulando, el proceso de descolonización, fase segunda del desarrollo del derecho nacida entre los años 1945/1960 –adquiriendo como hemos ya referido apogeo efectivo en la década del 1960 tras la Resolución N° 1.514–, *ha generado una incorrecta identificación entre autodeterminación y secesión*, en atención a que la adquisición de un Estado independiente por parte del grupo etnonacional ha sido la vía predilecta por los nacionalistas para ejercer su autodeterminación, lo que dificulta su análisis pacífico y objetivo. Esta etapa fue de notable desarrollo del concepto al grado que llevó a concebirse como un auténtico derecho humano fundamental y en la cual se consintió la independencia de muchos países colonizados, apareciendo una extraña y mal resuelta tensión entre el término de la autodeterminación y la situación de los Estados actualmente existentes: por un lado, los grandes documentos internacionales –como ya observamos– hablan de un auténtico derecho universal de todos los pueblos; por el otro, la comunidad internacional de Estados muestra claramente su intención de la no promoción del derecho y, por el contrario, se observa una obsesión por frenarlo y encauzarlo, al entender que solo debe aplicársele a los países coloniales de ultramar y bajo criterios de territorialidad (como el *uti possidetis iuri* visto), rechazando expresamente el derecho de autodeterminación amplio o secesión, especialmente dentro de un Estado definido como democrático. Como ha dicho Etxeberria Mauleon, “parecería que superada de esa manera la injusticia de la colonización el derecho de autodeterminación deja ya de tener sentido, o mejor, que los pueblos que tienen ese derecho son los Estados existentes”¹⁷. La descolonización, el resultado a la vista está, no afectó los intereses vitales de las metrópolis, por cuanto también resultó en un proceso dirigido desde *arriba hacia abajo*, donde los distintos criterios étnicos no fueron respetados y se mantuvieron las fronteras territoriales coloniales.¹⁸

17. Xabier Etxeberria Mauleon, “El Derecho de los Pueblos y los Estados”, en *Reflexión Política*, Universidad Autónoma de Bucaramanga, junio 2003, p. 30.

18. En ese sentido, los intereses europeos fueron preservados por sobre los locales, siendo pocos países que lograron mantener cierta autonomía de decisión posteriormente a alcanzar su independencia. González Jiménez menciona solo a Senegal, Costa de Marfil, Tanzania y Túnez como países que lograron mantener, en el periodo de la descolonización, cierta

Por el contrario, la aludida e incorrecta identificación entre autodeterminación y secesión no ayudó (ni lo sigue haciendo en nuestros días) a serenar los debates en torno al concepto, por cuanto, como dice Ferrero Turrión, “(...) una de las claves del desacuerdo (entre los Estados centrales y las minorías nacionales) es la confusión semántica entre ambas partes. Así, siempre que la minoría nacional habla de autodeterminación, la comunidad mayoritaria entiende secesión y desarticulación del Estado”¹⁹, lo que a su vez se ve demostrado por el hecho de que, como alude el propio Brotons, contrario a la opción secesionista genérica, “(...) la afirmación de la libre determinación como un principio imperativo ha estado tan estrechamente vinculada al proceso histórico de la descolonización que entre ambos se estableció una próspera relación simbiótica”²⁰. En ese orden, el estatus de asociación con la antigua potencia administradora ha ganado terreno entre las otras formas de ejercicio del derecho, incluso por sobre la opción independentista o de *autodeterminación amplia*.

Prueba, asimismo, de que las tensiones estaban mal resueltas en las soluciones autodeterminativas de la descolonización han sido demostradas tras los sucesos acaecidos con posterioridad, especialmente tras la caída del muro de Berlín, que inauguran lo que se ha conocido como tercera etapa en la reivindicación del derecho a la libre determinación. En esta etapa, las nuevas corrientes vislumbradas en la comunidad internacional hacen concesiones al reconocimiento de ese derecho que desbordan la anterior orientación basada en la teoría del agua salada y la descolonización, motivadas

autonomía y libre determinación (en el sentido y vigor del *principio de no intervención*). En el sentido opuesto, en su trabajo se describen los ejemplos de intervenciones en los asuntos internos, como las de Bélgica en dos ocasiones en el Congo Belga, las del Reino Unido en Uganda, Kenia y Tanzania y las de Francia en Zaire, Gabon, Níger, Camerún y el Chad, entre otras. Mónica González Jiménez, “Soberanía y Libre Determinación: un asunto de pueblos”, en *Revista Con-ciencia Política*, Colegio de Veracruz, México, Vol. 1, N^o 5, 1995, p. 76.

19. Ruth Ferrero Turrión (coord.), *Nacionalismos y minorías en Europa Central y Oriental*, Universitat Autònoma de Barcelona. Servei de Biblioteques de la Universitat Autònoma de Barcelona, 2004, p. 24.

20. Antonio Remiro Brotons, “Soberanía del Estado, Libre Determinación de los Pueblos y Principio democrático”, en Fernando M. Mariño Menéndez (coord.), *El derecho internacional en los albores del siglo XXI: homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

básicamente por razones de reparación de injusticias o por criterios remediales y/o democráticos. En este desarrollo histórico del derecho en estudio, resurge la referencia a la etnoidentidad para definir a los sujetos del derecho, en conexión con la territorialidad “propia” del colectivo humano que se considera a sí mismo como nación no identificado con el Estado en el cual se asienta, o de aquellos Estados ocupados en Europa tras 1945 –ejemplo de los Estados Bálticos–, enfrentándose a la orientación e interpretación de la etapa precedente y, por tanto, al consenso de los Estados. Esta etapa pretendería surgir de un proceso nacido de *abajo hacia arriba* y donde el poder estatal (base de la soberanía) estará cada vez más en discusión como poder supremo, único, indivisible y absoluto, a pesar de que la lógica de su ordenamiento legal –interno y externo o internacional– tenga legítimas pretensiones de mantenerse.

Respecto a su naturaleza jurídica, someramente diremos que los autodeterminativos resultan derechos que no prescriben (*imprescriptibles*), planteables en todo momento y lugar, y en consultas sucesivas. Con relación al *ejercicio* del mismo, sin perjuicio de lo que advertiremos seguidamente y en lo que hace al ámbito específico de la descolonización analizada, podemos mencionar junto a la jurisprudencia internacional el plebiscito (en expresión libre y democrática) como el medio técnico adecuado para que los pueblos y naciones expresen dicha elección autodeterminativa.²¹ En lo que

21. En ese orden y como recuerda bien Pons Rafols, existen diversos criterios internacionales en relación con procesos electorales y celebración de referéndums (que contienen, además, criterios que van desde el censo, condiciones de validez y de resultados, hasta sufragio, Código de Conducta o requisitos de claridad y neutralidad de las preguntas, entre otras y variadas cuestiones). Señalaremos solo algunos: la *Declaración de Principios para la observación de elecciones internacionales* y el *Código de Conducta para observadores internacionales*, documentos ambos que han sido asumidos por numerosas Organizaciones internacionales y no gubernamentales, con competencias y actividad en esta esfera, y que pretenden armonizar los métodos y las normas de estas organizaciones dedicadas a la observación de elecciones. Los *International Legal Standards. Guidelines for reviewing the legal framework of elections* adoptados sobre la base de las labores de la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (OIDDH) de la OSCE y el *International Institute for Democracy and Electoral Assistance* (IDEA). Asimismo, documentos como la *Declaración Universal sobre la Democracia* y la *Declaración y criterios sobre elecciones libres y justas*, adoptados por la Unión Interparlamentaria (UIP), organización que agrupa a las instituciones parlamentarias de todo el mundo. También

hace igualmente a dicha naturaleza, el derecho a la libre determinación de los pueblos indefectiblemente ha de asociarse (actual e históricamente) al concepto de democracia, según el cual se presume que es la gente la mejor calificada para (auto)governarse.

Los principios que de esa *noción democrática* emanan, entre otros, por ejemplo, los que reclaman la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados, los que exigen que los representados elijan por sí mismos a sus representantes, los que imponen que la formación de la voluntad se articule a través de un procedimiento en el que opera el principio mayoritario y, por tanto, la consecución de una determinada mayoría como fórmula para la integración de voluntades concurrentes, los que exigen que la minoría pueda hacer propuestas y expresarse sobre las de la mayoría, los que incorporan como elemento basilar en el proceso su importancia como procedimiento y no solo como resultado –*exigen (y exigirán) siempre el reconocimiento de todos los demos posibles*– es decir, de todos las instancias o espacios de sentencias autodemocráticas posibles conforme la propia voluntad de los ciudadanos, ampliando el aporte y el control efectivo de los mismos en la cosa pública. Al mismo tiempo, no perderemos de vista que las decisiones democráticas representan la voluntad del pueblo como sujeto activo del ejercicio del derecho, implicando, por consiguiente, un orden social que sea producido por aquellos individuos a los que la misma le serán sometidos y en concordancia con muchos de los principios aludidos, a efectos de un correcto funcionamiento del sistema democrático.

Tomada inicialmente entonces como un principio político derivante del principio de las nacionalidades, hoy existe consenso suficiente y abrumador

es destacable la labor de la *Comisión para la democracia a través del derecho*, conocida como *Comisión de Venecia*. Esta Comisión se creó por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1990 como órgano consultivo formado por expertos independientes cuyo “campo de acción específico es el de las garantías ofrecidas por el Derecho al servicio de la democracia”. Respecto de las labores de esta *Comisión de Venecia*, debe mencionarse, especialmente, su actuación en el caso de Montenegro (2003), adoptando a su vez una diversidad de textos, entre ellos unas *Directrices sobre referéndums constitucionales* y un *Código Conducta o de Buenas Prácticas en Material Electoral* aprobado por el Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa en el año 2003. Xavier Pons Rafols, “Legalidad internacional y derecho a decidir”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2014. Disponible en www.reei.org.

para afirmar que la libre determinación resulta un auténtico derecho humano fundamental reconocido internacionalmente no solamente a los pueblos sometidos a dominación colonial, extranjera y foránea en aplicación de la teoría del agua salada vista, sino a todos los pueblos sin distinciones. Tal reconocimiento se basa en el convencimiento del derecho internacional que la realización universal del derecho de todos los pueblos a la libre determinación es un requisito fundamental para que se garanticen y respeten efectivamente los derechos humanos, y se preserven y promuevan los mismos. Por ello es que deberemos diferenciar su reconocimiento de su ejercicio efectivo, el cual se halla en debate en cuanto a su utilización fuera del ámbito de los pueblos coloniales e, incluso, en cuanto a su uso en un grado máximo, dado por la autodeterminación amplia o secesión. *Esto es lo que denominaremos como el problema de ejercicio del derecho en cuestión.*

Es por todo lo desarrollado que hemos de alegar que resulta (cuanto menos) una falacia el no reconocimiento y ejercicio de la secesión, toda vez que, en última instancia, será este último aspecto –su *ejercicio*– quien estará determinado por la aplicación del *principio de efectividad* en el derecho internacional,²² el cual en definitiva y sabiamente deja una puerta abierta a cuestiones políticas que no pueden preverse y para las cuales se ha sistematizado o pretende hacerlo el mismo, otorgándole legalidad y razonabilidad al derecho en cuestión. ¿Quién podrá negar más allá de artilugios legales o contextualizaciones absurdas que existió un *reconocimiento* y un *ejercicio* del derecho a la secesión en el último caso autodeterminativo –Montenegro– por parte de la comunidad internacional, creando por ende dos nuevos sujetos de derecho internacional en la comunidad de Estados, en pleno siglo XXI? Cualquier razonamiento en contrario, más allá de consideraciones políticas o ideológicas, pretenderá cubrir el sol con las manos.

22. El *principio de efectividad* vendría a establecer que sí una parte del territorio de un Estado se separa, tanto si es de forma pactada como violenta y por la causa política que sea, el derecho internacional solo establece que, si al final de ese proceso el territorio segregado ostenta de hecho los elementos de la estatalidad, esto es, un territorio definido, con una población estable y un gobierno que logra ejercer de forma sostenida en el tiempo las funciones públicas básicas de modo soberano e independiente, se le debe tratar como a cualquier otro Estado del orbe. Así por ejemplo entre otros Víctor M. Sánchez, “Autodeterminación, secesión y derecho internacional”, El “Debat”, 11/10/2012. Disponible en <http://www.eldebat.cat/cast/notices/2012/10>.

Ahora bien, a sabiendas de que la autodeterminación presenta este problema de ejercicio específico, el cual hemos diferenciado del propio derecho en sí (y toda vez que el mismo colisiona con otro principio reconocido en la comunidad internacional como es el de *integridad territorial*), podemos mencionar que en relación con los territorios sometidos a dominación colonial, extranjera y foránea y aquellos gobiernos del Estado englobante que no resultan lo suficientemente representativos del conjunto de la población –y al mismo tiempo no respetan el principio básico de la *no discriminación* de una parte de la población (en negación del principio fundamental de representación)– es posible aseverar que el derecho a libre determinación puede ser aplicado sin condicionamientos (incluso reconociendo, no sin polémicas, la existencia en él de un derecho a la secesión), determinándose, claro está, su aplicabilidad en cada caso concreto.

Por el contrario, en cuanto a su aplicación a “todos los pueblos” (es decir, no solamente a los pueblos sometidos a dominación colonial o en violación a sus derechos de libre determinación interna, sino a todos los pueblos sin distinciones, dejando obviamente de lado las soluciones de mutuo consentimiento), no existe un consenso suficiente en la doctrina y la jurisprudencia internacional actual, a excepción que se aplique como un derecho en forma remedial, esto es, como un derecho de ejercicio excepcional ante persistentes violaciones a los derechos humanos y a la autodeterminación interna del colectivo humano. Esta concepción de derecho autodeterminativo remedio ha de ser compartida en la actualidad por la casi totalidad de la doctrina y la jurisprudencia internacional en la materia, sobre todo a partir de la adopción de la Resolución N° 2.625.

Por otro lado, la desviación interpretativa de lo que en la actualidad se entiende por el *principio de las nacionalidades* en la doctrina internacional –derivante de aquel principio enunciado por Mancini–, hace que cualquier posible directriz se configure como un componente altamente conservador del derecho internacional actual. En efecto, y tan lejano a su inicial y revolucionario origen contra el orden establecido de entonces, el principio de las nacionalidades, derivación histórica y natural del derecho a la libre determinación de análisis, ha sido reformulado en estos últimos años bajo una interpretación parcializada y restrictiva –entendiendo que a cada nación le corresponde un Estado (pero solo uno actualmente existente)–, la cual, desde ya, no contempla la faz eminentemente emancipatoria que posee el concepto.

Adentrándonos ahora en su *ejercicio*, *existirán diversas formas auto-determinativas* en que pueden manifestarse cualquier demanda de reconocimiento dentro de la comunidad internacional, independientemente de la forma constitucional que adopte cada Estado, las cuales pueden alcanzar, en sus diversas vertientes, desde el mero reconocimiento, el autogobierno limitado y amplio, la secesión (e integración en otro Estado) y otras formas autodeterminativas que tendrán caracteres propios y diferenciales. *Por lo cual, resultará mejor hablar de derechos de autodeterminación (o derechos particulares de autodeterminación) en sentido plural y no de un único derecho genérico* (entendiéndolo, más allá de la mención hecha, como una pluralidad de derechos). Al mismo tiempo, deberemos perfectamente dejar claro que el reconocimiento del derecho no necesariamente va a generar un *derecho a la secesión* de ese colectivo humano, tomándose esta última como un acto de autoalienación de un conjunto de individuos que se encuentran asociados a otra entidad total o parcialmente política, sustrayéndose de su autoridad, usualmente junto al territorio en el que residen.

También, y sin apetencias de exactitud sino tan solo pretendiendo sistematizar los tipos posibles del derecho, podríamos concebir al mismo en tres sentidos distintos, a saber: 1) como *autodeterminación interna*, vinculada a la concepción de autonomía o autogobierno en la órbita del derecho interno de los entes estatales existentes –en el mismo sentido que es utilizada en el artículo 27 de los Pactos de Derechos Humanos y/o en los artículos 3 y 4 del proyecto de Declaración Internacional de los Pueblos Indígenas–, y que puede definirse como el derecho de toda nación –incluidas aquellas que no poseen una estructura de autogobierno o un Estado propio– a desarrollarse económica, social, cultural y políticamente dentro del Estado o los Estados que las comprenden; 2) como principio autónomo del derecho internacional de la *no intervención*, aspecto ligado más al derecho de una nación a mantener su forma de organización política y económica, y a cambiarla, si así lo desea, sin interferencia de otros Estados o actores internacionales, que a la libre determinación propiamente dicha, y; 3) como *autodeterminación externa*, conformada por el derecho de un pueblo a obtener el reconocimiento de su decisión por la comunidad internacional y a constituirse en Estado o a adquirir otra forma de autodeterminación amplia, con el fin de organizar de modo propio su vida política, sin interferencia de otros Estados o actores internacionales, en el mismo sentido que es utilizada en el artículo 1 de los Pactos de Derechos Humanos.

Teniendo presente lo antes mencionado, el paso del principio de las nacionalidades al derecho a la libre determinación de los pueblos, y de un mero descriptor de una capacidad difusa e indeterminada del mismo a una pluralidad de derechos autodeterminativos precisos (incluida su faz amplia o separativa –*secesión*–), conjuntamente con los caracteres desarrollados hasta aquí –que hacen centralmente a la expresión legal de los derechos en cuestión y que no debemos perder de vista–, nos colocará en un interesante punto de partida a efectos de intentar avanzar en conceptos teóricos propicios a resolver, pacífica, cooperada y sobre todo democráticamente, conflictos etnonacionales como los de exploración.

Lo que parecen olvidar las argumentaciones tradicionales es diferenciar el *reconocimiento* con el *ejercicio* de los derechos autodeterminativos. Como vimos, el derecho a la libre determinación indefectiblemente ha de asociarse (actual e históricamente) al concepto de democracia, en el sentido que resulta un requisito fundamental para la realización de los derechos humanos fundamentales y su reconocimiento no puede ser negado, aun en los casos de pueblos exceptuados de dominación colonial, extranjera o foránea. Si, empero, como reparamos, su ejercicio efectivo se halla en debate en cuanto a su utilización fuera del ámbito de los pueblos coloniales e, incluso, en cuanto a su uso en un grado máximo, dado por la autodeterminación amplia o secesión. Por lo tanto, en recientes y polémicos casos (Escocia, Cataluña, Euskadi, Montenegro, Kosovo, Nueva Caledonia, etcétera), *no puede estar en debate el reconocimiento. Lo que estaría en debate, en cambio, es su ejercicio*. Para ponerlo en términos más claros: nadie duda de la capacidad de decidir (de alcanzar una sentencia en forma libre, igualitaria y democrática) de determinado colectivo humano (Escocia, Cataluña, Euskadi, etcétera), lo que estaría en debate es que esa capacidad pueda reclamar ser ejercida en forma amplia, es decir, como sentencia para alcanzar la secesión o la independencia (de Gran Bretaña, de España, de Francia, etcétera).

Por último, habrá que recordar siempre que en cualquier caso las posibilidades de arreglos institucionales son extremadamente múltiples: Estados neutrales multiculturales con ciudadanía común, Estados nacionales multiculturales, Estados federales (métricos y asimétricos), minorías en Estados con diferentes estatus, autogobiernos limitados y amplios, etcétera, sabiendo desde ya que cada arreglo que profesemos tendrá sus ventajas y desventajas, y ninguno será permanente, porque las negociaciones de *conflictos de reconocimiento* como las que describimos aquí nunca producirán un resultado final definitivo.

IV. La autodeterminación en el derecho interno. Lecciones jurisprudenciales

Sin perjuicio de merecer otros y mayores análisis, innumerables normativas constitucionales internas desarrollan aspectos vinculados con la temática abordada, contemplado a esos efectos desde ámbitos de prohibición explícita de su aspecto externo antes visto (ejemplo de ello son las Constituciones de Australia, Benín, Camboya, Chad, Chipre, Costa de Marfil, Camerún, Congo, Democrática del Congo, España, Francia, Georgia, Italia, Luxemburgo, México, Mozambique, Nicaragua, Nigeria, Paraguay, Perú, Tailandia o Zambia, afirmación que en Estados Unidos se ha producido por vía jurisprudencial), hasta la promoción y garantía de su faz interna –en general en Estados donde existen pueblos originarios, como las Cartas fundamentales de México, Costa de Marfil, China, Finlandia, Bolivia, Ecuador, Colombia, India o Canadá, por ejemplo–, pasando incluso por un reconocimiento de la autodeterminación amplia o secesión (ej. las Constituciones de San Cristóbal y Nevis del año 1983 y la de Etiopía del año 1994, o las de Estados federales ya desaparecidos, como la ex URSS, las Repúblicas Federales de Yugoslavia y Checoslovaquia, o la extinta Constitución de la Unión de Serbia y Montenegro del año 2003). Es en este marco de derecho constitucional interno donde se desarrolló, por ejemplo, el proceso pacífico y pactado de la secesión de Montenegro (o los actuales procesos de referéndums en Nueva Caledonia con relación a Francia o Tokelau a Nueva Zelanda), a diferencia del actual proceso kosovar, donde la legislación interna no la ha contemplado. Todo ello nos lleva a razonar, más allá de lo que desarrollaremos seguidamente, sobre las ventajas evidentes de lograr acuerdos político-legales previos entre los actores o partes en conflicto, que permitan salidas pacíficas a las tensiones existentes.

Asimismo resulta altamente ilustrativa la lección del Dictamen del Tribunal Supremo del Canadá del 20 de agosto de 1998 referida a la cuestión del Quebec, quien ha señalado, entre otras importantes cuestiones, que la Constitución interna está formada no solo por el texto escrito sino por “todo el sistema de reglas y principios que rigen el ejercicio del poder constitucional”, de donde se deduce que, sin perjuicio de rechazar un derecho a la secesión unilateral para Quebec, en caso de un referéndum secesionista favorable, ambas partes –Quebec por un lado y “Canadá en su conjunto” por otro– estarán obligadas por el llamado *deber de negociar lealmente*, esto

es, por el deber de negociar de buena fe de acuerdo con los principios constitucionales internos (es decir, los principios del federalismo, la democracia, el constitucionalismo, la primacía del derecho y el respeto de las minorías). Encima de ello, la vulneración de tal obligación (por medio de la omisión de tal deber o su consecuencia de mala fe de las partes –sin perjuicio de advertir que en ocasiones tal vulneración conduce a una dificultad creciente en su verificación–) acarreará sanciones de tipo político, oscureciendo la legitimidad de las eventuales demandas posteriores de la parte incumplidora y entendiéndose que esa sanción política derivada del incumplimiento jurídico sería la propia del control extranjero de la negociación. En efecto, para dicha Instancia Suprema canadiense “(...) el derecho internacional no contiene ni el derecho a la secesión unilateral ni la negación explícita de ese derecho”, dando un paso progresivo y fundamental en el reconocimiento del derecho a la secesión como tal al no estipular claramente su prohibición expresa, aunque para la misma se requieran circunstancias de ejercicio especiales regidas por el derecho internacional.²³

Con relación a la compatibilidad con el derecho internacional de una declaración unilateral de independencia (por vía parlamentaria o popular), sobre todo teniendo presente las recientes expresiones de ese objetivo político por parte del nacionalismo catalán, resulta de mención la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) del año 2010 sobre Kosovo. Allí dicho tribunal estableció que una declaración unilateral de independencia, si bien no vendría *amparada* por el derecho internacional, tampoco sería *contraria* a este, siendo cosa distinta que dicha declaración tuviera algún tipo de efecto útil, e indicando también que “la cuestión planteada a la Corte no la obliga a adoptar una posición sobre si el derecho internacional otorgaba a Kosovo un derecho positivo de declarar unilateralmente su independencia o, *a fortiori*, sobre si el derecho internacional otorga en general un derecho a entidades situadas dentro de un Estado a separarse unilateralmente de este”. La CIJ se limitó a considerar que, en determinados supuestos, el derecho internacional condenaba declaraciones unilaterales de independencia, como las de Rhodesia del Sur, del Chipre septentrional y de la República Srpska, pero que “la ilegalidad atribuida a las declaraciones

23. Reference Re Secession of Quebec, 1998, Supreme Court of Canada. Disponible en: http://www.lexum.umontreal.ca/csc-ccc/en/pub/1998/vol2/html/1998scr2_0217.html

de independencia no provenía del carácter unilateral de dichas declaraciones como tal, sino del hecho de que estaban, o habrían estado, conectadas con el uso ilegítimo de la fuerza u otras flagrantes violaciones de normas de derecho internacional general, en particular las de carácter imperativo (*jus cogens*). Por lo cual, el “alcance del principio de integridad territorial se limita a la esfera de las relaciones entre Estados”²⁴.

También en lo que hace a últimos desarrollos jurisprudenciales, podemos citar el fallo del Tribunal Constitucional de España del año 2014 sobre la declaración efectuada por el Parlamento de Cataluña sobre el derecho a decidir de ese pueblo, donde ese Tribunal va a declarar inconstitucional el principio primero (titulado “Soberanía”) de la misma, la cual si bien no avanza sustancialmente en soluciones como las que venimos profesando, determina no solo que una aspiración política es susceptible de ser defendida en el marco de la Constitución, sino que al mismo tiempo enumera un principio de lealtad constitucional pero determinando que la primacía de la Constitución “no debe confundirse con una exigencia de adhesión positiva a la norma fundamental, porque en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de “democracia militante”, esto es, “un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución”²⁵.

V. El concepto de nación (o el “ser o no ser”)

Resulta clara que la indefinición teórica del concepto de nación no es privativa solo de tal noción, dado que similares concepciones como las de democracia, pueblo, etcétera son semejantes en dicha indeterminación. De todas las definiciones existentes del término,²⁶ nosotros creemos que *nación*

24. Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion of 22.07.2010. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15988.pdf>

25. Sentencia del Supremo Tribunal Constitucional de España (STC) del 25/03/2014 contra la Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X del 23 de enero de 2013.

26. Sabemos que existen gran variedad y disparidad de conceptos de *nación*, a partir de sus criterios objetivos o subjetivos: desde definiciones de *nación cívica*, hasta definiciones esencialistas ligadas al ámbito *étnico*, desde definiciones que hablan de nación como

puede ser inicialmente tomada, a los fines de recorrer el camino propositivo inicial, como grupo o colectivo humano consciente de formar una comunidad diferenciada al ente territorial que lo contiene, que comparte una cultura común, está ligado a un territorio claramente delimitado, posee un pasado común, se concibe bajo un proyecto colectivo para el futuro y puede reivindicar el derecho a la autodeterminación para sí. Ahora bien, las cuestiones derivadas de tal definición, como se desprende de su examen, continúan sin proporcionarnos una adecuada delimitación del concepto, la cual se agrava por el hecho de que la misma se supone de gran trascendencia cuando se examinan los conflictos políticos provocados por cuestiones nacionales y el análisis de la legislación internacional existente en la materia, producido por los propios detentadores del concepto, las naciones que sí han asumido una propia estatalidad. Como bien dice Etxeberria Mauleon, el “problema en los conflictos sobre el sujeto de la autodeterminación es que parece darse un círculo que amenaza con ser vicioso: debe decidir el pueblo, pero hay que decidir quiénes son el pueblo que debe decidir (...) la famosa cuestión de los “ámbitos de decisión”, que evidentemente condiciona de modo decisivo los resultados de lo que se decide”²⁷. De ahí que se caerá de madura, como recuerda irónica pero acertadamente Filibi López, la clásica frase de Hamlet: “Ser o no ser (una nación). Esa es la cuestión”²⁸. Es el llamado *dilema de la nación*.

Sin adentrarnos a los amplios trabajos al respecto que escapan a nuestro objeto y fin,²⁹ vamos a citar –siguiendo al autor dado– las conclusiones a las que llegaba García de Enterría, el cual, en un sólido trabajo sobre la

comunidad histórico-cultural, hasta aquellas amparadas en elementos *subjetivos* o en teorías que hablan de su *construcción artificial*.

27. Xavier Etxeberria Mauleon, ob. cit. 2002, p. 387.

28. Igor Filibi López, “Redefiniendo el reto de la diversidad nacional desde el federalismo”, en José María Vidal Beleran y Miguel Ángel García Herrera, (coords.). *El Estado Autónomico: integración, solidaridad y diversidad*, Volumen II, Instituto Nacional de Administración Pública, Colección Estudios Goberna, Madrid, 2005, p. 642.

29. En un mundo con amplísimos inconvenientes e incertidumbres, deberemos entender que las definiciones a proponerse deberán ser proclives a tender (éticamente) hacia mejores condiciones humanas y legales de desarrollo que las actualmente existentes, a la vez que deberemos permitir (de un modo concreto) que las mismas sean proyectadas en la comunidad internacional de nuestros días con las menores dificultades posibles.

entonces llamada “cuestión regional” en España, concluía en septiembre de 1976 con el dilema aludido citando a la Comisión creada en el Reino Unido, cuyo informe final se conoce por el nombre del presidente de la misma, Lord Kilbrandon (por algunos denominado también Informe Crowther-Kilbrandon), al afirmar que:

(...) es posible argumentar inacabadamente sobre el sentido de la palabra nación y sobre si un particular grupo o pueblo tiene o no una identidad nacional separada. Los factores que han de tomarse en cuenta son a la vez geográficos, históricos, de raza, lengua, cultura. Pero todos ellos, tanto singularmente como en combinación plural, no proporcionan una respuesta concluyente. Algunos de nuestros informadores han considerado que los mejores jueces son los pueblos mismos; y que, si un colectivo popular piensa de sí mismo como una nación separada, en ese caso nada más es necesario para demostrar la existencia de tal nación. Esta pretensión tiene claramente mayor validez si se asegura un cierto reconocimiento por los demás.³⁰

Naturalmente, el criterio dado no solo deberá incorporar la posibilidad de reconocimiento por los demás grupos nacionales, Estados o conjunto de Estados, al decir del párrafo de Kilbrandon, sino que deberá incorporar el debido reconocimiento de las minorías, el respeto a los derechos humanos y la democracia en su propio seno. A ello habrá que sumarle, aunque no fuese una condición categórica de exclusión del concepto, la vigilancia de una relativa persistencia histórica de su concepción de nación, lo que reforzará claramente su propia “conciencia nacional”³¹.

30. Eduardo García de Enterría, *Estudios sobre autonomías territoriales*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 58.

31. Si bien de forma muy esquemática, Etxeberria Mauleon agrupa distinciones de los *colectivos nacionalistas* en dos clases: 1) la de un nacionalismo que se define como culturalista, tenue, abierto, con asunción de autodeterminación *interna* además de *externa*, el cual se trataría en este caso de un nacionalismo democrático –desde el estrictamente liberal hasta el marcadamente social–, al que repugnará la violencia; y 2) la de un nacionalismo biologicista, denso, cerrado, que reclama la autodeterminación *externa* ignorando o incluso reprimiendo la autodeterminación *interna*. La tendencia al fanatismo, a la exclusión y a la violencia impositiva en este nacionalismo es fuertísima. Los nacionalismos realmente existentes se mueven entre estos dos extremos (positivo y negativo), y la

Sobre la base de lo dicho podemos concluir que para nosotros la mejor definición de nación será aquella que esté conformada por un grupo, pueblo o colectivo humano consciente de formar una comunidad diferenciada a través de una identidad nacional por sí misma concebida en procedimientos de justicia y que posee determinados caracteres étnicos, lingüísticos, históricos, religiosos o territoriales. A los efectos de ampliar el concepto, su *aptitud de autogobierno*, seguramente (hemos de reconocerlo) proclive por su condición de nación, deberá ser acompañada, como vimos, por un respeto a los particularismos minoritarios, los derechos humanos y la democracia.

La definición de nación que seguimos, entonces, resultará comprensiva de grupos culturales biológicos e étnicamente diversos, haciendo posible tanto la integración de personas con ascendencia diferenciada (inmigrantes) como la salida de grupos que no deseen tal condición, evitando los riesgos del racismo, a la vez que tenderá a ser éticamente aceptable, por cuando se compromete con el respeto de la democracia, las minorías y los derechos humanos comprensivos en una idea de justicia amplia.

VI. El derecho de decidir como autodeterminación posible

A. Derecho a decidir y cuestiones nacionales irresueltas

Ya hemos sostenido la evidencia de que la autodeterminación de los pueblos deriva principalmente de la *idea de democracia*, según la cual se presume que un grupo humano determinado es el mejor calificado para (auto)governarse, y que *los principios que de esa noción emanan exigen (y exigirán) siempre el reconocimiento de todos los demos posibles*, es decir, de todos las instancias o espacios de sentencias autodemocráticas posibles dentro de un territorio conforme la propia voluntad de los ciudadanos,

variedad, según cómo se combinen los aspectos en cuestión, es inmensa. Piénsese, por ejemplo, en el nacionalismo quebequés, el de ETA, el catalán, el que lideró por Bush o Milosevic, el noruego, el de Le Pen en Francia, el del Partido Popular en España, el de ciertos pueblos indígenas, el escocés, el israelí y palestino en sus variedades, etcétera. Esto significa que no puede emitirse un juicio de valor generalizado sobre el *nacionalismo*, porque en este anidan tanto fuerzas constructivas como destructivas: el juicio de valor habrá que emitirlo entonces sobre cada nacionalismo concreto. Xavier Etxebarria Mauleon, ob. cit, 2002, p. 389.

ampliando el aporte y el control efectivo de los mismos en la cosa pública. Por ello, sostenemos que los procesos de conflictos de reconocimiento tenderán a estarse siempre a esa idea de democracia y, por ende, aspirarán a su ampliación, nunca a su achicamiento o disminución.

Tampoco debemos perder de vista los objetivos de análisis y en consecuencia situarnos en marcos permeables a gestionar *soluciones de compromiso* –hablamos aquí de compromiso en el sentido kelseniano de una “solución de un conflicto por medio de una norma que no conforma enteramente a los intereses de una parte, ni contradice enteramente los intereses de otra”³²– que se adapten mejor a las realidades de diferencia y pluralidad que el mundo actual presenta –conservando al mismo tiempo el justo espíritu de la (auto o libre)determinación–, a fin de advertir una idea que supere el modelo actual de un derecho que admite en general su reconocimiento pero no su ejercicio, cual lo visto anteriormente.

En ese orden, la aparición de formas de soberanía estatal compartida y nuevos fenómenos internacionales (*glocalización*, demandas de identidad y de diferencia, interculturalidad, reconocimiento de nuevos derechos, etcétera), permitirán contextos más flexibles para pensar soluciones distintas. Al mismo tiempo, también deberá observarse cada vez más que el marco de *glocalización* (o globalización) evidente, de declinación de la idea de Estado Nación y de *soberanía* (también cada vez más) *limitada* (es decir, de espacios de soberanía divisibles, múltiples y restringidas hacia los gobiernos estatales, sobre todo en el ámbito europeo, en el que los Estados procedieron e intentan dirigirse a ceder en instituciones supranacionales importantes cuotas de la misma)³³, permiten entender que lo que se halla en disputa en

32. Para un desarrollo de estos conceptos véase Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, Textos Universitarios, México, 3ª Edición, 1969.

33. Por ejemplo, siguiendo a Ruiz Vieytes en el ámbito de Europa, encontramos tres escenarios básicos en los que se hallarían las *minorías nacionales*: 1) Minorías nacionales que no plantean sustanciales demandas de autogobierno, aunque sí de respeto a su identidad diferenciada, lo cual contendrá limitados niveles de reivindicación de autodeterminación (ejemplos los pueblos indígenas del norte europeo o el pueblo romaní, el cual carece de base territorial); 2) Minorías en las que se plantean demandas de mayor capacidad de autogobierno o el mantenimiento beligerante ya existente, en supuestos de mayores reivindicaciones de cuotas de autonomía política o cultural de ciertas minorías culturales, relativamente estructuradas y con cierto grado de respaldo político expreso, aunque

el conflicto de reconocimiento ya no es una totalidad soberana, o lo que es igual, una situación que representa un juego de suma cero en el que gana se queda con todo y el que pierde lo pierde todo, pues hoy día ha de ser divisible lo que se encuentra sometido a discusión o disputa (Filibi López).

Por eso debemos transitar a *nuevos conceptos, nuevas realidades y nuevos anclajes*. Por lo que ha de ser inexcusable asumir (y explorar) cada vez más en el derecho y en las relaciones internacionales no solo el dominio de lo *positivo* sino también de lo *legítimo* –exponiendo, por tanto, la existencia de posibles soluciones justas, previsibles y regulares en los conflictos de análisis al estilo kelseniano aludido, es decir, en el establecimiento de un equilibrio entre ambos (o más) conflictos de intereses–, o lo que es igual, transitar la “lógica de lo mixto”: la lógica de las “diferencias sin jerarquía”, el entendimiento de la igualdad como un proyecto capaz de permitir la convivencia de hombres y mujeres con identidades diversas que admita, por tanto, un salto del concepto de “diferencia” existente en una realidad legal internacional conceptualmente atrasada. En definitiva, cuestiones que traten de construir cimientos jurídicos y políticos de un tiempo distinto –ni anclado ni uniforme– que deberá estar marcado por la diferencia, la multiplicidad de sentidos y la relatividad del saber, o lo que es igual, por el rechazo de las visiones completas, uniformizantes y adueñadas de la verdad, en un flujo continuo de la vida en el devenir.

En un marco mundial de (cada vez más) *glocalización* (o globalización) y *soberanías limitadas*, amparado por la circunstancia de encontrarnos en sistemas jurídico-políticos (cuanto menos) ineficaces para dar respuesta

normalmente minoritario en términos electorales y que no llegan a supuestos de propuestas de alterar la soberanía exterior del ente territorial que las contiene. Muestra de ello son conflictos como los planteados en Bretaña, Alsacia y Saboya (Francia), Gales (Reino Unido), Galicia (España) y Aosta, Cerdeña y Ladinia (Italia); 3) Por último, conflictos nacionales en los que se han planteado demandas de autodeterminación amplias (algunas más latentes que otras, en supuestos de más o menos tensión), habiendo contado dichas demandas con un respaldo social relevante, aunque no necesariamente mayoritario, de la población afectada. Entre las situaciones con menos tensión se incluye a la de las Islas Aaland (Finlandia) y el Tirol del Sur (Italia), mientras que entre las de más tensión se observarías las de Islas Feroe (Dinamarca), Irlanda del Norte (Reino Unido), País Vasco y Cataluña (España), Quebec (Canadá) y Escocia (Reino Unido), siguiéndole en orden decreciente en cuanto a intensidad Flandes (Bélgica) y Córcega (Francia). Eduardo Javier Ruiz Vieytez, “Estudio comparado de otros conflictos nacionales” en *Derecho de autodeterminación y realidad vasca*, Ob. Cit., 2002, Capítulo III, p. 210.

a muchas de las nuevas realidades que se avecinan en nuestros días (participación, reconocimiento, demandas sociales insatisfechas, etcétera), sumado al hecho demostrado por la teoría de la existencia de opresiones de grupo aun en los parámetros de respecto a los derechos humanos y la conveniencia de la *diferencia*,³⁴ ha de redundar en un contorno propicio en el cual la libre o autodeterminación de los pueblos asomará no solo ya como un derecho colectivo con los alcances analizados (es decir, sujeto a su triunfo por su ejercicio político en cada caso concreto y en aplicación en última instancia del principio de efectividad en el derecho internacional) –que puede denominarse *autodeterminación legal/formal*–, sino también como un viable ejercicio y un marco ineludible de referencia para resolver conflictos entre los (al menos) dos actores descriptos en la relación de reconocimiento conflictivo, es decir, como *autodeterminación política*. Todo ello deberá pensarse, claro está, dentro de un contexto de una pluralidad institucional

34. El termino *diferencia* será visto como un *proceso de autorreconocimiento de la posición que se ocupa en la estructura sociopolítica* y que podría, por lo tanto, convertirse en una identidad política, apoyada en características culturales o bien en movimientos sociales (incluidos los nacionalistas) que tiendan a cuestionar la posición que ocupan dentro de la organización social en general. El *derecho a la diferencia*, como menciona Maldonado Aranda, no es más que una búsqueda, si nos situamos en la mirada del grupo nacional, de mecanismos para ser incorporados en los respectivos proyectos de integración (estado) nacional. Al contrario de antaño, la sociedad tecnológica actual se asienta, en buena medida, en el rechazo o la *negación de la diferencia*. Como mencionó ya Lefebvre, en la sociedad actual *quien se desvía* es puesto en un lugar aparte y resulta expulsado de la coherencia social, produciéndose así un conflicto real que da origen a una pugna, en la práctica social y política, entre los *poderes homogeneizantes* y las *capacidades diferenciales*. Es precisamente en la reivindicación de la diferencia donde se encuentran los orígenes de numerosos movimientos sociales alternativos y de organizaciones no gubernamentales surgidas en las últimas décadas, sostenidos en los desarrollos de Young, por ejemplo, formados en el sentido de que donde existen diferencias de grupo social y algunos grupos son privilegiados mientras otros son oprimidos, la justicia social requerirá reconocer y atender explícitamente a esas diferencias de grupo para socavar la opresión, en un continuo esfuerzo por politizar vastas áreas de la vida institucional, social y cultural que el liberalismo y el Estado (de Bienestar) intentaron contrariar. Salvador Maldonado Aranda, “El derecho a la diferencia de las identidades étnicas y el Estado nacional”, *Alteridades*, Vol. 4, Núm. 7, México, 1994. Henri Lefebvre, *Manifiesto Diferencialista*, Siglo XXI, México, 1972. Iris Marion Young, *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra, Universidad de Valencia, 2000.

global que se avecina y dentro de un paradigma –el pluralismo jurídico–³⁵ que interpreta mejor los conflictos de reconocimiento de observación, en jurisdicciones asentadas sobre aquellos sujetos o comunidades humanas con evidente legitimación política y cuyo poder el Estado Nación había considerado históricamente como inherente y derivado de su representación como tal (es decir, de él mismo), todo lo cual requiere la adaptación de los conceptos y marcos teóricos generales a nuevas realidades.

Tal vez por lo dicho es que hace tiempo se viene hablando más que de autodeterminación, del *derecho a decidir*, noción que podemos definir –en forma básica y primitiva– como la aptitud de un colectivo humano para alcanzar, en forma libre, igualitaria y democrática, una sentencia general, sin injerencia externa. *Derecho a decidir*, entiéndase bien y más allá del exacto significado jurídico que deberá tender a dársele en el derecho interno o en el derecho internacional, han de tener todos los colectivos humanos cual-

35. Tomaremos el *pluralismo jurídico* como una escuela que separa la teoría unicista de la modernidad y acepta la *diversidad* y lo *distinto* sin perder la esencia de jurisdicción que debe guiar nuestros razonamientos, lo que le da sentido en última instancia y permite ser *derecho* al derecho, es decir, contemplando siempre al ideal de *justicia*. Si bien presenta diversas tendencias con orígenes diferenciados y caracteres singulares que escapan holgadamente a nuestro estudio, será definido por sus propios exponentes como la *multiplicidad de prácticas existentes en un mismo espacio socio político, interactuantes por conflictos o consensos, pudiendo ser oficiales o no y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales* (Wolkmer). Sabemos que existen otras clases de *pluralismo jurídico* en la literatura internacional que explican el actual mosaico de regulaciones internacionales, legislaciones nacionales, *lex mercatoria*, tratados, políticas populares alternativas, derecho de proyecto (*Project law*), derechos tradicionales y ley internacional, pero creemos que dichas nociones se diferencian de la aquí aludida porque esta última tiene un carácter eminentemente *emancipador*. El *pluralismo jurídico* que tomaremos resulta de aquel que, históricamente dentro de la tradición occidental, fue ejemplo de la concurrencia en la Edad Media de diferentes órdenes normativos con rango de derecho, como fueron el derecho señorial, el derecho canónico, el derecho burgués y el derecho real, en el que *ninguno tenía el monopolio de la producción jurídica*. Nosotros queremos, por tanto, admitir la concepción de *pluralismo jurídico* aludida, interpretada sobre todo como un derecho de *abajo hacia arriba*, de los propios sujetos colectivos y “*fundado en el desafío de construir una nueva hegemonía que contemple el equilibrio entre la voluntad general y los intereses particulares*”. Antonio Carlos Wolkmer, *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nova cultura do Direito*, Editora Alfa Omega, 3a ed., São Paulo, 2001.

quiera fuese su tamaño y anclaje, desde los escoceses hasta los saharauis, desde los ciudadanos de la Provincia de Corrientes hasta los de la ciudad de Gerli, con sus distintas particularidades y alcances.³⁶ Junto a esta idea y a aquella de las *cuestiones nacionales irresueltas*, asociadas a cada clase de conflicto inter-nacional particular, configuraran apéndices y puentes teóricos valiosos de los derechos de libre determinación en nuevos parámetros internacionales, facilitando en mayor medida las soluciones de conflicto amparados en su género de autodeterminación legal/formal y política, al mismo tiempo. Ello así toda vez que el concepto en cuestión –*derecho a decidir*– no solo establece una vinculación con dos campos que en un Estado Nación ideal puede que coincidan, pero que en la mayoría de los Estados Naciones de este mundo se encuentran desfasados, siendo ellos el campo de la legitimidad y el de la legalidad, sino que también, en estos marcos descriptos –de declinación de la soberanía (soberanía limitada) y de pluralismo jurídico incipiente–, la decisión del colectivo humano derivante del derecho en observación (con su divulgación acertada), y bajo los alcances adecuados, resultará, por todo lo examinado, una sentencia indiscutiblemente menos traumática que antaño.

Al mismo tiempo, tanto los colectivos humanos que aspiran a su autogobierno como el ente estatal englobante deberán observar que la actual comunidad internacional se fundamenta en la división territorial (cada vez más irreal) de Estados Nación soberanos, en un concepto de soberanía exclusiva que ha de producir una competencia de *suma cero* (o suma negativa) en cualquier territorio disputado. En igual forma y por lo dicho inicialmente, cualquier actor de la conflictualidad de reconocimiento (tanto Escocia como el Reino Unido, tanto Euskadi y Cataluña como España), deberán renunciar

36. También en otro sentido al aquí utilizado ha empezado a denominarse *derecho a decidir* a expresiones recientes que en España han venido fundamentalmente lanzadas desde el contexto vasco y por la iniciativa del nuevo Estatuto Político para la Comunidad de Euskadi impulsada por el *Lehendakari* Ibarretxe. Esta iniciativa, surgida por Ley del Parlamento Vasco 9/2008 de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política, además de presentarse ante las Cortes Generales españolas, fue declarada inconstitucional mediante Sentencia del Tribunal Constitucional español 103/2008 del 11 de septiembre de 2008.

explícitamente a cualquier intento de involucrarse en políticas de construcción nacional de *único demos*, esto es, a la pretensión (suposición) de que existe un único pueblo o, de existir distintos pueblos en su seno, de que estos acepten pertenecer a la autodecisión de un único pueblo en un espacio socio político común, toda vez que ello vulneraría los derechos humanos de dicho colectivo de personas.

Bajo estos anclajes y modalidades, tomada como una autodeterminación posible, es decir, donde la misma no sea circunscripta a una mera *contradictio* de la integridad territorial (vinculada a una clásica posición) sino más bien como un resumen mucho más amplio de ella, y al mismo tiempo, donde se apoye en entender la existencia de cuestiones nacionales irresueltas del colectivo humano que se trate, es decir de materias derivadas de una serie de pensamientos, principios y objetivos agrupados en torno a determinada nación a lo largo del tiempo, que marchan a la conquista de un fin originario y no resuelto aún, podremos aspirar a procurar apoyarnos en la legalidad internacional que evidentemente el desarrollo de los derechos autodeterminativos ha adquirido a lo largo del tiempo y, simultáneamente, no generar mecanismos perversos de incorporaciones, fracturas o retiros auto-flagelantes para uno de los actores (en general, pero no siempre, el estatal), sino vinculaciones mucho más amplias y efectivas a partir de las realidades observadas. Ello a efectos de lograr, con relación a la dinámica existente, una combinación activa que garantice (al menos) una mayor proximidad –por ende, participación del individuo– y alcance –por tanto, efectividad– del autogobierno sobre la vida colectiva.³⁷

37. En relación con la definición dada de *cuestiones nacionales irresueltas*, hacemos referencia a un *fin originario* como un *fin variable*, esto es, como un *fin u objetivo determinado que puede cambiar con el transcurso del tiempo* (y que ha sido adoctrinado en algún momento por el *nacionalismo*). A su vez, sostendremos que solo aquellos colectivos que poseen una *cuestión nacional irresuelta* podrán aspirar al planteamiento de un *ejercicio del derecho a decidir* en toda su dimensión (es decir, un *ejercicio amplio*, incluso pudiendo contener en el mismo la *autodeterminación amplia o secesión*), en proceso pactado o negociado y en sistemas nacionales donde la legalidad estatal formal no lo contemple, bajo condiciones de reparación o compensación (de corresponder) hacia el ente estatal territorial. Por el contrario, cuando dicho derecho solicita ser ejercido por un determinado grupo cultural y/o colectivo humano (no Estatal) que aún no se concibe a sí mismo como *nación* diferenciada ni persiste dicho sentimiento nacional en el tiempo, sino que el mismo ha de ser (al menos) reciente (criterio temporal del conflicto), por ejemplo,

Es por ello que los derechos de autodeterminación, administrados por la comunidad internacional en realidades adaptadas a otros momentos históricos (descolonización, bipolaridad, intereses políticos determinados en cada caso concreto por las grandes potencias, etcétera), deberán tender a adaptarse a realidades contemporáneas que conserven (igualmente) el justo espíritu de la libre determinación democrática de origen. Para ello, entendemos adecuado forjar (con caracteres incipientes aún) un concepto que podríamos llamar de autodeterminación política (o simplemente de “derecho a decidir”) que permita adaptarse más a su aspecto determinativo (como decisión democrática y resolutive) que a su semblante auto (cual acto impositivo y unilateral), toda vez que: 1) el acto de (auto)decisión democrática, que no deja de ser una exigencia hacia el ente estatal territorial (y a su colectividad o demos), ha de ser esencialmente un acto unilateral, que no desconocemos en algunos casos de conflictos internacionales en cuanto a su legalidad y legitimidad, pero que no nos permitirá situarnos en conceptos variables (no rígidos), de suma positiva (no negativa ni suma cero) y proclives a administrar confianzas, y; 2) en el estado actual del derecho internacional, por lo ampliamente recogido en la doctrina, la jurisprudencia y la legalidad internacional, ha de resultar imposible negar el hecho presente (legal) de esa faz determinativa descrita, es decir, del advenimiento de la condición jurídica de existencia democrática y justa de individuos, grupos o colectivos determinados (derecho a decidir) a concretizarse por la voluntad libremente expresada de esas comunidades humanas.

A sabiendas de que la legalidad pueda encajar o no en la raíz de cualquier conflicto en materia, la confluencia de determinadas posiciones a resultas de alcanzar una prudente solución de compromiso (basada en la idea de democracia, secularización del demos, derecho a la diferencia, pluralismo jurídico, etcétera), nos lleva a entender por tanto que no podremos, en el progreso de cualquier proceso actual, hablar de tales derechos autodeterminativos bajo los prismas y caracteres de antaño.

una comunidad aborígen, tenderemos a un ejercicio *limitado*. Para un desarrollo de estos conceptos ver Emiliano Martín Bursese, *La autodeterminación posible. Análisis del derecho a la autodeterminación de los pueblos y su cobertura jurídica internacional en relación con la cuestión de las nacionalidades. Particular estudio del conflicto de la Euskal Herria o Nación de los Vascos*, Tesis Aprobada, Maestría en Relaciones Internacionales, UBA, 2005.

B. Los casos de Escocia, Catalunya y Euskal Herria

Escocia

Escocia (en escocés Scotland) es la más septentrional de las cuatro naciones del actual Reino Unido y, junto con Inglaterra y Gales, forma parte de la isla de Gran Bretaña, abarcando un tercio de su superficie total. Posee más de 790 islas, limitando al norte y oeste con el océano Atlántico, al este con el mar del Norte y al sur con Inglaterra. Su territorio abarca 78.772 kilómetros cuadrados y su población se estima en más de 5.000.000 de habitantes; su capital es Edimburgo.

El Reino de Escocia fue un estado independiente hasta 1707, fecha en la que se firmó el Acta de Unión (*Act of Union*) con Inglaterra y Gales para crear el Reino de Gran Bretaña. La unión no supuso alteración del sistema legal propio de Escocia, que desde entonces ha sido distinto del de Gales, Inglaterra e Irlanda del Norte, por lo que es considerada en el derecho internacional como una entidad jurídica distinta. La pervivencia de unas leyes propias, y de un sistema educativo y religioso diferenciado forman parte de la cultura escocesa y del desarrollo de su autogobierno a lo largo de los siglos. Desde el siglo XIX el independentismo ha existido, pero ha ganado influencia (sobre todo) desde finales del pasado siglo, estando actualmente representado por el *Scottish National Party* (SNP).

El 1 de marzo de 1979 se celebró un referéndum, primera consulta popular para la reinstauración del Parlamento Escocés tras su integración en la Corona Británica, pero la respuesta afirmativa no obtuvo la mayoría calificada requerida para validar dicha propuesta. El 11 de septiembre de 1997 se realizó otro referéndum para consultar a la ciudadanía sobre lo que se conoció como la devolución (*devolution*) del Parlamento. El resultado fue afirmativo y al año siguiente se promulgaría la *Scotland Act* de 1998, por la que el Gobierno del Reino Unido concedía mayores niveles de soberanía a Escocia, restablecía el Parlamento y les permitía tener gobierno propio; no obstante, se mantenía como nación constituyente y región administrativa del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.³⁸

38. Como refiere Breda sobre el argumento histórico, hay dos lecturas distintas del *Act of Union* de 1707 y su relación con la actual *Scotland Act* de 1998. El primero, que llamaremos

El 18 de septiembre de 2014 se celebró otro referéndum para decidir si Escocia debería ser un país independiente del Reino Unido. Tras un acuerdo entre el Parlamento Escocés y el Parlamento del Reino Unido, a través de un procedimiento definido por la Sección 30 (2) de la *Scotland Act* de 1998, la pregunta formal de este referéndum fue: “¿Debe Escocia ser un país independiente? Sí o No”. El resultado de la consulta obtuvo un 55,3% de los votos a favor del “No”.

A pesar de ello, el SNP viene obteniendo la mayoría absoluta en el Parlamento Escocés desde las elecciones de mayo de 2011, alcanzando en las elecciones de 2015 unos 56 de 59 escaños que Escocia tiene en el Parlamento Británico y convirtiéndose en la tercera fuerza política del total del Reino Unido, apenas ocho meses después de la derrota en el referéndum independentista. Todo lo cual demuestra que dicho conflicto de reconocimiento, lejos de atemperarse, persiste en la actualidad. La pregunta inevitable ahora es si el nacionalismo se movilizará para sacar adelante un segundo referéndum y abrir, en consecuencia, un proceso negociador autodeterminativo.

Catalunya

Por otro lado, como sabemos, Cataluña (*Catalunya* o *Països Catalans*), territorio situado al nordeste del actual territorio del Reino de España (limitando al norte con Francia y Andorra y al este con el mar Mediterráneo), con capital en la ciudad de Barcelona y que alcanza actualmente unos 7.500.000 habitantes repartidos en un total de 948 municipios, ha manifestado a lo largo de su historia variados procesos de autogobierno, así como una cultura

el inglés, sugiere que, en 1707, y como resultado de una serie de negociaciones entre los dos parlamentos, el Escocés y el Inglés/Galés, estos se fusionaron en un nuevo ente que hoy se conoce como el Parlamento del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Escocia conservó su sistema jurídico (y la independencia de su iglesia establecida y de las instituciones educativas). Sin embargo, desde una segunda perspectiva, llamémosla *escocesa*, no se puede asumir pacíficamente que la unión geopolítica de los dos Estados haya absorbido automáticamente el Parlamento Escocés en una nueva entidad. Desde esta perspectiva, las dos instituciones deliberativas han seguido actuando como una entidad unida hasta 1998, cuando algunas de las competencias legislativas del antiguo Parlamento Escocés han regresado a Escocia. Vito Breda, *La devolución de Escocia y el Referéndum de 2014: ¿Cuáles son las repercusiones potenciales en España?*, UNED, España, Teoría y Realidad Constitucional, Número 31, 2013.

propia y la identidad colectiva que se traducen en un idioma diferenciado (el catalán) y en el reconocimiento de “nacionalidad” por parte de la propia Constitución Española.

Dicho territorio posee una tradición de parlamentarismo (como autogobierno sobre su vida colectiva) desde la Edad Media, con las asambleas de *Pau i Treva* y la Corte Condal, creándose en el siglo XIV la Diputación del General o *Generalitat*, que fue adquiriendo más autonomía hasta llegar a actuar, durante los siglos XVI y XVII, como gobierno del Principado de Cataluña. La caída de Barcelona en 1714, como consecuencia de la Guerra de Sucesión, supuso la abolición por parte del Rey Felipe V con el Decreto de Nueva Planta del derecho público catalán y de las instituciones de autogobierno existentes hasta entonces. En el siglo XX, la creación de la Mancomunidad de Cataluña en 1914 fue un primer paso en la recuperación del autogobierno, abolido por la dictadura de Primo de Rivera. Con la proclamación de la Segunda República Española, en 1931, se constituyó un gobierno catalán, con el nombre de Generalidad de Cataluña, que se dotó de un Estatuto de autonomía, pero la misma fue abolida en 1939 por el general Francisco Franco, que instauró un régimen dictatorial en España hasta 1975.³⁹ Asimismo, en la transición democrática que se dio en el Reino de España, y en el contexto del nuevo sistema autonómico definido por la Constitución de 1978, el pueblo de Cataluña aprobó en referéndum el Estatuto de Autonomía en 1979 y celebró las primeras elecciones al Parlamento en 1980. En los últimos años, en la vía de la profundización democrática, una mayoría de las fuerzas políticas y sociales catalanas han impulsado medidas de transformación del marco político y jurídico, siendo la más reciente concretizada en el proceso de reforma del Estatuto de Autonomía iniciado por el Parlamento Catalán en el año 2005. Las dificultades y negativas por parte de las instituciones del Estado español, entre las que cabe destacar sobre todo la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 del 28 de junio de 2010 –que consideró inconstitucionales varias de sus disposiciones–, supusieron un rechazo al proyecto del nuevo Estatuto y dieron aires a un proceso soberanista (independentista), que persiste en superar la fase actual de bloqueo en el que se encuentra, por ejemplo, por las

39. Otra de las manifestaciones durante ese período fue la creación de la Asamblea de Cataluña en 1971, previa a la recuperación de la Generalitat, con carácter provisional, con el regreso en 1977 de su presidente en el exilio.

manifestaciones masivas de 10 de julio de 2010 y de 11 de septiembre de 2012 (convocadas respectivamente con el lema “Somos una nación. Nosotros decidimos” y “Cataluña, nuevo Estado de Europa”). El 27 de septiembre de 2012, mediante la Resolución 742/IX, el Parlamento Catalán constató la necesidad de que el pueblo de Cataluña pudiese determinar libre y democráticamente su futuro colectivo por medio de una consulta, que posteriormente fue declarada inconstitucional por las autoridades españolas.

Asimismo, el proceso se vio acelerado los últimos años ante hechos de acción y reacción de las autoridades catalanas y españolas, respectivamente. Así el 23 de enero de 2013 el Parlamento de Cataluña aprobó con 85 votos a favor y 41 en contra la “Declaración de Soberanía y del derecho a decidir del Pueblo de Cataluña”, luego declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional de España. El 19 de septiembre de 2014, una Ley de Consultas Populares no Referendarias y Participación ciudadana es aprobada por 106 votos a favor y 28 en contra en el Parlamento Catalán, buscando visibilidad y legalidad a la consulta convocada para el 9 de noviembre de ese año (el llamado proceso del “9-N”) que pretendía consultar a la población catalana sobre la independencia, la cual, nuevamente, mediante una medida cautelar, fue declarada previamente ilegal por las autoridades judiciales españolas.⁴⁰ A la postre, dicha consulta se realizó de igual manera en forma no vinculante,⁴¹ participando más de dos millones de personas y resultando ganador el “sí” por una amplio margen (80%).

40. Así “*TC también declara inconstitucional la consulta alternativa del 9-N en Cataluña*”, Europa Press, 11 de junio de 2015. Disponible en: <http://www.europapress.es/nacional/noticia-tc-tambien-declara-inconstitucional-consulta-alternativa-cataluna-20150611144211.html>.

41. La consulta contenía dos preguntas y eran las siguientes: “¿Quiere que Cataluña sea un Estado? En caso afirmativo, ¿quiere que este Estado sea independiente?”. Poco después de la celebración de la consulta, el Fiscal General del Estado español presentó una querrela por desobediencia, prevaricación, malversación y usurpación de funciones contra el president Artur Mas, la vicepresidenta Joana Ortega y la consejera de Educación Irene Rigau. El 25 de noviembre de 2014, cuatro días después de que la fiscalía hubiera presentado una querrela contra él por la celebración del proceso participativo del 9-N, el President Mas presentó un Plan para conseguir la independencia de Cataluña en 18 meses. Así “Mas diseña un plan para proclamar la independencia en 18 meses”, *El País*, 26 de noviembre de 2014. “La anulación de la consulta catalana reaviva el debate sobre el soberanismo”, *El País*, 25 de febrero de 2015. Disponible en: http://politica.elpais.com/politica/2015/02/25/actualidad/1424855236_834297.html.

Por último, el 27 de octubre de 2015, un día después de la constitución del nuevo Parlamento catalán, los grupos parlamentarios de *Junts pel Sí* y la CUP registraron en el Parlamento una propuesta de declaración en la que insta a “declarar solemnemente el inicio del proceso de creación del estado catalán independiente en forma de república”⁴². La resolución fue aprobada el 9 de noviembre con 72 votos a favor y 63 votos en contra. Tras la elección del nuevo presidente autonómico, Carles Puigdemont, el 10 de enero de 2016, se iniciaron los trámites para redactar las tres leyes previstas en la declaración de ruptura del 9-N, al registrar en el *Parlament* la petición para crear las tres ponencias correspondientes, pese a que la declaración fue anulada por el Tribunal Constitucional.

Euskal Herria

Finalmente, geográficamente hablando el pueblo vasco vive en una región que se encuentra entre los actuales territorios de la República de Francia (lindante al norte) y España (al sur), más exactamente, en cuatro actuales Provincias y dos Comunidades Autónomas del Estado español (Bizkaia o Vizcaya, Alaba o Álava y Guipuzcoa o Gipuzkoa –conformantes de la actual Comunidad Autónoma del País Vasco o Euskadi– y Nafarroa o Navarra (que concuerda con la Comunidad Foral del mismo nombre) y tres provincias del actual Estado francés (Benavarre o Benavarrá, Laburdi y Zuberoa). La palabra utilizada por ellos mismos para definir esta área es *Euskal Herria*, que significa “país, nación o pueblo del euskera”, su idioma ancestral.

El contencioso vasco si bien tiene orígenes anteriores es una cuestión que gravita sobre la política española (y en menor medida francesa) desde (al menos) el año 1876 –coincidiendo con la creación del Estado español moderno–, fecha en la cual el 21 de julio de ese año fueron abolidos los *Fuerros vascos*, institución que, aunque no exista acuerdo con relación a si los mismos eran auténticos códigos de soberanía o si representaban leyes antiguas que apenas dotaban de determinada autonomía a dichas regiones,

42. Así “JxSí y la CUP registran en el Parlament la declaración de inicio del proceso hacia la independencia”, *El Periódico*, 25 de octubre de 2015, disponible en: <http://www.elperiodico.com/es/noticias/politica/declaracion-inicio-proceso-independencia-cup-junts-pel-si-4621507>

sancionaba jurídicamente el particularismo histórico de Euskal Herria.⁴³ Dicha situación, reconocida incluso por la propia Constitucional española actual –que registra la existencia de un pueblo vasco y un determinado derecho propio (y original) derivado de su particular autoorganización, existente (al menos) 140 años antes de su promulgación– choca con las equivocadas apreciaciones que entienden a este conflicto de reconocimiento como nacido con la aparición de organizaciones armadas revolucionarias y/o separatistas en el siglo XX.

En efecto, la abolición de los fueros y los sucesos posteriores a la tercera y última *Guerra Carlista* (1872-1876)⁴⁴, sin contar las ancestrales discrepancias bélicas por el dominio del Reino de Navarra, derivaron en la aparición del nacionalismo vasco organizado a través de los trabajos y la doctrina de Sabino Arana Goiri y la creación del *Partido Nacionalista Vasco* (PNV).

43. Algunos autores fijan en 1812 el inicio del *problema vasco*, al entender que ese pueblo no encontró acomodo en la nueva concepción del Estado unitario que sustituyó, en ese territorio, una tradición de inserción federal por otra presidida por una *unidad política y administrativa impuesta y no decidida*, de cuño francés. Estas son las tesis por ejemplo del gran federalista Francisco Pi y Margall. Otros prefieren entender que el origen del *problema vasco* está en las leyes abolicionistas de los fueros de 1839 y 1876. Más allá de la postura que se adopte, en pos de nuestros objetivos –de ahí la mención al *conflicto de reconocimiento* desde, al menos, el año 1876–, entenderemos a ambas posiciones como igualmente validas de una realidad que da comienzo modernamente al contencioso de análisis.

44. Se conocen como *Guerras Carlistas* a las tres guerras civiles (1833-1839, 1846-1849 y 1872-1876) producidas en España en el siglo XIX por la sucesión del trono de la Corona, a causa de la muerte del rey Fernando VII. En ellas se enfrentaron, por un lado, los partidarios en el trono de la hija de este, Isabel II, y por el otro, los que defendían la línea dinástica encabezada por el hermano de aquel, Carlos María Isidro de Borbón (el infante don Carlos), y sus posteriores descendientes. Estos últimos, denominados “*carlistas*”, van a representar un importante núcleo en las regiones vascas, toda vez que allí se libraron muchas de las principales batallas de la contienda. Estas contiendas producen un quiebre definitivo entre el viejo pacto de entendimiento de 600 años de los Señoríos con la Corona española, a tal punto que el *nacionalismo vasco* –mezcla de tradicionalismo y catolicismo inicial– todavía hoy realiza sus requerimientos referenciándose en los llamados “*derechos históricos*”, es decir, asociando los mismos a los *fueros* antes explicitados, lo que, por otro lado y desde las orbitas nacionalistas, va a significar una apelación a una ancestral condición secular e independiente de tales territorios. De hecho, más grafico resultará el famoso lema que acompañará al nacionalismo vasco en su historia: JEL (*Jaungoikua eta Lagi-Zarra*) o “*Dios y la Ley Vieja*” (ley vieja que venía a significar los *fueros*).

Como dijimos, luego de julio de 1959, con la aparición de ETA (*Euskadi ta Askatasuna* o “Euskadi y Libertad”) y la profundización del conflicto a partir de 1968 –año en que dicha organización cometió su primer asesinato en Guipúzcoa–⁴⁵, los hechos desencadenarían la conocida espiral acción/represión/acción del conflicto vasco hasta hace escasos años. En 1979 se aprobó el Estatuto de Autonomía del País Vasco (o *Estatuto de Guernica*), refrendado por el pueblo vasco el 25 de octubre de ese año.⁴⁶

Más allá de lo visto, el actual marco político (de ausencia de violencia) ha desembocado en un mapa cada vez más dominado por las fuerzas nacionalistas vascas, donde es creciente la demanda de (cuanto menos) mayores cuotas de autogobierno y de un nuevo sistema de convivencia política con el Estado español. Algunos espacios continúan reivindicando la independencia, otros apenas una mayor cuota de autonomía, pero todos, en consenso creciente, comienzan a entender al Estatuto de Guernica como un punto de partida (no de llegada) y reivindican el derecho a decidir en un marco bilateral como la mejor solución para el conflicto político. Las elecciones autonómicas que están previstas para este año sin duda permitirán observar si la creciente demanda autodeterminativa continúa.

A modo de conclusiones

Algunas evidencias actuales de los tres conflictos analizados –sobre la base de todo lo observado– pueden llevarnos a básicas conclusiones, a fin de tender a acuerdos de compromiso como los vertidos. Pasaremos a

45. Si algo produjo la dictadura franquista, con sus constantes persecuciones en el propio territorio de Euskadi hacia lo vasco –sumado a una etapa de industrialización y emigración hacia dichos territorios del resto de España–, fue el nacimiento de organizaciones juveniles nacionalistas que observaban críticamente la supuesta pasividad e ineficacia de la lucha del PNV contra esa dictadura. ETA no enlazó con *Acción Nacionalista Vasca* (ANV), el sector izquierdista del nacionalismo de la preguerra, sino con *Aberri* y *Jagi-Jagi*, grupos aranistas caracterizados por su independentismo radical y su antiespañolismo.

46. A diferencia del Estatuto del 14 de junio de 1931 (o *Estatuto de Estella*) el cual contó con la participación de las tres provincias vascas (Bizkaia, Alaba y Gipuzkoa) más Navarra –es decir, era un Estatuto vasco-navarro–, el *Estatuto de Guernica* del año 1979 solo contempla la participación de las citadas provincias vascas, siendo que la *Comunidad Foral de Navarra* se constituyó en Comunidad Autónoma independiente de Euskadi.

mencionarlas escuetamente, no sin antes advertir, por motivos de volumen de este trabajo, la obvia posibilidad de encontrar muchísimas (y más valiosas) soluciones más allá de las indicadas.

- 1) En primer lugar, en el conflicto en el Reino Unido parece encaminarse (no sin dificultades) a soluciones pacíficas, pactadas y democráticas de mejor manera que los conflictos producidos en el Estado español. En los casos de Catalunya y Euskadi, el nacionalismo español (o los defensores de la uninacionalidad o mononacionalidad del Estado español –los llamados “constitucionalistas”–) se han servido de la propia Constitución española para desarrollar una doble estrategia encaminada, por un lado, a negar la existencia de un nacionalismo español y, por el otro, a tratar de deslegitimar al resto de los nacionalismos aludidos, amparándose en una supuesta universalidad y neutralidad de sus postulados políticos. Todo ello, claro está y como ha dicho el citado Etxebarria, bajo un marco de complejidad evidente, conformada por la soberanía política y la diversidad de sentimientos de identidad nacional entre esos territorios conflictivos –notablemente asentados– y la polemicidad de la definición territorial (Euskal Herria: con siete territorios históricos, con tres circunscripciones político-administrativas, en dos Estados; Catalunya o Països Catalans, en cuatro circunscripciones o más de habla catalana), interactuando ambos caracteres entre sí.⁴⁷
- 2) Segundo y relacionado a lo antes expresado, el eje de los nacionalismos escocés/británico tendería a ser más culturalista, tenue, democrático, abierto, con asunción de la autodeterminación interna además

47. Resulta evidente otra lectura que podemos hacer aquí: la *negativa persistente del Estado español* (afirmaciones de líderes y funcionarios públicos, Sentencia vista del TCE contra el Estatut Catalán y contra la Resolución del propio Parlamento, Sentencia vista del TCE sobre la iniciativa del *Lehendakari* Ibarretxe aprobada por Ley del Parlamento sobre una consulta en dichos territorios, etcétera) *ha provocado un desplazamiento definitivo hacia la vía independentista* (sobre todo en el catalanismo, mucho más proclive históricamente al autonomismo y al federalismo que el nacionalismo vasco), dejando en evidencia una vez más que la negación del reconocimiento nacional solo ha provocado históricamente el aumento de las posturas radicales o secesionistas. Algunos incluso están proponiendo hoy el concepto de “*voice or exit*” (voz o salida), es decir, “*o me das la palabra o me largo*”, manifestando que, si el derecho a decidir no se acepta con normalidad, van a proliferar las declaraciones unilaterales de independencia.

de externa y no violento, mientras que el eje del nacionalismo español propendería –con excepciones obvias– a ser un nacionalismo denso, cerrado, no democrático y que reclama la autodeterminación externa intentando ignorar la interna.

3) Tercero, más allá de los inconvenientes aludidos, coincidimos en que el problema más delicado para comenzar a circunscribir la resolución de estos conflictos será determinar el ámbito democrático de decisión: mientras el nacionalismo no vasco o catalán exigirá que sea el reconocimiento del actual ordenamiento jurídico, para el que el ámbito de decisión es el Estado en su conjunto (como *único demos*), para el nacionalismo vasco o catalán resultará evidente la adopción de un *ámbito vasco o catalán de decisión* (en varios *demos*). Como aluden algunos autores y en cuestión ya resuelta en este último sentido en el caso de Escocia en 2014, la Opinión del Tribunal Supremo de Canadá sobre la cuestión del Quebec reconoce un ámbito quebequés de decisión, pero, al mismo tiempo, compensa de dos maneras al ámbito estatal canadiense: a) pidiendo una mayoría cualificada (no así la mitad más uno) para decisiones soberanistas estrictas –como la secesión–, y; b) que la misma responda a una pregunta clara. Si ha de poder ser coherente la reivindicación de un ámbito vasco o catalán de decisión por parte de esos nacionalismos, en un afán honesto de compromiso, deberían asumirse también las otras dos condiciones hacia el ente estatal englobante. En los últimos años aparecen algunas manifestaciones en ese sentido en los ámbitos del nacionalismo vasco y catalán –no así en igual forma en el nacionalismo español–, aunque la tónica todavía dominante (aunque no exclusiva) ha de ser la defensa de una mayoría no calificada (mitad más uno). Ahora bien, advertimos que, pese a todo, estas fórmulas descriptas continúan manifestándose solo en la esfera de la legalidad (nacional e internacional) imperante, y no en la de objetivos políticos de resolución del conflicto, asentadas en realidades diversas.⁴⁸

48. En contra de lo que ha estado enfatizando la sabiduría convencional española (la estructura de poder político y mediático que define los parámetros de lo que debe creerse en el país), la transición de la dictadura a la democracia no fue un proceso modélico, fruto de un consenso entre iguales, entre los herederos de los vencedores (las derechas, ultraderechas en el abanico político europeo) y los herederos de los vencidos (las izquierdas y

4) Cuarto, sobre todo en el caso de la Península Ibérica, los colectivos nacionales que reivindican la autodeterminación ante el Estado deberán tender a ser colectivos cívicos, dispuestos a seguir escrupulosamente las pautas democráticas, prudenciales y de justicia (en proyectos políticos multinacionales, multiidentitarios, respetuosos de los derechos humanos, etcétera) y, por otro lado, los colectivos que se identifican con la Constitución estatal deberán tender a ser colectivos dispuestos a que los ordenamientos jurídicos existentes no se constituyan en marcos inflexibles e insoslayables que imposibiliten la implementación de propuestas que puedan revelarse políticamente legítimas y respaldadas por la ciudadanía implicada. Contrariamente, la mayoría de los doctrinarios actuales que examinan estos conflictos continúan discutiendo con relación a la existencia o no de un derecho de autodeterminación (y secesión) –que, por otro lado, como hemos venido haciendo, no negamos, con relación a los extensos conceptos vertidos– a fin de expresar la voluntad de un colectivo humano (vasco, catalán o español, escocés o británico, según el caso) como sujeto activo del ejercicio de esos derechos. Eso, por todo lo aludido, creemos que es inadecuado en el contexto actual observado.⁴⁹

otras fuerzas democráticas) de lo que se llama en España la Guerra Civil. Su análisis escapa a nuestro objeto y fin, pero pone de relieve muchos de las inconsistencias del modelo de Estado español en los territorios de análisis. Como menciona el profesor Navarro, las graves consecuencias del dominio conservador en la Transición Española se observan, entre otras cosas, en la limitadísima capacidad de decisión de la ciudadanía en los quehaceres de la gobernanza del país. “Democracia en España quiere decir votar cada cuatro años (dentro de un sistema electoral poco representativo) a partidos políticos que carecen de democracia interna, gobernados por élites que se eternizan, con escasa transparencia y que, por su opacidad, son fácilmente cooptables por parte de intereses financieros y económicos. La Transición inmodélica favoreció esta visión de la democracia, que reduce la política al “politiqueo entre sus dirigentes”. Formas de democracia directa, tales como referéndums (ni consultivos siquiera), son difíciles cuando no imposibles de realizar”. Vicenç Navarro, *Catalunya y el derecho a decidir*, Espacio Público, 11 de junio de 2014. Disponible en: <http://www.espacio-publico.com/catalunya-y-el-derecho-a-decidir>

49. Como vimos, la persistente negación del derecho a decidir del colectivo vasco o catalán –allende de lo que ello significa en sí, en virtud de los amplios caracteres desenvueltos– contribuye a afianzar la vía menos realista de la *territorialidad amplia histórica* (sobre todo del nacionalismo vasco), la cual ha sido la política predilecta del nacionalismo y que, al mismo tiempo, ha favorecido la continuidad de la *integridad territorial del Estado*, en

5) La doctrina británica sobre la soberanía parlamentaria impide que la Corte Suprema del Reino Unido pueda discutir la legitimidad de un referéndum que ha sido aprobado por una Ley del Parlamento,⁵⁰ y esto en España no sería posible. En efecto, la diferencia entre la idea británica de soberanía legislativa y la idea española de jerarquía centralista de las fuentes jurídicas hace que el proceso de Escocia sea difícilmente repetible en España. Como alude el ya citado Breda, ello no quiere decir que los gobiernos autonómicos como el catalán, el vasco o el gallego no tengan la oportunidad de llevar a cabo consultas legítimas sobre su autogobierno (incluida la independencia), sino que es poco probable que tal referéndum llegue a producirse como resultado de un proceso análogo al adoptado en 2014 en Escocia.⁵¹

estrategias radicales que se retroalimentan entre sí. Por el contrario, estarnos a la expresión libre y democrática de los vascos a través de procesos democráticos permitiría acabar con parte de la propia estrategia del nacionalismo vasco, toda vez que la situación inicial derivaría en una mirada más circunscripta a los territorios vascos de fuerte contenido nacionalista, hecho que no parecen entender desde las prisms estatales francesas y españolas. En efecto, sí se produjera hoy un referéndum en los territorios históricos vascos, la mayor certeza es que solo se podrían alcanzar sentencias independentistas en 3 de los 7 territorios imaginados por el nacionalismo.

50. Es importante tener en cuenta que los actos del Parlamento Escocés dentro de las competencias legislativas (Scotland Act 1998) no puede ser impugnados mediante revisión judicial. Sin embargo, el Schedule 6 (Cuestiones sobre devolución) de la misma ley establece el procedimiento a utilizar para la revisión judicial de los actos escoceses que sean *ultra vires*.

51. El sistema constitucional español contiene un sistema de control de constitucionalidad de las medidas legislativas de los Parlamentos estatal y autonómicos. El efecto de este tipo de control es una restricción legal sobre la viabilidad de un referéndum legítimo sobre la secesión como el que tuvo lugar en Escocia. Por otro lado, la Constitución de 1978 adoptó un modelo rígido para las reformas constitucionales, basado en uno de los principios fundamentales de la *indivisibilidad de la nación española*, mientras que el TCE dispone, a diferencia de la Corte Suprema del Reino Unido, de la facultad de revisar y derogar normas centrales y regionales que sean incompatibles con la Constitución. En las últimas tres décadas, ha utilizado ese poder con frecuencia. Pese a ello, en el caso vasco, cabría la posibilidad de una interpretación contraria, amparada en los derechos históricos reconocidos por la propia Constitución española en la Disposición Adicional Primera, no requiriéndose necesariamente una modificación de la propia Carta Magna y pudiendo determinarse mediante una Ley que fije los procedimientos de convocatoria de las consultas y de formulación de las preguntas, así como las mayorías necesarias para su convocatoria.

6) En Escocia muchos de los conceptos vertidos (marco de soberanía limitada, glocalización, pluralismo jurídico, demandas de identidad y de diferencia, interculturalidad, reconocimiento de nuevos derechos, etcétera) se descubrirían más desarrollados, al igual que las nuevas concepciones que se observaron en este trabajo. Como alude Zubero, el primer problema seguirá siendo el de la voluntad (o no) de convivir (y por ende, de pactar y de intentar acuerdos cooperados y democráticos, lo mismo que justos y eficaces), algo a lo que los nacionalistas catalanes y vascos (nacionalismos claramente que han evolucionado conceptualmente, incluso en este último caso con la adopción de vías pacíficas para resolver los conflictos, algo impensado hace escasos años) parecen más destinados hoy que los constitucionalistas españoles. Por eso es que el Estado español tiene (cuanto menos) serias dificultades para acomodar la diferencia en su seno –ni hablar de su aprieto en contener ciertas proporciones de pluralismo jurídico–, y que dicha dificultad, sumada a su baja legitimidad política en los territorios conflictuales en cuestión,⁵² hacen que (al menos) podamos afirmar que el mismo, de continuar con las visiones clásicas del conflicto, continuará presentando crecientes impedimentos para la resolución pacífica, cooperada y democrática de un problema de pleno siglo XXI.

7) En el conflicto escocés parece haber imperado (en ambos actores) –a diferencia de los casos catalán y vasco– el paso de un paradigma jurídico de gestión (es decir, de un marco teórico del derecho que solo se concibe a sí mismo como ordenador y administrador del estatus quo del sistema jurídico, manteniendo en su seno la propia disputa) a un paradigma de solución de conflictos, que incorporó a esa legalidad formal de utilidad histórica la idea de un derecho que estructura también –en perspectiva de transformación o cambio– los básicos conflictos e intereses plurales de la sociedad, ampliando de esta manera las formas

52. Imanol Zubero Beaskoetxea, “El debate sobre el derecho de autodeterminación en Euskadi”, 2002, p. 89, en Xabier Etxenerria Mauleon *et al.*, *Ob. Cit.*, 2002, p. 24. Otro interesante tema que merece mayores estudios es analizar en qué grado esa exigencia de legitimidad política en que se intenta basar a los nacionalismos periféricos puede serle atribuida al mismo tiempo al Estado (español, británico, etcétera) en esos territorios (Euskadi, Cataluña, Escocia, etcétera). En otras palabras: ¿Cómo es de legítimo políticamente el Estado español/inglés en Euskadi/Cataluña/Escocia?

participativas de los individuos y los colectivos humanos. El Estado británico parecería querer pasar a un paradigma de resolución de conflictos como el dado, mientras que, el Estado español, parece intentar mantenerse a una cada vez más anacrónica gestión del mismo.

8) Por último, una exigencia democrática difícilmente contrarrestable por las visiones estatales: la existencia de dos interrogantes claves, esto es, si se considera justo o no –enfocándonos en un *ideal de justicia* amplio– y si resulta factible (posible) o no la utilización del derecho a decidir. En los tres casos de análisis son perfectamente planteables positivamente las respuestas a ambos interrogantes. En decir, es perfectamente justo plantear que los vascos, catalanes y escoceses poseen un derecho a decidir (en los términos dados) y al mismo tiempo sería posible organizarlo políticamente, apoyándonos en concepciones superiores, emancipadoras y democráticas (y, por ende, alternativas) a las actualmente existentes.

Palabras finales

Los conflictos seleccionados a los efectos del examen de las realidades descritas han puesto en evidencia la exigencia de ampliar la concepción dominante de democracia y expandir sin trabas la lógica (*democrática*) que durante mucho tiempo ha estado supeditada a las exigencias tanto de la reproducción del capitalismo como del Estado Nación y sus aparatos burocráticos. Estas representaciones y la descrita pluralidad institucional global que parece avecinarse deben encontrar paradigmas –como el de pluralismo jurídico u otros posibles– que interpreten mejor las conflictualidades de reconocimiento de observación, en juridicidades asentadas sobre aquellos sujetos o comunidades humanas con evidente legitimación política y cuyo poder el Estado Nación había considerado equivocadamente como inherente y derivado de su representación como tal (es decir, de él mismo).

Los *derechos de autodeterminación*, administrados por la comunidad internacional en realidades adaptadas a otros momentos históricos (descolonización, bipolaridad, intereses políticos concretos, etcétera) y más allá de haber indicado por qué cualquier desarrollo jurídico que desenvuelva al mismo tiempo el reconocimiento y el ejercicio internacional de esos derechos necesariamente deberá contener en su seno –bajo parámetros actuales

y diferenciales— un derecho a la separación o secesión de los mismos, se obligarán a adaptarse a realidades contemporáneas que conserven (igualmente) el justo espíritu de la libre determinación democrática. De lo contrario seguiremos inmersos en paradigmas jurídicos de mera gestión, no de resolución de conflictos.

Asimismo, cualquier negociación posible en los conflictos de exploración deberá tender no solo al reconocimiento estructural de la diferencia en presencia de condiciones que impidan a la gente determinar sus acciones o de las condiciones de las mismas —en ámbitos que no sean limitativos al propio derecho positivo—, sino también garantizar al mismo tiempo el principio democrático según el cual exigirá la intervención de todos los *demos* posibles, ampliando la mediación-participación ciudadana y el control efectivo de los ciudadanos sobre sus intereses y necesidades sociales, permitiendo, por tanto y tal lo observado, la (re)construcción de las esferas participativas y públicas en caracteres descentralizadores y plurales. Se trata de tender, entonces, a *autodeterminaciones posibles*, no solo legales, y a articular realidades nacionales diferenciadas en una misma democracia, a fin de advertir una idea (tendiendo a un acuerdo fáctico que busque la coexistencia pacífica entre distintas identidades) que supere el modelo actual de un derecho internacional que admite en general su reconocimiento, pero no su ejercicio.

Construir el mañana sobre esas bases, más temprano o más tarde, habilitará interesantes puntos de apoyo —es decir, mayores coberturas jurídico-políticas efectivas a las actualmente descritas y existentes— a fin de resolver conflictos como los vistos en forma pacífica, democrática y cooperada, a través de un acuerdo sin exclusiones que contemple inercialmente el reconocimiento de la existencia de un sujeto de derecho y del derecho a decidir su propio futuro, pero sobre las bases limitadas, negociadas y plurales desarrolladas.

Bibliografía

- Breda, Vito, “La Devolution de Escocia y el Referéndum de 2014: ¿Cuáles son las repercusiones potenciales en España?”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Número 31, UNED, España, 2013.
- Brotons, Antonio Remiro, “Soberanía del Estado, Libre Determinación de los Pueblos y Principio democrático”, en Fernando M. Mariño Menéndez

- (coord.). *El derecho internacional en los albores del siglo XXI: homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- De Blas Guerrero, Andrés, *Nacionalismo e ideologías políticas contemporáneas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1984.
- De Obieta Chalbaud, José Antonio. *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*, Tecnos. Madrid, 1985.
- Etxeberría Mauleon, Xabier; Felipe Gómez Isa, Eduardo Javier Ruiz Vieyetz, Trinidad Vicente Torrado e Imanol Zubero Beaskoetxea, *Derecho de autodeterminación y realidad vasca*, Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2002.
- Filibi López, Igor, “Redefiniendo el reto de la diversidad nacional desde el federalismo”, en José María Vidal Beleran y Miguel Ángel García Herrera (coords.), *El Estado Autonómico: integración, solidaridad y diversidad*, Volumen II, Instituto Nacional de Administración Pública, Colección Estudios Goberna, Madrid, 2005.
- González Jiménez, Mónica, “Soberanía y Libre Determinación: un asunto de pueblos”, en *Revista Con-ciencia Política*, Colegio de Veracruz, Vol. 1. Nº 5, México, 1995.
- Heller, Agnes, *Beyond Justice*, Basic, Nueva York, 1987.
- Herrero de Miñon, Miguel, “Autodeterminación y Derechos Históricos”, en *Derechos Históricos y Constitucionalismo Útil*, Fundación BBV, Bilbao, 2000.
- Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, Textos Universitarios, México. 3ª Edición, 1969.
- Lefebvre, Henri, *Manifiesto Diferencialista*, Siglo XXI, México, 1972.
- Maldonado Aranda, Salvador, “El derecho a la diferencia de las identidades étnicas y el Estado nacional”, *Alteridades*, Vol. 4, Núm. 7, México, 1994.
- Pinto, Mónica, *El Derecho Internacional: vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2ª ed., 2008.
- Pons Rafols, Xavier, “Legalidad internacional y derecho a decidir”, *Revista Electrónica de estudios internacionales*, 2014. Disponible en www.reei.org.
- Sánchez, Víctor M, “Autodeterminación, secesión y Derecho internacional”, *El “Debat”*, 11/10/2012. Disponible en <http://www.eldebat.cat/cast/>

notices/2012/10/autodeterminacion__secesion_y_derecho_internacional_64352.php

Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nova cultura do Direito*, Editora Alfa Omega, 3a ed., São Paulo, 2001.

Young, Iris Marion, “*La justicia y la política de la diferencia*”, Madrid, Cátedra, Universidad de Valencia, 2000.

Algunos problemas sobre la aplicación del Derecho Extranjero en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino: El tratamiento de las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado

*Mónica Sofía Rodríguez**

Resumen

El presente trabajo se propone efectuar algunas consideraciones respecto a la importancia de la inclusión de normas específicas relativas al Derecho Internacional Privado (DIPr), en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Para ello, se analizarán algunas de las denominadas cuestiones propias del DIPr, dado que la complejidad de los problemas relativos a las relaciones privadas internacionales no permite efectuar un estudio exhaustivo en estas pocas palabras.

* Abogada, doctora en Derecho Internacional Privado, posgraduada en Asesoría Jurídica de Empresas, Concursos y Quiebras, y Negocios Internacionales y Derecho Comercial profundizado (UBA); subdirectora de la Maestría en DIPr UBA; subdirectora del Instituto de DIPr del Colegio de Abogados de San Isidro. Docente investigadora categorizada UBA, Docente investigadora de la UCES. Adjunta de DIPr y Derecho de la Integración, UBA. Titular de DIPr y Comunitario, Universidad de Palermo. Publicaciones: *Ley Aplicable al Contrato Internacional. La imperiosa necesidad de lograr su armonización legislativa en el Mercosur*, Editorial Académica Española, 2012; *El salvataje de empresas en el Mercosur: ¿Una quimera o una realidad?* Tomo I y II Editorial Académica Española, 2011; “Los Tratados de Derecho Internacional Privado en el Digesto”, en *Digesto Jurídico Argentino Comentado, Tomo IV*, La Ley, 2014; “El interés superior del niño en el trámite de restitución de menores”, *Revista N° 2014-III, Revista de Familia de Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, julio de 2014.

Sin embargo, la tarea estará cumplida con llevarle al lector algunas reflexiones sobre los problemas relativos a la aplicación del derecho en el ámbito internacional y su nuevo tratamiento en el sistema jurídico de fuente interna argentino, con algunas breves referencias a las disposiciones del Código Civil de Vélez Sarsfield y a las normas de fuente convencional, cuando fuere pertinente.

Palabras clave: aplicación del Derecho Extranjero, reenvío, orden público internacional, fraude a la ley, calificaciones, cuestión previa.

Some Problems on the Application of Foreign Law in the New Argentine Civil and Commercial Code: Treatment of Own Private International Law Issues

Abstract

In this paper I propose to make some considerations about the importance of including specific rules on private international law, the new Civil Code and Commercial Procedure.

To do this, a few of the known characteristics of DIPr issues will be discussed, since the complexity of the problems relating to private international relations do not allow an exhaustive study of these. However, the task will be accomplished proposing some reflections on problems relating to the application of law in the international arena and its treatment again in the Argentine legal system internal source, with a few brief references to the provisions of the Civil Code of Vélez Sarsfield and rules of conventional source when relevant.

Keywords: foreign law application, international public order, fraud, qualifications.

I. Introducción

Cuando las relaciones jurídicas desbordan las fronteras de un Estado y se desarrollan en el ámbito internacional, resulta necesario establecer, entre otras cuestiones, el sistema jurídico al que quedarán sometidos tales actos, a fin de establecer su validez, legalidad, su eficacia, extensión de los derechos y las obligaciones que se generen, etcétera

Si bien, el Derecho Internacional Privado, para el cumplimiento del objetivo¹ que le es propio (la regulación de la relación jurídica internacional que involucre el interés de una persona privada) se vale también de normas de estructura directa, la norma indirecta o regla de conflicto es considerada como la norma típica del DIPr, ya que tiene por función establecer el imperio legislativo y jurisdiccional ante una cuestión *ius privatista* internacional.²

Es decir que la norma indirecta, a través del punto de conexión, establece la ley aplicable o la jurisdicción competente en el ámbito internacional. Esta mecánica y la propia naturaleza de la disciplina ponen en relieve problemas específicos, cuestiones propias que requieren una regulación especial.

Algunas de las denominadas “cuestiones propias del Derecho Internacional Privado” fueron abordadas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en el Capítulo 1 –Disposiciones Generales– del Título IV.

Así, por ejemplo, las cuestiones relativas a la jerarquía de las distintas fuentes del derecho (art. 2594), a la aplicación del derecho extranjero (art. 2595), de las normas internacionalmente imperativas (art. 2599), el reenvío (art. 2596), el fraude a la ley (art. 2598), el orden público internacional (art. 2600). Sin embargo, se ha omitido el tratamiento de otras cuestiones tales como el de las “calificaciones” o la “cuestión previa”.

Por esta y otras razones, es que, en una primera conclusión, y sin dejar de reconocer los beneficios de la sistematización de conceptos y normas del Derecho Internacional Privado en un título único, las soluciones brindadas aparecen como insuficientes, por cuanto resultaría conveniente una pronta revisión.

A continuación, me permito efectuar un breve comentario de algunas de las disposiciones introducidas a la fuente interna por la reforma en esta disciplina, y analizar el impacto que tales normas producen en nuestro sistema jurídico.

1. El autor interesado en profundizar respecto al objeto del DIPr, puede consultar Stella Maris Biocca, Sara Lidia Cárdenas, y Victoria Basz, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Ed. Universidad, Buenos Aires, 1997, pp.32 y ss.

2. Biocca, Cárdenas y Bazz ob. cit., pp. 65 y ss. También Fernández José Carlos Rozas, Lorenzo Sixto Sánchez, *Derecho Internacional Privado*, 6ª ed., Ed. Civitas, España, 2011, pp. 117 y ss. Mónica Sofía Rodríguez, “Los Tratados de Derecho Internacional Privado en el Digesto” en *Digesto Jurídico Argentino Comentado*. Buenos Aires, Ed. La Ley, 2014, pp. 547 a 561.

II. La jerarquía normativa

Vélez Sarsfield no había incluido en el Código Civil disposición alguna que contemplara y resolviera en forma general el problema de la jerarquía normativa. Lejos de constituir ello una omisión en nuestro sistema jurídico, la cuestión está regulada y resuelta, desde el propio nacimiento de la vida constitucional argentina, en el art. 31 de la Constitución Nacional, y posteriormente completada por el artículo 75 incs. 22 y 24 de la reforma de 1994, que fue motivo de interpretación jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en varias causas que evidenciaron una evolución, cuyo desarrollo excede el análisis propuesto en esta oportunidad.³

El nuevo Código Civil y Comercial dispone, en el artículo 2594, que “las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna”.

El tema de la jerarquía de las distintas fuentes tenía tratamiento normativo, amplio debate doctrinario y soluciones jurisprudenciales. Una rápida lectura nos llevaría a concluir que la inclusión de la jerarquía de las distintas fuentes resulta al menos innecesaria dado que, como ya se expuso, este tema está tratado y resuelto en la Constitución Nacional por lo que este artículo no viene más que a reiterar aquella solución, lo que resulta obvio, ya que una disposición en contrario hubiera significado su inconstitucionalidad.

3. Entre la extensa jurisprudencia comentada, y doctrina desarrollada sobre el tema de las fuentes del derecho, el lector puede consultar AA.VV., *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración. Serie de libros universitarios*, Capítulo I Fuentes del Derecho Internacional Privado, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011 pp.3 a 47. También Sara Feldstein de Cárdenas y Mónica Rodríguez, *Guía de Estudios. Programa desarrollado de la materia Integración. Parte General y Especial*, Editorial Estudio, Capítulo IX, pp. 139 a 146, Buenos Aires, febrero del 2010; y Mónica Rodríguez, “Las fuentes del Derecho Internacional Privado en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, Ed. Albrema, marzo 2015, eldial.com.

Pero existen en el texto otras cuestiones que es importante destacar que sean advertidas correctamente.

Como primer punto, el artículo aclara que, ante la falta de norma convencional específicamente aplicable a la cuestión, corresponde la utilización de la ley que determine la norma de conflicto argentina. Esta solución, además de ser técnicamente correcta, impide al encargado de solucionar la controversia recurrir a la aplicación analógica de las convenciones o acuerdos internacionales que no resulten de aplicación directa al caso.

En más de una oportunidad hemos visto que los magistrados que deben solucionar un conflicto con elementos extranjeros y, ante la falta de tratado específico entre los Estados interesados en la cuestión, recurren a la aplicación analógica de otras normas de fuente convencional, lo cual constituye un error.

En los supuestos en los que no existe una norma convencional específica aplicable al caso, el juez debe recurrir a la norma de conflicto de su propio sistema para determinar el derecho aplicable. Esta solución queda ahora claramente expresada en el nuevo artículo lo que parece adecuado, y erradica toda duda respecto a la forma de determinar la ley aplicable.

Existe también en el nuevo artículo 2594, otra cuestión cuya intensión no aparece tan clara, evidente, y es la alusión a “varios ordenamientos jurídicos *nacionales*”.

Estimo que ella tuvo por objeto evitar que se recurra a la llamada “*lex mercatoria*”, “*lex informática*” en situaciones en las que no se autorice la aplicación de usos, costumbre o principios generales, intentando brindarle un estatus jurídico que aquellas no poseen. La norma dispone que la vinculación (y, por lo tanto, remisión) que se efectúa por intermedio de la norma de conflicto, es siempre sistemas jurídicos estatales y conduce a la aplicación de leyes, de normas estatales, y no al derecho en una noción amplia. No obstante, como veremos más adelante, en el Título IV se ha optado en forma reiterada por la expresión “derecho”, lo que viene a avivar un antiguo debate.

Otra posible interpretación de la inclusión del término *nacionales* nos conduciría a entender que el derecho extranjero no comprende las normas de fuente *internacional* o convencional, y esta interpretación conculca, contradice la concepción monista del derecho, adoptada por nuestro país, por cuanto no podría sostenerse.

III. Aplicación del derecho extranjero

La llamada “aplicación del derecho extranjero” constituye una de las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado, que se presenta cuando, por determinación de la norma de conflicto, el magistrado interviniente en una situación *ius* privatista internacional y necesita recurrir a las soluciones normativas establecidas en un derecho foráneo.

Entonces, ante tal situación deberá primero establecer, discernir, si el llamamiento efectuado está dirigido al derecho extranjero como tal (es decir como derecho), o bien, si la superación de las fronteras provoca la mutación de la ley en un mero hecho.

Se plantea así la cuestión de determinar la naturaleza jurídica o fáctica de la regulación extranjera aplicable al caso.

También, en íntima relación a ello, surge asimismo el problema de su aplicación procesal: de oficio (como consecuencia de que el juez debe fundar su solución en el derecho pertinente) o a pedido de parte interesada (que como todo hecho, debe ser probado por quien lo alegue).

Es así como, ante la aplicación de la ley extranjera, se presentan dos aspectos centrales a resolver:

- a) El relacionado a la naturaleza del derecho extranjero: esto es saber si el mismo es un derecho, o si por el contrario tiene naturaleza fáctica, es decir es un mero hecho.
- b) El del tratamiento procesal del derecho extranjero: acerca de si corresponde su aplicación de oficio o si solo debe ser judicialmente aplicado cuando ha sido alegado y debidamente probado por las partes.

Con relación a determinar la naturaleza del derecho extranjero, han surgido dos posturas doctrinarias antagónicas.

Los partidarios de la teoría normativista consideran que el derecho no muta por el traspaso de la frontera conservando su naturaleza esencial de norma jurídica, y consecuente con ello, es habitual que los autores propicien su aplicación de oficio, como una obligación para el juez sobre la base en distintos fundamentos (la existencia de comunidad jurídica internacional, comunidad política, seguridad jurídica, etcétera).

Por el contrario, bajo la invocación de estrictas cuestiones de soberanía normativa, quienes propugnan, propician la teoría realista, niegan que exista

por parte del Estado la obligatoriedad de reconocer y aplicar el derecho extranjero como tal (como derecho y como extranjero), y, en los supuestos en que la norma de conflicto determina su aplicación, la fundamentan en la conveniencia internacional, cuestiones de utilidad, el necesario reconocimiento de derechos adquiridos, etcétera. El derecho extranjero es, bajo esta concepción, un simple hecho (legislativo) ocurrido en un Estado extranjero y quienes pretendan valerse de sus soluciones deberán alegar su existencia, su alcance, su contenido, así como debe demostrar el acaecimiento de cualquier otro hecho que se invoque en un proceso para fundamentar la postura asumida en el litigio.

También se ha dicho que la aplicación del derecho de otro Estado:

(...) nos enfrenta a una contradicción fundamental entre el sistema del foro y el sistema extranjero, pues ambos son ordenamientos jurídicos con un tratamiento procesal diferente. El principio *iura noit curia*, no opera, en principio, para el derecho extranjero. Sin embargo, tampoco el derecho extranjero tiene la consideración procesal de un simple hecho, al menos en todas las hipótesis. Los hechos, una vez probados, siguen siendo hechos. Sin embargo, el derecho extranjero debidamente acreditado se erige en auténtico derecho, que va a ser aplicado por el juez para resolver la controversia (...).⁴

Como puede advertirse, el planteo de este tema no resulta del todo fácil.

A. Algunos exponentes de la concepción normativista

Como exponentes de la concepción normativa podemos mencionar a autores como Pascual Mancini o Federico Von Savigny.

Para Mancini es la Nación y no el Estado el sujeto de derecho internacional y la humanidad es una sociedad grande y natural de nacionalidades iguales e independientes que coexisten bajo el imperio de la ley suprema del derecho por ser obligatorio. Como postulados de su doctrina afirma que, de la existencia de la comunidad de derecho deriva el deber internacional de aplicar en un territorio nacional la ley extranjera y ello no constituye un acto

4. José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Civitas, 6ª ed., Madrid, 2011, pp. 154.

de cortesía ni de utilidad recíproca, sino que todas las naciones deben observarlo en igual medida, con reglas idénticas, prescribiendo su aplicación en las legislaciones y en las sentencias. Implica la necesidad de crear reglas de conflicto uniformes que respeten los intereses de los gobiernos contratantes, y contemplen el necesario acuerdo, equilibrio entre la libertad del individuo y el poder social.

Para lograrlo, Mancini sostiene que existen determinados principios que todas las naciones deben respetar por pertenecer a la Comunidad Internacional. Ellos son:

-*Libertad*: Rige la parte voluntaria del derecho que está constituida por las relaciones jurídicas donde la ley aplicable estará determinada por la autonomía de voluntad de las partes (contratos, obligaciones y ciertos bienes).

-*Nacionalidad*: Rige la parte necesaria del derecho, integrada por cuestiones relativas a la capacidad y el estado de las personas, relaciones de familia, sucesiones.

En los supuestos en que la ley elegida por las partes en los contratos, o la de la nacionalidad (en las relaciones pertinentes) ofrezcan soluciones que vulneren el derecho público, la moral humana y social, buenas costumbres, los derechos inherentes a la naturaleza humana, el régimen de inmuebles, las instituciones incompatibles con el orden económico de la Nación; por afectar el orden público, se impone la aplicación de la ley territorial, en protección a un principio superior a los antes mencionados: el de Soberanía. Así entonces, la aplicación del derecho extranjero se ve limitada cuando opere en cuestiones que pongan en riesgo, vulneren la soberanía nacional.

Por su parte, Savigny considera que las reglas jurídicas están destinadas a regular las relaciones de persona a persona o de persona a cosa, por un cierto tiempo y en un determinado espacio, elementos que por no ser siempre los mismos, establecen la necesidad de fijar la esfera de acción de cada norma.

Federico Carlos de Savigny difundió el principio de la comunidad jurídica de los Estados, sobre la base de en una común inspiración, espíritu, civilización, principios básicos y leyes, es decir, concordancia en las bases fundamentales de la organización jurídica (el cristianismo y el derecho romano), de manera que en un país pueden aplicarse las leyes de otro y solucionarse las diferencias legislativas que no lleguen a herir el fondo o *sustratum* de la legislación de cada Estado integrante de esa comunidad jurídica.

Para la determinación del derecho aplicable en cada caso, para la solución del conflicto legislativo, estableció una regla de solución que prescribía que a cada relación jurídica deberá aplicarse el derecho más conforme con su naturaleza y esencia, sin importar si ese derecho es nacional o extranjero, y corresponderá al derecho del lugar en donde tiene su asiento la relación jurídica.

El fundamento de tal solución estaba dado, como se señaló, por la existencia de una comunidad jurídica de los Estados torna obligatoria la aplicación extraterritorial del derecho.

B. Las concepciones realistas del derecho extranjero

Por su parte, los defensores de las teorías realistas conciben al derecho extranjero como un hecho y fundamentan su aplicación extraterritorial en la cortesía internacional o *comitas gentium* (Escuela holandesa del siglo XVII) en la *comity* (Escuela angloamericana del siglo XIX), o en la teoría del uso jurídico (Goldschmidt), como todo hecho tendrá que alegarse y probarse.⁵

Joseph Beale, autor norteamericano perteneciente a la Escuela de Harvard sostenía que, para el reconocimiento de derechos adquiridos en el extranjero, deberá corroborarse que tales derechos han nacido como consecuencia de la aplicación de la ley competente –jurisdicción legislativa–, y para que produzca efectos extraterritoriales deberá existir una ley en el Estado que va a reconocerlos, lo que sucederá por medio de una incorporación material del derecho subjetivo extranjero a través de las reglas de solución de conflictos que son nacionales.

Ernest Lorenzen, profesor norteamericano perteneciente a la Escuela de Yale, junto a W. Cooch afirman que el *forum* solo aplica su propia ley, su propio derecho, y cada jurisdicción local se halla exclusivamente ligada a su propio derecho; el derecho objetivo extranjero es el modelo que utiliza el juez para recrear el derecho subjetivo adquirido en el extranjero como local. El rol de la regla de conflicto es doble, por un lado, incorpora en la legislación del *forum* todas las leyes sobre los contratos promulgados en

5. Los principales medios para probar el contenido y vigencia de la ley extranjera son: la prueba documental, tales como copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia y precedentes judiciales; la prueba pericial, dictámenes de abogados o expertos en la materia; y los informes del Estado requerido.

los diferentes países y por el otro el juez realiza una elección entre todas las leyes que ha nacionalizado previamente.

C. La solución en el Código de Vélez

Si bien la redacción del Código Civil de Vélez Sarsfield fue anterior al desarrollo doctrinario de varias de las llamadas “cuestiones propias del DIPr”, por cuanto no contempló soluciones expresas para ellas; sí resolvió el problema de la aplicación del derecho extranjero en tan solo un artículo, cuya redacción y nota, dieron origen a un interesante debate doctrinario.

Así estableció que “La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes, exceptúense las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial” (artículo 13 del Código Civil).

A su turno, en la nota al artículo antes transcrito, expresó que “La ley extranjera es un hecho que debe probarse. La ley nacional es un derecho, simplemente se alega sin depender de la prueba”.

Vélez tomó el texto del artículo 13 de Freitas y de Story y en él se reconoce la raíz de la doctrina de la cortesía internacional, introducida en el siglo XVII por la Escuela estatutaria holandesa antes señalada.

Al hallarse esta solución en abierta contradicción con otras disposiciones de Derecho Internacional Privado y con la doctrina savignyana, que Vélez sigue para la regulación de muchas situaciones y relaciones jurídicas *ius privatistas* internacionales, la doctrina argentina especializada había elaborado diversas interpretaciones posibles a tal norma. El abanico interpretativo comprendía desde: la “negación o inexistencia” (Alcorta), su “aplicación restrictiva” (Vico y Mordeglia,⁶ una interpretación exegética, hasta quienes propiciaban la derogación del artículo 13 por considerarlo equivocado y anacrónico (Cárdenas, Basz, Biocca, Romero del Prado, Pardo, Calandrelli, etcétera).⁷

6. Cuando la norma de conflicto “impone” la aplicación del derecho extranjero *debe* aplicarse de oficio, en tanto que cuando la ley “autoriza” su aplicación, en aquellas situaciones que caen bajo el dominio de la autonomía de la voluntad, la ley elegida por las partes deberá alegarse y probarse.

7. Consultar Biocca, Stella Maris; Cárdenas, Sara Lidia y Basz, Victoria, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Ed. Universidad, Buenos Aires, 1997, pp.133 y ss.

D. Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado (MJyDH):

En el estudio de los antecedentes, se debe aclarar que, en su oportunidad, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado receptó el principio de oficialidad, lo cual implicaba un notable avance en el Derecho Internacional Privado de fuente interna, armonizando lo que ya se encuentra incorporado por la vía de la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 aprobada por Ley 22.921 por la República Argentina y mucho antes, en el Protocolo Adicional del Tratado de Montevideo de 1940, ambos en vigor, en nuestro sistema jurídico.

Sin embargo, el proyecto incorporaría la teoría del uso jurídico en el Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna que se da porque la norma de conflicto señala como hecho decisivo: *la sentencia de fondo que con mayor grado de probabilidad dictaría el juez extranjero sobre el particular sometido a su derecho*, en la hipótesis de que le hubiera tocado resolverlo.

En el dictamen que fue presentado desde el Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de San Isidro, se consideró que tal solución no era del todo adecuada, en razón a que “el llamado que hace la norma de conflicto es al orden jurídico extranjero y no a la sentencia probable del juez extranjero, lo cual implicaría desnaturalizar la sentencia que en tal caso carecería de un presupuesto de validez: “estar fundada en derecho”⁸.

Por otra parte, a través de la teoría del uso jurídico que se receptaba en dicho Proyecto, se estaría efectuando una especie de calificación autárquica de “derecho extranjero” distinta del sistema adoptado por el artículo 6 del mismo proyecto. Esto implica una contradicción, flagrante, no deseable.

8. El informe elaborado por las Dras. Sara L. Feldstein de Cárdenas, Mónica S. Rodríguez y Luciana B. Scotti desde el Instituto de DIPr del Colegio de Abogados de San Isidro fue elevado al Honorable Consejo Directivo del CASI, y presentado a los representantes del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en junio de 2005. Publicado en la *Revista Síntesis Forense* N° 116 del Colegio de Abogados de San Isidro, septiembre/octubre 2005 y en el Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración –Diario jurídico. elDial.com– octubre y noviembre de 2007.

E. La solución en el nuevo Código Civil y Comercial

Con el rótulo de “aplicación del derecho extranjero” el artículo 2595⁹ contiene varias disposiciones diferentes ofreciendo, para alguna de las hipótesis, la solución en forma indirecta a través de la norma de conflicto, y en otro supuesto, concretamente en el inciso c.), se optó por una norma de estructura directa para resolver la cuestión planteada en su hipótesis, cual es, la pluralidad normativa aplicable a una misma relación jurídica o a un mismo caso.

El artículo, en su inciso a) recepta el principio de oficialidad, armonizando de esta manera la fuente interna con las disposiciones de fuente convencional anteriormente referidas: la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Montevideo de 1979 y en el Protocolo Adicional del Tratado de Montevideo de 1940, ambos en vigor.

La norma dispone que cuando el derecho extranjero resulte aplicable, el juez deberá establecer su contenido y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino.

Se impone al juez argentino, la obligación de determinar el contenido del derecho extranjero, pero a su vez indica que, si ello resulta imposible,

9. Artículo 2595. Aplicación del derecho extranjero. Cuando un derecho extranjero resulta aplicable:

- a. el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino;
- b. si existen varios sistemas jurídicos cogigentes con competencia territorial o personal, o se suceden diferentes ordenamientos legales, el derecho aplicable se determina por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de tales reglas, por el sistema jurídico en disputa que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate;
- c. si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos.

debe aplicar su propio derecho (*lex fori*). Es decir, la norma establece un punto de conexión subsidiario en forma general para todos los supuestos en los que el magistrado se vea imposibilitado de establecer el contenido del sistema jurídico extranjero; y abre la posibilidad a las partes de colaborar con tal determinación pudiendo alegar y probar la existencia de la ley invocada o impuesta por la regla de conflicto local.

Se advierte así un cambio radical en la mecánica impuesta para establecer la vigencia y contenido de la ley extranjera, con lo establecido en el artículo 13 del Código Civil de Vélez,¹⁰ siendo ahora obligatoria su determinación para el juez y quedando permitido a las partes, en forma facultativa, lo que antes era una carga para ellas.

No obstante, esta modificación sustancial en el abandono de la teoría realista en la concepción del derecho extranjero, debe advertirse que la posibilidad conferida al juez de aplicar la *lex fori* cuando no pueda establecer el contenido del derecho extranjero, no puede convertirse en la regla de aplicación, tentando al magistrado a recurrir a la ley que más fácilmente accede, conoce, interpreta y aplica (la propia) alegando “imposibilidad de conocer” la ley extranjera volviendo a poner en hombros de las partes la carga de la prueba respecto a su vigencia, alcance, contenido e interpretación.

Parte de la doctrina especializada interpretó que el artículo 13 refería los casos en los que la aplicación del derecho extranjero era facultativa, por el ejercicio de la autonomía de la voluntad, único supuesto en que la ley “autoriza” la aplicación del derecho extranjero, ya que en el resto de las situaciones la norma aplicable “se impone”.

Por su parte, se ha dicho que el respeto al país extranjero y, en su caso, a las personas que en él han actuado, exige que “apliquemos” el Derecho extranjero tal cual lo aplicarían en el país respectivo. Lo que nosotros hacemos, no es, pues, en realidad “aplicación”, sino “imitación del Derecho extranjero” (teoría del uso jurídico de Goldschmidt).

Conforme la teoría del “uso jurídico”, al declarar aplicable el Derecho extranjero, la referencia no se hace a las normas jurídicas foráneas sino a la

10. Artículo 13: La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúense las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial.

sentencia que con el mayor grado asequible de probabilidad dictaría el juez extranjero con miras al particular, sometido a su Derecho, en la hipótesis de que este particular realmente se hallase radicado en sus estrados.

Sin embargo, queda claro que la solución ahora establecida en el art. 2595 a) del Código Civil y Comercial impone la aplicación de oficio del derecho extranjero, como tal, como derecho, y que, para su mejor aplicación, debe ser interpretado como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, pero no pierde su naturaleza jurídica ni su carácter de extranjero.

Se plantea una situación diferente en el apartado b) del artículo en estudio, que establece una nueva hipótesis de regulación donde se trata la cuestión de la pluralidad de ordenamientos jurídicos aplicables; es decir, cuando la remisión al derecho extranjero conduce a ordenamientos federales con diversos códigos sustantivos, normas materiales en su territorio.

En esos casos (de covigencia normativa en un mismo territorio estatal), el derecho aplicable se determinará por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de tales reglas, por el sistema jurídico en disputa que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate.

Para concluir, se destaca que el apartado c) efectúa una clara referencia a la aplicación del *depeçage* y a los problemas de incoherencia que pueden generarse por la aplicación de distintas leyes a diferentes aspectos de una misma situación jurídica. La norma impone, por un lado, la obligación de una necesaria “armonización”, y exhorta al juez a procurar realizar las “adaptaciones necesarias” para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de los derechos aplicables.

La técnica de “ajuste” o “adaptación” del DIPr tiene por fin dar respuesta al problema de la incompatibilidad o fricción entre normas de distintos sistemas jurídicos que deben ser aplicados simultáneamente. En algunos supuestos, puede resultar necesario aplicar a distintos aspectos de la situación privada internacional leyes distintas, ya sean todas ellas leyes extranjeras o bien una o varias leyes extranjeras junto a la *lex fori*. A través de este mecanismo armonizador se busca brindar una regulación armoniosa y coherente del supuesto internacional.

La solución ahora establecida en el nuevo Código Civil y Comercial, encuentra su antecedente en el art. 9 de la CIDIP II. Con mejor técnica de redacción, la norma convencional prevé que: “Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación

jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”.

IV. El carácter imperativo o facultativo del derecho extranjero

No obstante, entiendo que el nuevo Código se inclinó por la consideración normativa del derecho extranjero y que expresamente “impone” su aplicación de oficio, la solución se torna más confusa por la inclusión de la llamada “cláusula de excepción” del artículo 2597.

Se prescribió que “excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso.”

A. Criterios de determinación de la ley aplicable

Cuando se establecen los criterios para la determinación de la ley aplicable a una relación *ius privatista* internacional, la tendencia actual intenta que coincidan diversos puntos que tienen relevancia a fin de evitar que resulte aplicada la ley de un Estado con el que no presente vínculos significativos. Se intenta evitar que la determinación de la legislación aplicable dependa de un único punto de contacto.

Charles Dumoulin¹¹ afirmó que, en defecto de elección de ley por los contratantes, deben emplearse criterios flexibles —a veces el lugar de celebración, a veces el del domicilio de las partes, a veces otros criterios—, que conduzcan a una “ley previsible por los contratantes”. Es el principio de previsibilidad, que se identifica fácilmente con el principio de proximidad: el

11. Jurista francés (1500-1566) perteneció a la primera escuela estatutaria francesa del siglo XVI.

contrato debe regirse por la ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos, que es la ley que las partes esperan ver aplicada a su contrato. Para ello Dumoulin explica el sentido de la regla *lex loci celebrationis* mediante ejemplos y “escapa” de dicha regla cuando no es satisfactoria, esto es, cuando no satisface el principio de previsibilidad = proximidad.¹²

En el criterio adoptado por el artículo en el nuevo Código, el concepto “vínculos más estrechos” no puede entenderse referido a índices de proximidad estrictamente geográficos como residencia, lugar de celebración o ejecución, lugar de situación de los bienes, etcétera; ya que se entiende que estos criterios de conexión no tienen valor en sí mismo ni alcance general, su peso depende del grado de vinculación jurídica y económica que presente respecto de un contrato y su influencia es variable según el tipo de contrato y su naturaleza. Lo fundamental es la medida en que ese vínculo responde a las exigencias de eficiencia económica, seguridad de tráfico y previsibilidad de las partes a tenor de la finalidad económica y jurídica de un contrato determinado.

La adopción del criterio de los “vínculos más estrechos” no deja de ser polémica y provocar controversia en la medida en que, como criterio *ex ante*, parece otorgar muy poca seguridad jurídica. Surge, con claridad, que su precisión estará en manos del magistrado interviniente en la solución de la controversia. La decisión de cuál derecho, entre todos aquellos que posean una conexión o contacto con la relación jurídica, es el que posee el vínculo más estrecho con ella, y cuáles son los elementos que se consideran los más relevantes, parece contener gran subjetividad y, por lo tanto, imprecisión.

Vélez se inclinó por la adopción de métodos subjetivos para la determinación de la ley aplicable intentando vincular y localizar el contrato con la voluntad de las partes si ellas se hubieren planteado tal cuestión. Constituyen criterios rígidos la ley del lugar de celebración o ejecución del contrato. Estos criterios presentan inconvenientes cuando se trata de contratos entre ausentes, o contratos sinalagmáticos con lugar de cumplimiento múltiple o indeterminado.

Se advierte entonces una modificación, un cambio en el criterio seguido para el establecimiento del derecho aplicable.

12. Charles Dumoulin, *Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus*, Comentario al Codex de Justiniano, libro primero, título primero, edición de 1681, tomo III.

Corresponde también efectuar algunas otras observaciones.

Resulta llamativo que se haya inclinado por la adopción de un criterio de aplicación normativa propio de los sistemas flexibles y característico de las materias obligaciones y contratos, en la parte general, y, por lo tanto, rector de todo tipo de relaciones jurídicas (contractuales o no) en el ámbito internacional. La aplicación del derecho con el cual la relación presente los vínculos más estrechos podría no responder a los intereses específicamente tutelados en materias como divorcio, alimentos, responsabilidad parental o insolvencia, máxime cuando tal criterio es utilizado para desplazar (aunque excepcionalmente, pero sin distinción) el derecho llamado por la norma de conflicto.

El criterio de la prestación más característica fue adoptado por la CIDIP V en materia de contratos,¹³ que tuvo como modelo las soluciones propuestas en el Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de Roma de 1980, sustituido luego por el Reglamento Roma I.¹⁴

La CIDIP V adoptó el método objetivo propio del sistema jurídico del *common law* o el “principio de proximidad” desarrollado por la doctrina francesa que busca la aplicación de la “*proper law of the contract*”. Se trata de encontrar el vínculo objetivo de los elementos del contrato internacional con un sistema jurídico determinado.

La doctrina internacionalista atribuye la poca ratificación efectuada a la CIDIP V, entre otras cuestiones, a la amplia aceptación del principio de la autonomía de la voluntad y a la elección de criterios objetivos para determinar la ley aplicable, principios y criterios más propios del sistema anglosajón que a la tradición continental romanista seguida mayormente por los países americanos.

Podemos reflexionar entonces que la determinación de ley aplicable a través de los vínculos más estrechos resulta, hasta ahora, un criterio ajeno a nuestra tradición jurídica. Ausente en el Código de Vélez y en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, lo adoptó el art. 9 de la CIDIP V sobre Derecho

13. La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP V) suscripta en México en 1994 no solo no fue ratificada por la Argentina, sino que solo fue ratificada por el país sede y Venezuela.

14. El 4 de julio 2008 se publicó en el DO L 177/6 la versión oficial del Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, que no fue ratificada por la Argentina y no es un dato menor decir que solo cuenta con dos ratificaciones: Venezuela y México.

Hoy el Reglamento Roma I se aparta, en este punto, de la estructura del Convenio de Roma y formula *a priori* una ley aplicable en defecto de elección a determinados tipos de contratos. Cuando la naturaleza o complejidad del contrato hace difícil la identificación de la prestación característica se abre la posibilidad de excepción de aplicar la ley del país con el cual presente vínculos manifiestamente más estrechos.

Asimismo, alguna doctrina sostiene que “es por ello que su uso es excepcional y debería ser considerado como un mecanismo corrector, mas no como un criterio general”, y en ese sentido entiende que el Reglamento Roma II utiliza tal criterio en el artículo 3.3.¹⁵

Estas consideraciones provocan que seamos cautelosos en la aplicación del criterio de los vínculos más estrechos, mucho más si nos encontramos en relaciones jurídicas fuera del ámbito del derecho disponible.

V. La cuestión del fraude a la ley

La diversidad de los sistemas legislativos puede provocar que las personas –físicas o jurídicas– procuren sustraerse a la aplicación de la ley competente para regir la relación jurídica internacional, colocándose bajo otra que estimen más favorable a sus intereses. Entonces, las partes intentan burlar un precepto imperativo mediante la utilización artificial de la norma de conflicto.

Vélez Sarsfield no incluyó en el Código Civil ninguna disposición general sobre el fraude a la ley que pudiera indicar su aceptación o rechazo expreso, ni optó por ninguna de las distintas teorías aplicables a esta cuestión ya que, su desarrollo se produjo con posterioridad a la sanción del Código Civil Argentino.¹⁶

15. Joan C. Seuba Torreblanca, “Derecho de daños y Derecho Internacional Privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento Roma II”. Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra, *Revista para el Análisis del Derecho*, p. 9. Disponible en: <http://www.researchgate.net/publication/47786757>.

16. Código de Vélez es anterior a la discusión judicial del “*affaire Beaufremont*”, resuelto por la Corte de Casación francesa en 1878.

Sí se advierten algunas soluciones puntuales en materia de contratos, en los artículos 1207 y 1208 y en el artículo 159, relativo a la celebración del matrimonio. Así también en la Ley de Sociedades, el artículo 124 contempla la sanción dispuesta para las personas jurídicas constituidas en el extranjero en fraude a la ley argentina.

Se prohibió la realización de contratos destinados a violar las leyes extranjeras o argentinas, limitando, en una materia regida por normas supletorias, la autonomía de la voluntad de las partes que no puede tener por fin la vulneración de normas imperativas, sean nacionales o extranjeras (arts. 1207 y 1208).

La Ley de Sociedades N°19.550 lo contempló al prever: “La sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento” (art. 124). La conducta fraudulenta de las partes tendiente a vulnerar una norma imperativa, se sanciona con la aplicación de la ley que intentaron evadir: la argentina.

En cambio, el art. 159 (Ley 23.515) al establecer que las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio se rigen por el derecho del lugar de su celebración, “aunque los contrayentes hubieran dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen”, descarta expresamente que tal conducta pueda ser calificada como realizada en fraude a la ley.

Entre las posturas enroladas en la teoría negatoria del fraude a la ley están quienes sostienen su inexistencia en virtud al imperio, vigencia del principio de la autonomía de la voluntad, y quienes, sin negar su existencia, desconocen el fraude como figura autónoma por considerarla subsumida en el concepto de orden público internacional.

En la Argentina existen numerosos fallos en los que el tratamiento de esta cuestión se confunde con el orden público internacional, tanto por los argumentos vertidos por los magistrados actuantes, como por las soluciones elaboradas.

El fraude a la ley comprende la realización de una serie de actos que, si bien aisladamente son lícitos y no podrían merecer sanción, en conjunto están deliberadamente encaminados a escapar al rigor de una ley imperativa. Las partes se valen de conductas permitidas por la ley para alcanzar un objetivo, un fin no permitido.

El nuevo Código dispone, en el artículo 2598, que: “Para la determinación del derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para

las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto”.

Al decir “no se tienen en cuenta los hechos y actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por la norma de conflicto”, se está sometiendo –indirectamente– los supuestos de fraude, al derecho determinado por la norma de conflicto.

Para la existencia del fraude a la ley, el artículo requiere de presencia de los dos elementos constitutivos de tal figura: uno objetivo, la realización de determinados *actos*; y otro subjetivo, la *intención de eludir* la aplicación de la norma imperativa.

Alguna doctrina destaca la dificultad de advertir y probar el elemento subjetivo, es decir “la intención fraudulenta” ya que esta permanece en el fuero íntimo de las partes que no reconocerán su voluntad de burlar una ley imperativa. No obstante, se puede deducir el *animus fraudem legis* del propio comportamiento de los sujetos ya que la relación jurídica se caracterizará por la expansión territorial y la contracción temporal. Sin causa o justificación suficiente las partes realizarán una serie de actos fuera de su territorio en un muy breve lapso, poniendo en evidencia que la única razón para internacionalizar su conducta es sustraerse a la ley imperativa.

Sin profundizar las distintas teorías respecto a la existencia o no del fraude como figura autónoma –que queda sin duda establecida con su regulación independiente–, debo destacar que su distinción práctica con el orden público internacional radica en que este último conduce siempre a la aplicación de la *lex fori*, ya que el orden público busca tutelar principios fundamentales del sistema jurídico del juez que, si son vulnerados por la aplicación del derecho extranjero (al que se arribe por elección de las partes o determinación de la ley) corresponde el desplazamiento de este último y la aplicación de la *lex fori*. En cambio, la finalidad de la sanción del fraude es el restablecimiento del carácter imperativo de la ley eludida, impidiendo la transformación de la norma en facultativa (lo que no siempre conducirá a la aplicación de la *lex fori*).

La solución introducida en el nuevo Código está en concordancia con el art. 6 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales –CIDIP II– que prevé: “no se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosemente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte. Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas”.

Es de destacar que resulta importante y conveniente la inclusión en el nuevo Código, en forma expresa y autónoma, de la figura del fraude a la ley con una clara noción que comprende los elementos objetivo y subjetivo que la configura. Aunque la solución no surge expresa, se desprende la sanción impuesta, ya que conduce a la aplicación del derecho que las partes intentaron evadir, diferenciándolo así, del orden público internacional que conduce a la aplicación del derecho local.

VI. Reenvío

El hecho de establecer que la remisión efectuada por la regla de conflicto al derecho extranjero comprende sus normas indirectas podría originar el conflicto negativo de leyes. Es así, dado que la norma de conflicto extranjera puede determinar la aplicación de su propio derecho material o, por el contrario, considerar aplicable el derecho del juez que conoce en la causa; remisión que, si es entendida también en forma integral, origina un círculo vicioso de sucesivas remisiones.

El Código Civil de Vélez no contempló norma alguna que expresamente se refiera al tema del reenvío ya que fue redactado con anterioridad a que la cuestión surgiera en la jurisprudencia extranjera, dando origen a un importante debate en el ámbito local. Algunos autores consideran que en el Código de Vélez se rechazó el reenvío por referencia a artículos que, en forma específica remiten al derecho sustantivo y dejan de lado la posible intervención de la norma de conflicto.¹⁷

Más allá de las observaciones que se puedan realizar a la solución propuesta, el Código Civil y Comercial regula el problema del reenvío en el artículo 2596 que establece: “Cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica también es aplicable el Derecho Internacional Privado de ese país. Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino. Cuando, en una relación jurídica, las partes eligen el derecho de un determinado país,

17. Para autores como Carlos M. Vico y Carlos A. Lazcano, nuestro ordenamiento rechazaba el reenvío cuando el art. 3283 dispone que el derecho de sucesión al patrimonio del difunto se rige por el derecho “local” del domicilio que el causante tenía al morir, haciendo una remisión a las normas positivas, sustanciales.

se entiende elegido el derecho interno de ese Estado, excepto referencia expresa en contrario”.

El nuevo Código adopta la teoría de la remisión integral, en virtud de la cual, la regla de DIPr que declara aplicable al derecho extranjero se refiere a él en su totalidad, comprendiendo las normas indirectas de exportación, de importación y normas materiales.¹⁸

Se resuelve el problema mediante la aplicación de un reenvío de primer grado que conduce a la aplicación de la *lex fori*, dejando de lado la corriente doctrinaria que considera que la solución adecuada conduce a la aplicación final del derecho material extranjero; es decir, que se debe solucionar el conflicto negativo de leyes aplicando el doble reenvío.

Sin expedirme en esta oportunidad respecto a conveniencia o deficiencia de la solución adoptada, la norma resulta incompleta ya que nada dice respecto a cómo resolver los reenvíos de segundo o grado sucesivo, en los supuestos en los que la norma de conflicto extranjera no reenvíe al derecho del foro, sino al de un tercer Estado.

VII. El vocablo “derecho”

Otra cuestión importante que corresponde analizar consiste en determinar, considerar si aquella remisión que realiza la norma de conflicto, es efectuada al derecho extranjero en forma integral o solamente a la ley material aplicable. Nos encontramos así frente no solo a la ya analizada cuestión del “reenvío”, sino también, a la consideración restringida o amplia de un término que incluiría no solo la ley sustantiva, sino también los principios del derecho, los usos y costumbres.

No agotaré al lector con las sabidas diferencias existentes entre los conceptos “derecho”, “norma jurídica” y “ley”. Sí, en cambio, creo oportuno reavivar el debate respecto a si la remisión que efectúa la norma indirecta es a la “ley” extranjera (como ley material, sustantiva) o al “derecho” foráneo (término comprensivo, abarcador de las distintas fuentes del derecho).

La importancia radica en que, en forma reiterada, se ha utilizado la expresión “derecho” en las nuevas disposiciones de Derecho Internacional

18. Se argumenta que todo el sistema de una legislación nacional compuesta de leyes de fondo y de conflicto forma un conjunto inseparable, dictado para ser aplicado en su totalidad.

Privado introducidas por el nuevo Código, y ello tiene una sustancial connotación práctica.

Tal debate no es novedoso. La cuestión ha tenido un amplio tratamiento en oportunidad de la sanción de la Convención Interamericana de Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, ya antes referida.

En aquella oportunidad se entendió que “de conformidad con la CIDA-CI, el juzgador debe hacer alusión a la *lex mercatoria* existente en defecto de determinar el derecho rector del contrato internacional objeto del análisis en cuestión. En adición a lo anterior, otro criterio incluido en la CIDACI del cual puede echar mano el juzgador para determinar el derecho aplicable al contrato objeto de estudio, en atención a las exigencias de la justicia y la equidad, lo constituyen las normas, costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y las prácticas comerciales (los *trade usages*)”¹⁹.

La Dra. Feldstein recuerda que, en su oportunidad, fue el Dr. Gonzalo Parra Aranguren, quien estimó conveniente que no se limitara la elección de las partes a la selección de una ley de carácter estatal o nacional.²⁰ El autor citado estimaba que la expresión “ley” resultaba demasiado limitada debido a que significaba el reconocimiento de una sola de las fuentes posibles del derecho. Por tal motivo consideró que “era un tema prioritario incluir una disposición que otorgara a las prácticas, a los usos comerciales y a los principios generales de derecho mercantil, un carácter supranacional y prioritario dentro de la jerarquía de las normas para las partes, ya que era imposible que esta Convención, el legislador nacional y la jurisprudencia, avanzaran con la misma rapidez que lo hacen las prácticas y usos comerciales. De este modo insistió en incluir a la *lex mercatoria*, que consideraba una solución innovadora “ya sea como fuente vinculante de orden supranacional o, en último caso, relegando su aplicación a la interpretación de la ley aplicable al contrato”.

19. Francisco González de Cosso, “La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales a la luz del derecho conflictual internacional”, texto recuperado el 29/03/2015, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/24/tci/tci8.pdf>

20. Sara Feldstein de Cárdenas, “La Convención Interamericana de Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado argentino”, p. 7, consultar http://www.academia.edu/4135530/Convención_Interamericana_De_Derecho_Aplicable_A_Los_Contratos.

También se recordó que esta línea de pensamiento fue compartida por el delegado Kozolkchyk de los EE.UU. quien dijo que “si lo que se persigue es otorgar mayor certeza jurídica al tráfico comercial internacional deberían incorporarse los usos y las prácticas comerciales (*trade uses*) y los principios del derecho comercial internacional (*lex mercatoria*) como fuente principal de las obligaciones de las partes”²¹.

Podemos entender entonces que la elección del término “derecho” fue intencional, y en consonancia con las disposiciones de la CIDIP V, pero debemos recordar los intensos debates que se produjeron en torno a él y la baja ratificación obtenida ya que se encuentra vigente solo en dos Estados: Venezuela y México.

VIII. Los límites a la aplicación del derecho extranjero

Vélez Sarsfield colocó las nociones relativas al orden público internacional, como límite a la aplicación del derecho extranjero entre las disposiciones generales del Código Civil en el artículo 14, ampliamente analizado e interpretado por la doctrina y la jurisprudencia argentina.

El nuevo Código coloca el concepto de orden público internacional en la parte destinada a las disposiciones del Derecho Internacional Privado.

Así establece en el artículo 2600 que “las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiren el ordenamiento jurídico argentino”.

La primera observación que se puede efectuar respecto al nuevo artículo está relacionada a la deficiencia de colocar el concepto a definir en el texto de la definición, afirmando que constituyen cuestiones de *orden público cuando se violan principios de orden público*, lo cual poco aclara para brindar una noción de una figura que por su propia naturaleza es vaga y mutable.

Tampoco resulta posible recurrir a otras disposiciones en la búsqueda de una noción adecuada ya que el artículo 12 –determinante del orden público interno– adolece de la misma deficiencia y parece confundir esta noción con la de fraude a la ley.

21. Sara Feldstein de Cárdenas, ob. cit.

Se dispone: “Artículo 2. Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

Aunque, por la pobre redacción dada al artículo 2600, no haya sido expresamente previsto, corresponde afirmar qué ley extranjera debe contrariar de modo “grave” el derecho del juez para justificar la inaplicabilidad del derecho designado por la regla de conflicto, ya que el orden público es un remedio que desde sus orígenes se perfiló con un carácter excepcional con los estatutarios italianos (estatuto odioso) estructurándose con Savigny como un límite a la aplicación del derecho extranjero y Mancini y su relación con la noción de “soberanía” (como principio superior y rector de todo el orden jurídico). El carácter excepcional forma parte de la actual configuración de la noción de orden público internacional.

IX. Algunas omisiones importantes

No obstante, conveniente de la incorporación en un título específico de las normas de Derecho Internacional Privado, no puedo dejar de señalar que se ha omitido incluir, regular en forma expresa, algunas de las llamadas cuestiones propias de esta disciplina que no resultan ser problemas menores, todo lo contrario.

Me refiero en forma específica al problema de las “calificaciones” y a la “cuestión previa internacional”.

A. Calificaciones

El nuevo Código no regula de manera general la cuestión de las calificaciones como sí lo hace con otras cuestiones propias (reenvío en el artículo 2596 o fraude a la ley en el artículo 2598), dejando así en manos del juez la elección de una de las diversas teorías existentes para fijar la noción de los elementos de la norma de conflicto.

Calificar es definir los términos de la norma de DIPr según un determinado ordenamiento jurídico fijando su alcance y extensión. Consiste en la

indagación sobre la categoría jurídica en la que se insertan, se subsumen los hechos o conductas que hayan de regularse.

Algunos tratados contemplan calificaciones específicas (autárquicas), creando así un concepto que será válido, obligatorio, para los países vinculados. Pero cuando tal uniformidad legislativa no se produce, o cuando la norma de conflicto indica la aplicación de un derecho local extranjero por medio del punto de una conexión, por ejemplo, domicilio, queda la incertidumbre de saber qué requisitos evalúa cada ordenamiento jurídico para determinar que una persona se encuentra domiciliada en el territorio del Estado.

Para presentar en forma práctica este problema, tengamos presente, por ejemplo, que nuestro sistema se vale en numerosas disposiciones del punto de conexión “domicilio” para establecer la ley aplicable a una relación jurídica.

Así, el domicilio es la conexión elegida en cuestiones relativas a la capacidad de la persona (artículo 2616), relaciones personales y patrimoniales del matrimonio (artículos 2624 y 2625), causales de divorcio y disolución (artículo 2626), jurisdicción internacional (artículos 2608, 2627, 2629), entre otros.

Si por la mecánica de la norma de conflicto se debe aplicar el derecho extranjero indicado por el punto de conexión, resulta evidente la importancia fundamental de determinar con precisión qué entiende el magistrado actuante por “domicilio” ya que de esa noción dependerá el derecho aplicable, y la correcta solución al caso.

El problema de las calificaciones radica en determinar el sistema jurídico que va a establecer el concepto, la noción de algún elemento de la norma, pudiendo el juez buscar dicha noción en su propio derecho sustantivo (*lex fori*), o en el derecho que resulte aplicable a la cuestión (*lex causae*).

Como adelanté, el nuevo Código Civil y Comercial no determina conforme que sistema jurídico se debe efectuar la calificación de los elementos de la norma indirecta, mas en el artículo 2613 encontramos dos calificaciones autárquicas de términos, conceptos, que son utilizados como puntos de conexión en las normas indirectas: domicilio y residencia.

El concepto de domicilio, requiere dos elementos, uno objetivo o material –la residencia en un determinado Estado–, y otro elemento subjetivo –la intención de establecerse en él–.

Llama la atención la discordancia que se observa con la calificación efectuada respecto a “domicilio” en el artículo 73 donde no se requiere el

elemento subjetivo indicando que “la persona humana tiene domicilio real en el lugar de su residencia habitual. Si ejerce actividad profesional o económica lo tiene en el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad”; mas no se fija como requisito la voluntad de la parte de constituir domicilio (civil o comercial) en dicha residencia, situación que no es afín con el criterio utilizado en el artículo 2613.

La “residencia habitual” es determinada solamente con el elemento objetivo en el Estado en que la persona vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado.

Asimismo, se fija como subsidiario a la noción de residencia habitual, la “simple residencia”, pero tampoco se precisa su concepto en este capítulo ni en el capítulo 5.

No parece que pueda recurrirse a la definición efectuada en el artículo 76 de “domicilio ignorado”, que determina “la persona cuyo domicilio no es conocido lo tiene en el lugar donde se encuentra; y si este también se ignora en el último domicilio conocido”, especialmente en lo que respecta al último párrafo.

Es así como, ante la falta de una norma específica que indique, seleccione, el ordenamiento legal entre los vinculados con la relación jurídica internacional, que deberá utilizarse para precisar el concepto de los diferentes elementos de la norma; la correcta calificación dependerá entonces del adecuado criterio judicial, más que de la claridad de las disposiciones del nuevo Código.

Más allá del acierto o no de las soluciones y nociones elaboradas, representa una cuestión fundamental la determinación precisa, la calificación de este punto de conexión que será determinante en muchas situaciones de la ley aplicable y la jurisdicción competente en el ámbito internacional.

Como un ejemplo de calificación autárquica se puede citar el artículo 2614 que solo tiene por objeto determinar el domicilio de las personas menores de edad volviendo al criterio tradicional, que se encuentran domiciliados en el país en donde poseen domicilio quienes se encuentren a cargo del ejercicio de la responsabilidad parental.

Este artículo contempla tres situaciones diferentes objetos de regulación: 1) cuando el menor convive con quienes ejercen la responsabilidad parental, 2) distintos domicilios de quienes ejercen la responsabilidad parental plural, 3) las hipótesis sustracción o retención ilícitas.

En caso que ambos padres –o cualquier otro supuesto de ejercicio plural de la responsabilidad parental– no vivan en el territorio del mismo Estado, la

norma se inclina por el territorio del Estado de residencia habitual del menor. Esta última solución nos presenta más de una hipótesis ya que comprende la situación en la cual el menor conviva con uno de los padres (en ese caso se mantiene en cierta forma el criterio del domicilio de quien está en ejercicio de la responsabilidad parental) o el supuesto, no tan habitual, en que el menor no conviva con ninguna de las personas en ejercicio de la responsabilidad parental (en cuyo caso, claramente se inclina por la situación fáctica de la residencia habitual del menor para considerarlo domiciliado en dicho Estado).

Sobre esta base, se entiende que los menores y los no emancipados no pueden mudar su domicilio, porque son incapaces; solo pueden operar el cambio sus representantes legales, padres o tutores. Es así que, en estas situaciones resulta conveniente acudir a la concepción objetiva que le atribuye domicilio a la persona en el lugar de su residencia principal o permanente, y se señala, sin mayores dificultades, mediante una conexión de hecho, que prescinde del elemento subjetivo; cuál es la ley que rige la capacidad de esa persona para cambiar domicilio.

Para citar otro ejemplo de la trascendencia, importancia que reviste la cuestión de las calificaciones, pensemos las diferentes soluciones a las que pueda arribarse por las distintas nociones que se tenga del matrimonio caracterizándolo o por la diversidad de sexos, la indisolubilidad, como una institución del régimen de familia, una sociedad conyugal, un contrato.

También podemos entender las normas sobre sucesión, *ab intestato* o testamentaria, como estatutos personales o reales. En el artículo 3607 del Código Civil de Vélez se calificaba el testamento como el acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone de todo o parte de sus bienes para después de su muerte.

En el presente Título IV, del Libro Sexto, no se encuentra una definición de testamento, una noción que más allá de establecer o no sus requisitos formales (escritura, firma, testigos), establezca, de cuenta de la naturaleza (acto o documento) y finalidad del mismo, y al no haberse adoptado un criterio para resolver el problema de las calificaciones, podrá el juez recurrir a buscar dicha noción, como ya se dijo, en su propio ordenamiento material o recurrir a la ley que dio origen o resulte aplicable al acto jurídico.

Si el magistrado argentino estima oportuno recurrir a su *lex interna fori*, veremos que el artículo 2462 se refiere al testamento como un *derecho* de la persona humana a “disponer libremente de los bienes para después de su muerte” y un “*acto* que puede incluir disposiciones extra patrimoniales”.

Y por su parte el artículo 2463 prevé que “las reglas establecidas para los actos jurídicos se aplican a los testamentos en cuanto no sean alteradas por las disposiciones de este Título”.

En el derecho comparado encontramos numerosas disposiciones que elaboran el concepto de testamento como un acto jurídico.

El Código Civil venezolano dispone en el artículo 833 que “el testamento es un *acto* revocable por el cual una persona dispone para después de su muerte de la totalidad o de parte de su patrimonio, o hace alguna otra ordenación, según las reglas establecidas por la Ley”.

Por su parte el Código Civil chileno considera al testamento como “un *acto* más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva” (artículo 999).

El Código Civil uruguayo establece en el artículo 779 “El testamento es un *acto* esencialmente revocable (artículos 998 y siguientes), por el cual una persona dispone, conforme a las leyes, del todo o parte de sus bienes, para después de su muerte”.

Código Civil francés artículo 895 “El testamento es un *acto* por el cual una persona dispone, con carácter revocable y para después de su muerte, de todos sus bienes o parte de ellos”.

Para cerrar este rápido recorrido por alguna de las calificaciones en el Código Civil y Comercial me referiré a los consumidores y los contratos de consumo.

Ante la referida falta de un criterio general para resolver el problema de las calificaciones en el DIPr, el juez, que intente hallar una noción de consumidor o contrato de consumo, podrá, como ya dije, entender que lo más propio es recurrir al sistema jurídico que vio nacer la relación (*lex causae*), o bien, aplicar su propio derecho material (*lex fori*).

Si opta por esta última vía, el artículo 1092 define consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social; equiparando a quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en iguales situaciones. Por su parte, el artículo 1093 da un concepto de “contrato de consumo” a través de las partes intervinientes y la finalidad u objeto del convenio.

La cuestión de las calificaciones en el Derecho Internacional Privado es mucho más compleja de lo que brevemente he podido esbozar en este

apartado. Tan compleja y al mismo tiempo habitual, que muchas veces el magistrado no toma conciencia, no se percata de que se encuentra frente a esta problemática y aplica las normas sin la previa solución de esta cuestión. Es una pena que no se haya aprovechado la oportunidad de la reforma para aportar una solución a esta importante cuestión.

B. Cuestión previa

Otra cuestión propia del DIPr se plantea con la llamada “cuestión previa”, tema que este Código tampoco ha resuelto en forma general.

El nuevo Código Civil y Comercial no le indica al juez cuál es el derecho que debe aplicar cuando se plantea una cuestión previa internacional por lo que, en el ordenamiento jurídico argentino reformado, la cuestión previa internacional sigue sin solución.

Ante una cuestión de Derecho Internacional Privado se pueden presentar relacionadas, cuestiones principales y previas (o preliminares). Al encontrarnos en presencia de una relación jurídica internacional, y para la resolución de la cuestión principal debemos resolver inicialmente una cuestión previa o preliminar. Ejemplo: podría ocurrir que en una sucesión en la que tiene vocación hereditaria el cónyuge –cuestión principal– deba resolverse con anticipación la validez del vínculo matrimonial –cuestión previa–.

La cuestión previa puede resolverse si el juez recurre a la *lex interna fori*, o por *lex indirecta fori*, o según la ley que rige la cuestión principal, o la propia de la cuestión previa o buscar aplicar a estas cuestiones la ley que indique la norma de conflicto del derecho que se aplica a la cuestión principal.

Para las Dras. Biocca, Cárdenas y Basz la cuestión preliminar lo es solo desde el punto de vista procesal y debe ser resuelta por el juez antes de resolver la cuestión principal, correspondiendo aplicar el derecho más conforme con la naturaleza de la relación jurídica internacional, vale decir por aplicación de la regla de conflicto *fori*.²²

Este problema propio del DIPr no se halla regulado en el Código Civil de Vélez Sarsfield, pero sí se encontraba contemplado expresamente en el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado (MJyDH), dado que

22..Biocca, Cárdenas, Basz, ob. cit.

en el artículo 7 se establecía que: “las cuestiones previas, preliminares o incidentales que surjan con motivo de una cuestión principal, se resuelven conforme al derecho indicado por las normas de conflicto del foro”.

Se optaba así por seguir la teoría que independiza el tratamiento de la cuestión previa, incidental o preliminar en el campo del Derecho Internacional Privado, a pesar de que en el plano procesal se presente en ocasión del planteamiento de una cuestión principal. Por tanto, se inclina por la doctrina de la *lex indirecta fori*.

También la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, CIDIP II, suscripta en Montevideo en 1979 dispuso en el art. 8 que “las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última”²³.

En los antecedentes referidos, y más allá de compartir o no las soluciones aportadas, el tratamiento expreso de esta cuestión evidencia la importancia que reviste para la correcta solución de las cuestiones privadas internacionales, por lo que resulta también lamentable, que la reforma no haya incorporado disposiciones específicas a este respecto.

X. Conclusión

El nuevo Código ha procurado la regulación de varias de las denominadas cuestiones propias del DIPr, lo cual resultaba sumamente necesario a fin de dar al magistrado pautas claras de solución a estos problemas.

23. La delegación argentina había propuesto su solución según el criterio de la *lex indirecta fori*, no obstante, se adopta la propuesta venezolana, que no acogía una solución concreta. Según expresa Fermé: “En el seno de la Comisión II, la propuesta argentina, al decir de Valladao, la más clara y concreta, de acuerdo con su idea de que, las cuestiones preliminares e incidentales y la cuestión principal se rigen independientemente por sus respectivas legislaciones, según las normas de Derecho Internacional Privado, no logró los once votos necesarios, pues obtuvo diez, registrándose uno en contra y dos abstenciones. Se aprobó, por consiguiente, el texto venezolano que, como se advierte, no obliga a nada, aunque su redacción parezca dar preferencia al criterio de la jerarquización. Consideramos esta fórmula negativa particularmente inconveniente” (véase Eduardo Leopoldo Fermé, Derecho Internacional Privado, Convención Interamericana sobre Normas Generales. Publicado en Enciclopedia Jurídica Omeba, Apéndice V, 1987, pp. 209/217).

Mas, las normas no aportan en todos los casos una regulación completa, se han omitido algunas cuestiones propias (calificaciones y cuestión previa) y otras han sido reguladas en forma parcial (reenvío).

Desde las aulas universitarias he incentivado permanentemente el debate respecto a si alegar que la remisión efectuada por la norma de conflicto no está dirigida al derecho o ley extranjera, sino al uso que de ella se hace en la sentencia que con mayor grado de probabilidad dictara el magistrado extranjero, no provocaría que la sentencia dictada en el país careciera del elemento esencial que la define, cual es: “que debe estar fundada en derecho”, y en su lugar estaría fundada en el “uso que probablemente hubiere realizado un magistrado extranjero” es decir en un acto o hecho judicial.

Efectuar tal interpretación no solo no contribuye a brindar una solución adecuada, sino que atentaría contra la concepción normativista para la aplicación del derecho extranjero.

Nótese que el artículo 2595 se limita a la cuestión procesal de su aplicación.

Es clara la norma cuando impone la aplicación de oficio y podemos indirectamente concluir que implica su “reconocimiento en forma obligatoria para el juez y no como un mero hecho que la parte deba alegar y probar”.

De ser así, si entendemos que el actual artículo “reconoce” la naturaleza jurídica del derecho extranjero, nos indica, a su turno que, en su aplicación “debe” interpretarse de la forma en que se interpreta y aplica en el país de donde procede, tarea que corresponde a los magistrados y que modifica sustancialmente la concepción establecida en el artículo 13 del Código Civil.

Por su parte el artículo 2596 viene a introducir otra gran modificación en nuestro sistema con la adopción expresa del reenvío, cuando, tanto su inclusión en el Código de Vélez y otras leyes, como su conveniencia de aplicación era fuertemente debatida por la doctrina y prácticamente ignorada en los tribunales. Sigue en esto los criterios adoptados en los proyectos anteriores; no obstante, la regulación resulta incompleta, ya que solo aplica el reenvío de primer grado, sin indicar la forma de resolver los posibles reenvíos en grado sucesivo.

También resulta importante resaltar que la reforma se ha decidido claramente por una remisión amplia al “derecho” extranjero, noción comprensiva tanto de los principios generales y usos y costumbres, como también de los precedentes jurisprudenciales; cuestión que ha sido objeto de numerosos debates y que, creo, no se habrán agotado, máxime si consideramos que

tal noción no se aplica solo al ámbito de las obligaciones y contratos internacionales, sino a todas las relaciones jurídicas privadas internacionales.

Existen, aún hoy, muchos abogados, magistrados y estudiosos del derecho que consideran que las cuestiones del Derecho Internacional Privado son excepcionales y no tendrán que lidiar con ellas en su ámbito de trabajo, por cuanto no advierten la importancia que revisten las denominadas “cuestiones propias del DIPr” para un correcto abordaje y solución de los problemas que, en el ámbito internacional, afecten las relaciones de los particulares.

No obstante, las ausencias y lagunas mencionadas, y el compartir o disentir con algunas de las soluciones adoptadas, debemos celebrar la decisión de agrupar las normas relacionadas a las cuestiones privadas internacionales en un título especial. Tal sistematización facilitará su comprensión, estudio y aplicación.

Sin embargo, la profundización en el tratamiento de tales cuestiones y de su regulación completa se impone.

Bibliografía

- AA.VV., *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración. Serie de libros universitarios*. Capítulo I Fuentes del Derecho Internacional Privado, Ed. La Ley, 2011.
- Bartin, Étienne, *Études de Droit International Privé*, Paris, Chevallier Marescq & Cia. 1899.
- Batiffol, Henri, *Aspects philosophiques du Droit International Privé*, Paris, Dalloz, 1956.
- Biocca, Stella Maris; Sara Lidia Cárdenas, Sara Lidia, y Victoria Basz, Victoria, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Universidad, 1997.
- Boggiano, Antonio, *Curso de derecho internacional privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
- Calvo Caravaca, Alfonso L. y Javier Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I. 12ª ed. Ed. Comares. 2011-2012.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “El Anteproyecto actualizado del Código de Derecho Internacional Privado y la Filosofía del Derecho Privado”. *Investigación y Desarrollo*. Vol. 18. 1990.
- Dreyzin de Klor, Adriana, “Los principales desarrollos dentro del Derecho Internacional Privado en el próximo siglo en la Argentina”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, Número Especial, 2000.

- Dumoulin, Charles, *Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus*, Comentario al Codex de Justiniano, libro primero, título primero, edición de 1681, tomo III.
- Esplugues Mota, Carlos, “Nuevas perspectivas en el proceso de armonización del Derecho privado y del Derecho Internacional Privado en Europa”, *Revista de Derecho Privado Comunitario* N° 20.
- Esplugues Mota, Carlos; José Luis Iglesias Buhigues y Guillermo Palao Moreno, *Derecho Internacional Privado*, 8ª ed. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. Ebook. <http://www.tirant.com/editorial/ebook/derecho-internacional-privado-8-edicion-2014>. carlos-esplugues-mota-9788490861592#s-thash.kxCiObpR.dpuf
- Feldstein de Cárdenas, Sara y Mónica Rodríguez, *Guía de Estudios. Programa desarrollado de la materia Integración. Parte General y Especial*, Editorial Estudio, Argentina, febrero de 2010.
- Feldstein de Cárdenas, Sara, “La Convención Interamericana de Derecho Aplicable a los contratos internacionales. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado argentino”, pp. 7. Disponible en: http://www.academia.edu/4135530/Convención_Interamericanda_De_Derecho_Aplicable_A_Los_Contratos.
- Feldstein de Cárdenas, Sara; y Mónica Rodríguez y Luciana B. Scotti, “Informe sobre el Proyecto de Código de DIPr elaborado por el Instituto de DIPr del Colegio de Abogados de San Isidro”, junio de 2005. Publicado en la Revista *Síntesis Forense* N° 116 del Colegio de Abogados de San Isidro, septiembre/octubre 2005 y en el Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración –Diario jurídico. elDial.com– octubre y noviembre de 2007.
- Fermé, Eduardo Leopoldo, *Derecho Internacional Privado. Convención Interamericana sobre Normas Generales*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Apéndice V, 1987.
- Fernández Arroyo, Diego, “Argentina: Comentarios sobre el nuevo Derecho Internacional Privado para la República Argentina”, en *Cartas Blogatorias*. Pub. 29/10/2014. <https://cartasblogatorias.com/2014/10/29/argentina-observaciones-al-nuevo-dipr-para-la-republica-argentina/>
- Fernández Arroyo, Diego, *Derecho Internacional Privado interamericano. Evolución y perspectivas*, México, Universidad Anáhuac del Sur / Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial, 2003.

- Fernández Rozas, José Carlos y Sixto Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, 6ª ed., Ed. Civitas, España, 2011.
- Fernández Rozas, José Carlos, “Normas de Derecho Internacional Privado: Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil” en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995.
- Francescakis Phocion, “Quelques précisions sur les lois d’application inmediate et leurs rapports avec les regles de conflict de lois”, *Revue Critique de Droit International Privé*. Disponible en: www.editions-dalloz.fr/revues/droit.
- Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico*. 8ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1995.
- González Campos, J. D., *Derecho Internacional Privado. Introducción*, Madrid, UAM, 1984.
- González de Cosso, Francisco, “La Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales a la luz del derecho conflictual internacional”, texto recuperado el 29/03/2015, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/24/tci/tci8.pdf>
- Kaller de Orchansky, Berta, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires, Plus Ultra, 1997.
- Miaja de la Muela, A., “Las normas materiales de Derecho Internacional Privado”. *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. XVI, 1963.
- Rapallini, Liliana Etel, “Derecho Internacional Privado”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, disponible en: http://www.calp.org.ar/uploads/docs/reforma_codigo_civil.pdf
- Rodríguez, Mónica Sofía, “Los Tratados de Derecho Internacional Privado en el Digesto” en *Digesto Jurídico Argentino Comentado*. Buenos Aires, La Ley, 2014.
- Rodríguez, Mónica, “Las fuentes del Derecho Internacional Privado en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, Albremática, marzo 2015. eldial.com.
- Savigny, Federico Carlos, *Sistema del Derecho Romano actual*, trad. Ch. Guenouxm, Jacinto Mesia y Manuel Poley, Madrid, Góngora, t. 6, 1879.
- Seuba Torreblanca, Joan C., “Derecho de daños y Derecho Internacional Privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de

Reglamento “Roma II”. Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra, *Revista para el Análisis del Derecho*. Disponible en: <http://www.researchgate.net/publication/47786757>.

Soto, Alfredo, *Temas estructurales del Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Ed. Estudio, Buenos Aires, 2009.

Story, Joseph, *Commentaries of the Conflict of Laws, foreign and domestic*. Boston, Ed. Hilliard, Gray and Company, 1834.

Las nuevas tecnologías de la informática a la luz de la Encíclica *Laudato Si*. Reflexiones sobre sus ventajas y desventajas. Modernas tendencias en tecnologías verdes

*Adriana Margarita Porcelli** y *Adriana Norma Martínez***

Resumen

En el presente trabajo pretendemos reflejar la problemática, ya advertida por la comunidad científica y por el papa Francisco, que generan los grandes avances tecnológicos de las últimas décadas.

En la actualidad, entre todos los temas que preocupan a la humanidad en su conjunto hay dos cuestiones que están llamando la atención: la contaminación y la información y comunicación. A primera vista, podría pensarse que estos dos temas no tienen nada en común, sin embargo, el costo del desarrollo tecnológico puede llegar a ser demasiado alto, ya que la informática es una de las industrias que más contaminación produce. En este sentido, la

* Abogada (UBA); Magíster en Relaciones Internacionales (Universidad Maimónides); cursando el Programa de Actualización en Derecho Informático (UBA), investigadora. Profesora adjunta de Derecho Internacional Privado, Derecho Internacional Público, Estudio de la Constitución Nacional y de los Derechos Humanos, Legislación Sanitaria en la Universidad Nacional de Luján (UNLu), miembro de Comisiones de Plan de Estudio y del Comité Académico de Bioética, (UNLu.), adporcell@yahoo.com.ar.

** Abogada, escribana, posgraduada en Derecho del Turismo (UBA), Magister en Ambiente Humano (UNLZ), profesora adjunta regular de la Facultad de Derecho (UBA), jefa de la División Derecho, consejera titular del Consejo Directivo Departamental, investigadora y profesora asociada ordinaria, Departamento de Ciencias Sociales (UNLu); directora de proyectos de investigación interdisciplinarios, profesora de posgrado en diversas universidades nacionales, profesora visitante de las Universidades Complutense de Madrid y Málaga (España); info@anmart.com.ar.

Encíclica *Laudato Si* alerta sobre el deterioro ambiental, propone una nueva solidaridad universal y exhorta a desarrollar tecnologías ambientalmente amigables a nivel global. El presente artículo, siguiendo la metodología de la Encíclica, detallará la incidencia de la informática en los diferentes ámbitos y describirá, en términos generales, cada uno de los métodos y productos informáticos ecológicos. La tecnología no debe ser un fin en sí misma, sino un medio.

Palabras clave: Ambiente, computación verde, consumo sustentable, desarrollo sostenible, economía verde, globalización tecnológica, sociedad de la información.

The New Technologies of the Information in the Light of the Encyclical *Laudato Si*. Reflections on their Advantages and Disadvantages. Modern Trends in Green Technologies

Abstract

In the present work we try to reflect the problems, as noted by the scientific community and by the Pope, which are generated by the great technological advances in recent decades.

Currently, between all the topics of concern to humanity as a whole, there are two issues that are drawing attention: pollution and information and communication. At first glance, you might think that these two issues have nothing in common, however, the cost of technological development can become too high, since information technology is one of the industries that produces more pollution.

In this regard, the *Laudato Si* Encyclical warns about environmental deterioration, proposes a new universal solidarity and encouraged to develop environmentally friendly technologies at a global level. This work, following the methodology of the Encyclical, will detail the incidence of informatics in the different areas and will describe in general terms, each of the methods and eco-friendly computer products. The technology should not be in itself an end, but a means.

Keywords: Environment, green computing, sustainable consumption, sustainable development, green economy, technological globalization, information society.

I. Introducción. Delimitación del tema

“*Laudato Si, mi Signore*” – “Alabado seas, mi Señor”, cantaba San Francisco de Asís. Con esta frase del Cántico de las Criaturas, también conocido como “Cántico del Hermano Sol”, comienza el Santo Padre Francisco (2015) su segunda Carta Encíclica *Laudato Si* sobre el cuidado de la Casa Común, firmada el 24 de mayo y presentada el 18 de junio de 2015.

Los medios internacionales la bautizaron como la encíclica ecologista del Papa Francisco. Sin lugar a dudas, el documento presenta una fuerte crítica al sistema político, económico y financiero internacional y local, así como un llamamiento y un exhorto a la humanidad en su conjunto y a cada persona en particular frente al deterioro ambiental global. Centra su atención en tres sectores involucrados: el internacional, el nacional –local– y el de la Iglesia Católica.

En este sentido, sus palabras van dirigidas a todos y a cada uno por cuanto la capacidad humana real puede llevar adelante un curso virtuoso en el terreno de la innovación económica y tecnológica cultivando tres objetivos interrelacionados: contribuir al florecimiento de la dignidad humana, ayudar a erradicar la pobreza y contrarrestar el deterioro ambiental.

Sin embargo, es fundamental el compromiso a nivel internacional, ya que en la actualidad los esfuerzos en este sentido, al parecer, no alcanzaron a producir los frutos esperados. En consecuencia, constituye una invitación urgente a un nuevo diálogo sobre el modo de construir el futuro del planeta y una búsqueda a una nueva solidaridad universal en vistas a los grandes eventos políticos del 2015.

Particularmente a las tres conferencias clave de las Naciones Unidas: la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo (Addis Abeba, Etiopía) del 13 al 16 de julio de 2015; la Cumbre de las Naciones Unidas para la adopción de la Agenda de Desarrollo a partir de 2015 (Nueva York, del 25 al 27 de septiembre de 2015) y la Vigésimo Primera Sesión de la Conferencia de las Partes en la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP21), recientemente celebrada en París del 30 de noviembre al 12 de diciembre de 2015, en la cual se adoptó un nuevo acuerdo sobre el cambio climático. Los 195 países han llegado finalmente a un histórico acuerdo contra el calentamiento global, es el primer pacto “universal de la historia de las negociaciones climáticas” que fija un techo a las emisiones de gases de efecto invernadero y establece un sistema

de financiación. En un comunicado firmado por la presidente Dilma Rousseff, la mandataria de Brasil destacó el “justo y ambicioso” acuerdo y felicitó a todas las naciones y pueblos del mundo por esta conquista que asegura el desarrollo sostenible, la preservación del planeta y las condiciones de vida de toda la humanidad. Justamente, la participación de Brasil fue muy importante ya que se propone eliminar la deforestación ilegal en la Amazonía para 2030, reducir las emisiones de gases contaminantes en un 37% hacia 2025 y 43% hacia 2030.¹

La Encíclica tiene una extensión de 191 páginas, se divide en seis capítulos en los cuales aborda, desde diferentes ópticas, la crisis ambiental. En el presente artículo nos centraremos especialmente en el Capítulo Primero (“Lo que está pasando a nuestra casa”), el Capítulo Tercero (“Raíz humana de la crisis ecológica”) y el Capítulo Cuarto (“Una ecología integral”), donde analiza las innovaciones tecnológicas, la nueva economía, la cultura del descarte, la globalización, el mundo digital y las redes sociales como protagonistas indiscutidos de la contaminación mental y del deterioro ambiental.

Así como rescata los beneficios y ventajas de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, alerta y desafía –sin retornar a la época de las cavernas– a tomar conciencia y a desarrollar tecnologías ambientalmente amigables. En este sentido, las empresas que ya han asumido su responsabilidad están adoptando las que se conocen como tecnologías verdes (*Green IT*), informática verde, computación verde (*Green Computing*).

En primer lugar, siguiendo la metodología de la Encíclica y comenzando un recorrido por aquellas cuestiones que provocan inquietud, analizaremos los impactos negativos de las tecnologías informáticas con el objeto de desarrollar una conciencia social y ambiental tanto a nivel personal como colectivo y a cada problemática planteada en la misma, la cotejaremos y completaremos con las investigaciones en los ámbitos académicos, científicos y tecnológicos. En segundo lugar, presentaremos las posibles respuestas dadas por la tecnología, procurando que las soluciones se propongan desde una perspectiva global. Esa actividad debe estar orientada en lo posible a

1. “América Latina expresó su satisfacción por el acuerdo del clima en París” *D. I.* [Consultado: 12/12/2015]. Disponible en: <http://www.infobae.com/2015/12/12/1776196-america-latina-expreso-su-satisfaccion-el-acuerdo-del-clima-paris>

evitar, o al menos minimizar, los impactos negativos causados por este tipo de tecnologías. La interdependencia de nuestra era nos obliga a pensar en un solo mundo, en un proyecto común.

II. Marco contextual

Bajo el título “Nada en este mundo nos resulta indiferente”, el pontífice destaca los valiosos aportes de sus predecesores en las anteriores Cartas Encíclicas, así como la reflexión de innumerables científicos, filósofos, teólogos y organizaciones sociales sobre estas cuestiones. Entre ellos resalta que en 1970 el Papa Pablo VI (1970) se refirió a la problemática ecológica en el discurso ante la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura² –conocida por sus siglas en inglés FAO (*Food and Agriculture Organization*)– sobre una posible catástrofe ecológica derivada de los efectos de la era industrial. Al respecto señaló: “Los progresos científicos más sorprendentes y el crecimiento económico más prodigioso, si no van acompañados por un auténtico progreso social y moral, se vuelven contra el hombre”³ (Pablo VI, 1979:833).

De allí la necesidad de un cambio en el comportamiento de la humanidad.

En igual sentido, el Papa Juan Pablo II (1979) en su primera Encíclica (*Redemptor hominis*) advirtió que las personas parecen percibir del ambiente natural solo lo que sirve a los fines de un uso y consumo.⁴ Asimismo, en la Encíclica *Centesimus Annus* subraya que la exigencia de cuidar y mejorar el mundo supone cambios profundos en “los estilos de vida, los modelos de producción y de consumo, las estructuras consolidadas de poder que rigen hoy la sociedad”⁵ (Juan Pablo II, 1979:841).

2. Hasta el año 2011 el nombre oficial del organismo en español fue Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, en el 2011 se sustituyó por el actual. Su lema en latín es *Fiat panis* (hágase el pan).

3. P. VI, 1970. Discurso a la FAO en su 25 aniversario, en *Acta Apostolicae Sedis. Acta Pauli PP. VI. Sacra Consistoria AAS 62 (1970)* 16 de noviembre de 1970, pp. 830-838.

4. J.P. II, 1979. Carta Encíclica *Redemptor hominis*, AAS 71 (1979), 4 de marzo de 1979, p. 287.

5. J.P. II, 1991. Carta Encíclica *Centesimus Annus*, AAS 83 (1991), 1 de mayo de 1991, pp. 793-867. p.841.

Con fuertes críticas a la economía mundial, recordó las palabras del Papa Benedicto XVI en la Carta Encíclica *Caritas in veritate* en el sentido que el mundo no puede ser analizado sólo aislando uno de sus aspectos, porque es uno e indivisible, incluyendo el ambiente, la vida, la sexualidad, la familia, las relaciones sociales, etc. Por consiguiente, “la degradación de la naturaleza está estrechamente unida a la cultura que modela la convivencia humana”,⁶ e instó a corregir esos modelos de crecimiento que no garantizan el respeto al ambiente (Benedicto XVI, 2009:687).

En virtud de lo señalado, su llamamiento es a toda la humanidad, a su capacidad de colaborar para construir esa casa común, alentando a todos los que están trabajando para garantizar la protección del ambiente. Sin embargo, muchos esfuerzos para buscar soluciones concretas a la crisis ambiental suelen ser frustrados no solo por el rechazo de los poderosos, sino también por la falta de interés de los demás.

Finalizando la introducción a la Carta Encíclica, en los próximos capítulos reseña los distintos aspectos de la actual crisis ecológica, pero siempre tomando como ejes de análisis el ambiental, económico y el social, la íntima relación entre los pobres y la fragilidad del planeta, la convicción de que en el mundo todo está conectado, la crítica al nuevo paradigma y a las formas de poder que derivan de la tecnología, la invitación a buscar otros modos de entender la economía y el progreso, la grave responsabilidad de la política internacional y local, la cultura del descarte y la propuesta de un nuevo estilo de vida.

III. Discusión: diferentes impactos de las tecnologías informáticas

En el Capítulo Primero (“Lo que le está pasando a nuestra casa”), comienza señalando la situación actual del mundo, la continua aceleración de los cambios de la humanidad, del planeta, la intensificación de los ritmos de vida y de trabajo. A esto se suma el problema de que los objetivos de ese cambio veloz y constante no necesariamente se orientan al bien común y a un desarrollo humano, sostenible e integral. Sin embargo, reconoce que el

6. B. XVI, 2009, Carta Encíclica *Caritas in veritate*, AAS 101, 29 de junio de 2009, pp. 641-740. p. 687.

cambio es algo deseable, pero se vuelve preocupante cuando se convierte en deterioro del mundo y de la calidad de vida de gran parte de la humanidad. Cada nueva tecnología desprende beneficios para determinados sectores de la sociedad mientras que otros resultan perjudicados. En consecuencia, siguiendo la metodología de la Encíclica, especificaremos los impactos negativos de la informática conforme los siguientes ejes temáticos: ambiental, económico y social.⁷

A. Eje ambiental

1. Contaminación, basura y cultura del descarte

Bajo este título, el Papa Francisco (2015) identifica diferentes formas de contaminación que afectan cotidianamente a las personas. Comienza enumerando los impactos sobre la salud, en especial en los más pobres, a causa de la inhalación de elevados niveles de humo que procede de los combustibles y de la industria. Podemos agregar que las nuevas tecnologías, además de facilitar las tareas diarias y ahorrar tiempo, también pueden producir enfermedades, traumas o padecimientos físicos o psicológicos entre los que podemos mencionar: estrés visual; tensión cervical, que se manifiesta en el dolor y los síndromes cervicales que a veces se irradia al hombro y brazo; epicondilitis humeral, de características similares al “codo de tenista”, relacionado con el tiempo de trabajo y las neuropatías que se presentan en el antebrazo causadas por actividades desarrolladas en posturas no neutrales de la articulación de la muñeca.⁸

2. Residuos o desechos peligrosos

En la actualidad se producen cientos de millones de toneladas de residuos por año, muchos de ellos no biodegradables: residuos domiciliarios

7. Para ampliar ver: Martínez, A. y Porcelli, A. “Implicancias de las tecnologías informáticas en el ambiente y nuevas tendencias en el desarrollo de la informática verde como aporte al desarrollo sostenible”, en *R. A. J. A.* Editorial CIEDA, 2015, España Recopilatorio Mensual, 50, pp. 7-36.

8. Manero Alfert, R.; Micheva, L. y Petroka, I. “Respuestas fisiológicas de hombres y mujeres a diferentes cargas de trabajo”, en *R. C. I. B.*, 1984, Cuba, 3 (1), pp. 11-21.

y comerciales, residuos de demolición, clínicos, electrónicos e industriales, residuos altamente tóxicos y radioactivos. A continuación, la Encíclica destaca que el ritmo de consumo, de desperdicio y de alteración del ambiente ha superado las posibilidades del planeta, al producirse cientos de millones de toneladas de residuos por año, a la par que adjudica estos problemas a la cultura del descarte, las cosas que rápidamente se convierten en basura.

En cuanto a las nuevas tecnologías, podemos agregar que tanto el sistema de cómputo como sus componentes contienen materiales tóxicos y los consumidores se deshacen de los viejos CPUs, monitores u otro equipamiento electrónico dos o tres años después de su compra. Es más, en la actualidad, una computadora se puede volver obsoleta al año de su compra, y gran cantidad de estos componentes terminan contaminando la tierra y, en muchos casos, el agua.⁹

Aun durante este período de vida útil es muy probable que sea necesario realizar actualizaciones de componentes en las máquinas. Con el correr del tiempo, el *software* puede sufrir modificaciones correctivas, adaptativas y ampliaciones, relacionadas con el agregado de nuevas funcionalidades, que al modificar el código y documentación inicial van deteriorando su correcto funcionamiento.

Toda esta producción tecnológica genera toneladas de basura electrónica, también denominado internacionalmente *E-Waste* (del inglés *electronic waste*). En Europa también es conocido como RAEE, residuos de aparatos electrónicos y eléctricos, término que incorpora al concepto los residuos eléctricos. El *E-Waste* se refiere a todo producto, bien o componente que posee un dispositivo electrónico o chip, que ha llegado al término de su vida útil y está asociado a aparatos que son utilizados diariamente y en distintos ámbitos.

En el año 2002, la Red de Acción de Basilea, BAN, difundió un demoleedor reporte titulado *Exporting Harm: The High-tech Trashing of Asia*, que mostraba la cruda realidad del reciclaje de la basura electrónica en China.¹⁰

9. "Tecnología para cuidar el Medio Ambiente", en *Revista Claves*, 21 A. y D. S. [Consulta: 20/05/2015]. Disponible en: <http://claves21.com.ar/tecnologia-verde-herramientas-para-cuidar-el-medio-ambiente/>

10. Puckett, J.; Byster, L.; Westervelt, S.; Gutierrez, R.; Davis, S.; Hussain, H., y Dutta, M., *Exporting Harm: The High-tech Trashing of Asia* BAN, SVTC, Seattle, 2002, pp. 15-17

Situaciones como la allí descrita motivaron que el documento final de Río + 20 incluyera la expresa exhortación a los países y a otras partes interesadas a la adopción todas las medidas posibles para prevenir la gestión irracional de los desechos peligrosos y su vertido ilícito.¹¹

Es de destacar que el impacto en el ambiente que comienza desde la etapa de fabricación, genera también una gran cantidad de residuos en la producción de cada unidad, denominado la *carga ecológica*, que en el caso de un computador es casi 1.500 kilogramos, de un portátil, 400 kilogramos y de un teléfono móvil, 75 kilogramos.¹²

El papa suma a ésta otra problemática, referida a que todavía no se ha logrado adoptar un modelo circular de producción que asegure recursos para todos y para las generaciones futuras. La extracción desmesurada de los recursos no renovables como los minerales genera el problema de su disponibilidad para las generaciones futuras. Justamente la minería como método extractivo primario ocasiona serios inconvenientes, sea subterránea o a cielo abierto. Se desalojan comunidades y se pone en riesgo la salud de los trabajadores y de todos los hombres en general. La minería subterránea implica cavado de túneles en las profundidades de la tierra; sin embargo, la minería a cielo abierto proporciona la mayor parte de los minerales extraídos. En esta última, primero se talan los árboles para despejar el área, se remueve la tierra y las rocas que cubren las menas con topadoras, explosivos y perforadoras, produciendo de ocho a diez veces más escombros que una mina subterránea. Pero la mina tiene una pequeña cantidad de metal puro por lo que es necesario procesarla utilizando gran cantidad de agua y sustancias químicas.

Un cambio al respecto supone limitar al máximo el uso de los recursos no renovables, moderar el consumo, maximizar la eficiencia del aprovechamiento, reutilizar y reciclar. Abordar esta cuestión sería un modo de contrarrestar la cultura del descarte, que termina afectando al planeta entero, pero observamos que los avances en este sentido son todavía muy escasos.

A este respecto podemos señalar que en la mayoría de los países de la Unión Europea se aplica el principio de responsabilidad extendida del

11. ONU, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible Río+20, A/CONF.216/L.1 Río de Janeiro, 2012, pp. 46-47.

12. Recycla, *Residuos electrónicos (E-WASTE), la nueva basura del siglo XXI. Una Ame-naza-Una Oportunidad.*, Fundación Casa de la Paz, Santiago de Chile, 2007, pp.11-12.

productor (REP); definida por Lindhqvist, –citado por Silva– como un “principio de política ambiental que promueve el mejoramiento total del ciclo de vida de los productos, por medio de la extensión de las responsabilidades del productor en varias etapas de dicho ciclo, especialmente al devolver, recuperar y disponer el producto”¹³ (Silva, 2010:30).

Este mecanismo induce a los proveedores a diseñar productos menos contaminantes y que a su vez faciliten el reciclado. En China, en agosto de 2008 se aprobó una norma que impulsa la responsabilidad extendida del productor en el reciclado y la disposición final del equipamiento.¹⁴ Estas legislaciones son anticipatorias al claro pronunciamiento del documento final de Río + 20 que señala que los desechos sólidos, como los desechos electrónicos y los plásticos, representan problemas particulares a abordar, solicitando la elaboración y aplicación de políticas, estrategias, leyes y reglamentos nacionales y locales amplios sobre la gestión de esos residuos. Si bien el reciclaje de los residuos electrónicos es un negocio lucrativo, muchos países carecen tanto de reglamentaciones específicas como de iniciativas empresariales, y son dejados al sector informal, lo que expone a miles de recicladores a graves riesgos de salud.¹⁵

3. Cambio climático

En el título “El clima como bien común” se afirma la existencia de un consenso científico que indica que nos encontramos ante un preocupante calentamiento del sistema climático. Toda la humanidad debe tomar conciencia de la necesidad de realizar cambios de estilos de vida, de producción y de consumo para combatir este calentamiento o, al menos, las causas humanas que lo producen o acentúan. Si bien es verdad que hay otros factores naturales,

13. Silva, U., “Los residuos electrónicos (RE) en la Sociedad de la Información en Latinoamérica” en UNESCO. *Plataforma Regional de Residuos electrónicos para América Latina RELAC. Los residuos electrónicos: Un desafío para la Sociedad del Conocimiento en América Latina y el Caribe*, pp. 19-41. UNESCO RELAC, Montevideo, Uruguay, 2010, p. 30.

14. Monteverde, F., “E-waste y su incorporación en la agenda gubernamental e internacional”, UNESCO. *Plataforma Regional de Residuos electrónicos para América Latina RELAC. Los residuos electrónicos: Un desafío para la Sociedad del Conocimiento en América Latina y el Caribe*. pp. 213-225. UNESCO RELAC, Montevideo, Uruguay, 2010, p. 220.

15. *Op. cit.* en nota 7, pp. 20-21.

numerosos estudios científicos señalan que la mayor parte del calentamiento global de las últimas décadas se debe a la gran concentración de gases de efecto invernadero emitidos sobre todo a causa de la actividad humana.

El cambio climático es un problema global con graves dimensiones ambientales, sociales, económicas, distributivas y políticas, y plantea uno de los principales desafíos actuales para la humanidad. Los peores impactos probablemente recaerán en las próximas décadas sobre los países en desarrollo. Muchos pobres viven en lugares particularmente afectados por fenómenos relacionados con el calentamiento y sus medios de subsistencia dependen fuertemente de las reservas naturales.

La huella de carbono es un sinónimo de emisión de dióxido de carbono u otros gases de efecto invernadero expresados en CO₂.

La huella de carbono es “la totalidad de gases de efecto invernadero (GEI) emitidos por efecto directo o indirecto de un individuo, organización, evento o producto” (*UK Carbon Trust 2008*), y da idea de cuánto contamina un producto o servicio determinado.

De esta manera los consumidores pueden optar por productos más sanos y menos contaminantes en beneficio del desarrollo humano y sostenible y la calidad de vida como bien jurídicamente protegido. Un producto con una HC alta sería menos amigable con el ambiente que uno de baja HC y podría dirigir al consumidor a optar por el segundo producto pensando en que está tomando una decisión que impacta positivamente sobre el cambio climático o el calentamiento global.¹⁶

Los países miembros de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, cuya mayoría son miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC), al considerar el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, se comprometieron, en el artículo 4.1 del texto de la citada convención a promover y cooperar en el desarrollo, aplicación y difusión de transferencia de tecnología que permitan reducir o prevenir las emisiones de gases de efecto invernadero.¹⁷

16. Fariña, C.; Guarás, M. D.; Huykman, N.; Panizza, A. y Pascale, C.; “Huella de carbono: un tema insoslayable”, en R. A. A., Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación, Buenos Aires, 2011, 52, pp. 13-15.

17. OMC, Contribución de la Propiedad Intelectual a la facilitación de la transferencia de tecnologías ecológicamente racionales, Comunicación de Ecuador, *IP/C/W/585*, 2013, p. 2.

4. El agua potable

El agua potable y limpia representa una cuestión de primera importancia porque es indispensable para la vida humana y para sustentar los ecosistemas terrestres y acuáticos. En muchos lugares del planeta las aguas subterráneas están amenazadas por la contaminación que producen algunas actividades extractivas, agrícolas e industriales, sobre todo en países en donde no existen reglamentación y controles suficientes. Los vertidos de las fábricas, los detergentes y productos químicos que utiliza la población siguen derramándose en ríos, lagos y mares.

Recordamos que en el mes de septiembre de 2000 los dirigentes de todos los países se comprometieron en la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas a reducir a la mitad, para el año 2015, la proporción de personas que carecían de acceso al agua potable o que no podían costearla. Asimismo, en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002, celebrada en Johannesburgo, se acordó un objetivo similar.

Conforme al Informe Conjunto de la Organización Mundial de la Salud y del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, OMS/UNICEF, basado en datos disponibles hasta el final de 2010, 783 millones de personas viven sin acceso al agua potable y 2.000 millones no cuentan con los servicios mínimos de saneamiento.¹⁸

No obstante, el derecho al agua es un derecho humano reconocido –implícita o explícitamente– en numerosos instrumentos internacionales y regionales (en la Argentina con jerarquía constitucional), como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres y la Convención sobre los Derechos del Niño.

En su observación general N° 15, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aporta algunas precisiones sobre el contenido y fundamentación del derecho al agua:

El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y

18. OMS/UNICEF, *Progresos sobre el agua potable y saneamiento. Informe 2012*, OMS – UNICEF, ISBN: 978-92-806-4632-0, 2012.

doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica.¹⁹

Posteriormente, el 28 de julio de 2010, a través de la resolución 64/292, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos.

En cuanto a la contaminación del agua potable producida por las tecnologías informáticas, la fabricación de computadoras y varios de sus componentes electrónicos y no electrónicos constituye un sector muy contaminante, con sustancias tóxicas tales como dioxinas, cadmio y plomo, además de consumir electricidad, materias primas, sustancias químicas y agua generando residuos peligrosos para la salud. Todo esto incrementa las emisiones de dióxido de carbono (CO₂) e impacta de forma directa o indirecta en el ambiente.

El proceso de la fabricación de PCs y otros sistemas vinculados con las nuevas tecnologías es, junto con el de su reciclado, uno de los más costosos desde el punto de vista ambiental. En Estados Unidos, tanto el Departamento de Salud y Servicios Humanos (DHHS) como la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer (IARC, por sus siglas en inglés) han determinado, en el Capítulo Reseña Toxicológica del Berilio de los Resúmenes de Reseñas Toxicológicas, 2002, que el berilio y sus compuestos son carcinogénicos en seres humanos.²⁰

La mayor parte de este mineral es usado en aleaciones para la fabricación de componentes eléctricos o electrónicos o como materiales para la construcción de maquinarias, automóviles y computadoras.

Una computadora es una construcción compleja que involucra una gran variedad de diversos componentes, desde los se perciben por medio de los

19. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales., Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general N° 15, 2002. El Derecho al Agua, artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Naciones Unidas (NU), Consejo Económico y Social, *E/C.12/2002/11*, 2002, p. 2.

20. ATSDR, *Reseña Toxicológica del Berilio*, Agencia para Sustancias Tóxicas y el Registro de Enfermedades, Departamento de Salud y Servicios Humanos Servicio de Salud Pública, Atlanta, Estados Unidos, 2002, p.8.

sentidos, a saber, el teclado, la Unidad Central de Procesamiento y la pantalla, hasta los que forman parte de los circuitos interiores, incluyendo tableros de cableado impreso (PWBs, siglas en inglés de *Printed Wiring Boards*). Por lo general, es ensamblada usando miles de componentes manufacturados en plantas especializadas que pueden estar localizadas en un gran número de países; en consecuencia, su fabricación es verdaderamente una industria mundial en cuyo interior se diferencia una gran variedad de sectores.

La fabricación de PWBs y chips semiconductores requiere una serie de procesos altamente complejos y químicamente intensivos ya que utilizan grandes cantidades de sustancias químicas y agua, incluyendo los numerosos ciclos de enjuague, de lo que resulta una importante pérdida de metales y químicos que se incorporan en las aguas residuales. Aunque algunas plantas puedan recuperarlos, no todos los procesos para el tratamiento de tales aguas tienen la capacidad de eliminar muchos de los químicos utilizados, incluyendo metales pesados.

El ensamblaje de componentes individuales en dispositivos pequeños y el producto final puede requerir el uso de surfactantes y solventes químicos. Históricamente, las soldaduras eran aleaciones de base plomo y, aunque actualmente se están usando alternativas libres de plomo, se han acordado numerosos supuestos de aplicabilidad a fin de permitir el uso continuo de soldaduras de plomo. De acuerdo con la Directiva Europea 2002/95/CE de Restricción de ciertas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos, adoptada en febrero de 2003 por la Unión Europea (RoHs, de las siglas en inglés *Restriction of Hazardous Substances*), conocida como la directiva *libre de plomo*, aunque evita el uso de metales pesados, tales como plomo, mercurio, cadmio y cromo hexavalente y de retardantes de flama bromados como PBBS y PBDE, no significa el control de todos los químicos peligrosos potenciales. La misma fue revisada en el 2011 y actualmente afecta a pequeños y grandes electrodomésticos, equipos informáticos y de telecomunicaciones, aparatos electrónicos de consumo, de alumbrado, herramientas eléctricas y electrónicas, juguetes, equipos de ocio y para el deporte, aparatos médicos, instrumentos de control y vigilancia, incluidos los instrumentos de control industrial, máquinas expendedoras y otros no incluidos en las categorías anteriores.²¹

21. U. E., Directiva 2011/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos

Los procesos de fabricación de semiconductores también generan corriente de desechos gaseosos con una gran variedad de contaminantes peligrosos al aire algunos de los cuales son gases de efecto invernadero.²²

B. Eje social. Degradación social. La dignidad humana

Los omnipresentes medios del mundo digital permiten que nos comuniquemos y que compartamos conocimientos y afectos. Sin embargo, al mismo tiempo tienden a reemplazar las relaciones reales con los demás por un tipo de comunicación mediada por Internet. La Encíclica resalta que la verdadera sabiduría, producto de la reflexión, del diálogo y del encuentro generoso entre las personas, no se consigue con una mera acumulación de datos que termina saturando y obnubilando, en una especie de contaminación mental.

Asimismo, toda la degradación ambiental incide en la vida de las personas. El ambiente humano y el natural se degradan juntos. No se puede afrontar adecuadamente la degradación ambiental si no se presta atención a las causas que tienen que ver con la degradación humana y social.

Por lo tanto, un verdadero planteo ecológico se convierte siempre en un planteo social, que debe integrar la justicia en las discusiones sobre el ambiente, para escuchar tanto el clamor de la tierra como el clamor de los pobres²³ (Francisco, 2015:28).

En este aspecto, agregamos que, en el siglo XXI, aparecen una nueva clase de excluidos: los digitales, y se acuñan conceptos como el de brecha digital.

El concepto de brecha digital encuentra su antecesor en el llamado informe “El eslabón perdido”, publicado en 1982 por la Comisión Maitland,

del 8 de junio de 2011 (refundición) *Diario Oficial de la Unión Europea*, L. 174 del 1 de julio del 2011, pp. 88-110.

22. Brigden, K.; Labunska, I.; Santillo, D. y Walters, A.: *Tecnología de punta: Un estudio sobre la contaminación ambiental en la fabricación de productos electrónicos* Laboratorios de Investigación de Greenpeace, Departamento de Ciencias Biológicas, Universidad de Exter, Exter EX4 4PS, Reino Unido, 2007, pp. 12-15.

23. F. Carta Encíclica *Laudato Si*, 24 de mayo de 2015, p- 192. [Consulta: 20/6/2015] Disponible en: http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/pa-pa-francesco_20150524_encyclica-laudato-si.html

donde se evidenció la carencia de infraestructuras de telecomunicaciones en los países en vías de desarrollo, poniendo como ejemplo el teléfono. A partir de este origen, algunas otras expresiones han sido usadas para referirse a la brecha digital tales como divisoria digital, estratificación digital y fractura digital.

El tema a analizar es si la introducción de las nuevas tecnologías en la sociedad internacional es la causa de la existencia de la brecha digital o si en realidad la brecha es social y la causa originaria de esta disparidad tanto en lo económico, tecnológico y social es la pobreza. El informe sobre el Desarrollo Mundial de las Telecomunicaciones de la Unión Internacional de las Telecomunicaciones²⁴ subraya que la brecha existe entre países con distintos niveles de desarrollo y aun dentro de un mismo país entre diferentes zonas, entre distintas clases sociales, entre gente de distintas edades. Asimismo, sostiene Francis Fukuyama, citado por Bacher, que “la brecha no es digital sino de equidad institucional. La cuestión no es empezar por las computadoras sino empezar con el problema político básico”²⁵ (Bracher, 2015).

En consecuencia, la pobreza es el factor que impide el acceso no solo a las tecnologías sino a la salud, a la educación y al bienestar individual y social.

En este orden de ideas, el aprendizaje basado en Internet no depende únicamente de la pericia tecnológica, lo fundamental es cambiar el concepto de aprender por el de aprender a aprender, ya que la mayor parte de la información está en Internet y lo que realmente se necesita es la habilidad para decidir qué se quiere buscar, cómo obtenerlo, procesarlo y utilizarlo. En otras palabras, desarrollar la capacidad educativa para transformar la información en conocimiento y el conocimiento en acción. El término opuesto empleado con más frecuencia es el de inclusión digital.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) define el concepto brecha digital en términos de acceso a computa-

24. UIT, *Informe sobre el Desarrollo Mundial de las Telecomunicaciones 2003: Indicadores de Acceso para la Sociedad de la Información*, UIT Ginebra, 2003, p. 28.

25. Bacher, S.: “La verdadera brecha digital”, en *La Nación*, Sección Opinión, Buenos Aires, 6/11/2001. [Consulta: 16/3/2015]. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/349072-la-verdadera-brecha-digital>

doras e Internet y habilidades de uso de estas tecnologías, como: “El desfase o división entre individuos, hogares, áreas económicas y geográficas con diferentes niveles socioeconómicos con relación tanto a sus oportunidades de acceso a las tecnologías de la información y la comunicación, como al uso de Internet para una amplia variedad de actividades”²⁶ (OCDE 2001:5).

Sin embargo, al hablar de brecha digital se maneja el supuesto implícito de que todo ser humano, al tener acceso a la información formal, la usa o sabe usarla, pero esto no siempre es cierto, depende fundamentalmente del país, de su nivel de desarrollo y costumbres culturales.

Actualmente se habla de analfabetismo digital como el nivel de desconocimiento de las nuevas tecnologías que impide a las personas acceder a las posibilidades de interactuar entre sí. La habilidad por sí sola o competencia para manejar herramientas e instrumentos tecnológicos no establece la condición de ser un alfabeto digital, sí lo hace el desarrollar habilidades que permitan relacionarse, aprender e interactuar con los individuos o sociedades.

En síntesis, para ser considerado un alfabeto digital se requiere por los menos la capacidad de dominar el manejo técnico de cada tecnología, los programas de computación; sin embargo, para poder eliminar los analfabetos digitales es condición previa establecer *software* libre y de código abierto; desarrollar los conocimientos y habilidades específicos que les permitan buscar, seleccionar, analizar, comprender y recrear la enorme cantidad de información; no rechazar la tecnología sistemáticamente y utilizarla en su vida cotidiana no solo como recursos de ocio y consumo, sino también para expresión y comunicación con las demás personas.

En la Argentina, con la reforma constitucional de 1994 se incorpora a nuestra Ley Suprema la denominada “nueva cláusula del progreso”, contenida en el artículo 75 incisos 18 y 19, respectivamente. El inciso 18 estatuye que le corresponde al Congreso de la Nación proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, dictando planes de instrucción general y universitaria, y el inciso 19 completa en sus dos primeros párrafos los enunciados anteriores, agregando como atribución del Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso

26. OCDE, “Understanding the digital divide”, en *OECD Digital Economy Papers*, 49, París, 2001, p. 5.

económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la investigación, desarrollo, difusión y aprovechamiento del conocimiento científico y tecnológico, al crecimiento armónico de la Nación y promoción de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones.

Este último párrafo es de vital importancia para el dictado de políticas públicas sobre las nuevas tecnologías, dado que, por mandato constitucional, deben estar orientadas a reducir la brecha digital existente entre los diferentes pueblos y ciudades argentinas. Sin embargo, continúa existiendo diferencia entre las grandes ciudades y los pequeños pueblos del interior, en materia de teledensidad, acceso a las tecnologías y banda ancha.

En este sentido, hay que destacar que la relevancia política de una escuela que favorezca la integración de las TICs queda explicitada en los artículos 7 y 8 de la Ley de Educación Nacional que obliga al Estado a garantizar el acceso de todos/as a la información y al conocimiento y brindar las oportunidades necesarias para la formación integral de las personas.

Finalmente, notamos la rapidez con la que la informática se ha esparcido, diseminado y propagado por todo el mundo con un lenguaje técnico específico, creado por unos especialistas de origen estadounidense.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), en el 2005, publicó un informe titulado “Hacia las sociedades del conocimiento”, en el cual alertó sobre la posibilidad de que las nuevas tecnologías aceleraran la extinción de algunas lenguas “endémicas”, ya que propician la homogeneidad en lugar de la diversidad.

El vínculo de la desaparición de las lenguas y la uniformidad se puede ver con claridad cuando se revisan estudios relacionados con el idioma en que se encuentran la mayoría de los contenidos en Internet: el inglés es el idioma hegemónico.²⁷

En igual sentido, el papa afirma que la desaparición de una cultura puede ser tanto o más grave que la desaparición de una especie animal o vegetal. La imposición de un estilo hegemónico de vida puede ser tan perjudicial como la alteración de la biodiversidad.

27. Lárez, J. y Abaffy, C.: *Las TIC y la Brecha Digital*, 2da. Jornada de Ingeniería Informática, Tecnología con sentido social, UCAB- Guayana, Venezuela, 2009.

Por su parte, el Reglamento para la Administración de Dominios de Internet en Argentina de la Secretaría Legal y Técnica, del 27 de enero del 2014, en su artículo 33 dispone que los caracteres válidos para un nombre de dominio serán las letras del alfabeto español y portugués incluidas la “ñ” y la “ç”, las vocales acentuadas y con diéresis, los números y el guión “-”, lo que significa un cambio fundamental ya que anteriormente se utilizaba el alfabeto inglés, así, por ejemplo, los dominios de las entidades pertenecientes al gobierno nacional, provincial o municipal y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se registraban en la zona gov.ar (del inglés *government*), a partir del 2014 esta zona es solo por renovación, actualmente la zona es gob.ar.²⁸

C. Eje económico. La nueva economía

A su vez, el Capítulo Tercero (“Raíz Humana de la Crisis Ecológica”) analiza el ingreso de la humanidad a una nueva era: la del poderío tecnológico. La tecnología ha remediado innumerables males que dañaban y limitaban al ser humano, por lo cual no se puede dejar de valorar el progreso técnico, especialmente en la medicina, la ingeniería y las comunicaciones. Pero, por otro lado, esas mismas tecnologías dan un tremendo poder a quienes tienen el conocimiento. Constantemente crece la posibilidad de utilizar mal ese poder y sobre todo el poder económico otorga un dominio impresionante sobre el mundo entero.

La tecnociencia bien orientada no solo puede producir cosas realmente valiosas para mejorar la calidad de vida del ser humano, desde objetos domésticos útiles hasta grandes medios de transporte, puentes, edificios, lugares públicos. El hecho es que el hombre moderno no está preparado para utilizar el poder con acierto porque el inmenso crecimiento tecnológico no estuvo acompañado de un desarrollo del ser humano en responsabilidad, valores y conciencia.

En este orden de ideas, creemos necesario precisar el término nueva economía. Conforme las palabras de Castells (2000)²⁹, la nueva economía es la actual, el presente, y se desarrolla de forma desigual y contradictoria,

28. Reglamento para la Administración de Dominios de Internet en Argentina Normativa vigente, 2014. [Consulta: 12/7/2015]. Disponible en: <https://nic.ar/normativa-vigente.xhtml>

29. C. M. “La Ciudad de la Nueva Economía”, en *Revista L. F.*, Barcelona, 2000, Año XV, N° 12, junio-septiembre de 2000.

pero en todas las áreas del mundo. La nueva era posindustrial o la tercera ola como la denomina Alvin Toffler (1979): lo estimable son las formas intangibles de poder que se presentan en paquetes de información y en activos intelectuales, por lo que el carácter físico de la economía se reduce, desmaterializándose en un mundo hiperconectado e inteligente.³⁰

La denominada nueva economía, respaldada en las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICS), posee enormes posibilidades para acrecentar el acceso a una educación de calidad, favorecer la alfabetización y la educación primaria universal, respetando la diversidad cultural y lingüística. Además, constituye un instrumento eficaz para promover la paz, la seguridad y la estabilidad, la democracia, la cohesión social, la buena gobernanza y el estado de derecho en los planos regional, nacional e internacional.³¹

A partir de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas durante la clausura de la Cumbre del Milenio del 8 de septiembre del 2000, la ONU señaló que junto a los graves problemas a los que dedicaría tratamiento en cumbres especiales, la humanidad había creado un área de oportunidad (el uso inteligente y apropiado de las TICs) para dar paso a una evolución global hacia la Sociedad de la Información, como una etapa positiva de la misma.

De esta manera, comenzó la preparación para la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, CMSI, con un proceso de discusión global de cuatro años de duración, 2001-2005. En el marco de esta cumbre, dos términos ocuparon el escenario: Sociedad de la Información y Sociedad del Conocimiento. El primero, vinculado a la idea de la innovación tecnológica; en cambio, el segundo incluye la transformación en la dimensión social, cultural, económica, política e institucional donde los medios o tecnologías de la información y comunicación constituyen los mecanismos para que el saber humano se pueda generar, intercambiar, compartir o conocer ampliamente entre todas las personas del mundo. Lo fundamental no es “información” sino “sociedad”, ya que la primera hace referencia a datos, canales de transmisión y espacios de almacenamiento, mientras que la segunda habla

30. *Op. cit.* en nota 7, p. 8.

31. Para una mayor comprensión del tema de la Nueva Economía ver: Martínez, A. y Porcelli, A. “La Nueva Economía del Siglo XXI: análisis de los impactos de la Informática en el Ambiente. Tendencias Actuales en Tecnologías Informáticas Verdes, un compromiso con la Sustentabilidad”, en *R. Q. I.*, 2015, vol. 8, Número Especial, p. 2174-2208 .

de seres humanos, de culturas, de formas de organización y comunicación. La información se determina en función de la sociedad, y no a la inversa.

El Informe Mundial de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) titulado “Hacia las Sociedades del Conocimiento”³² alude a sociedades, en plural, lo que no se debe al azar, sino a la intención de rechazar la unicidad de un modelo listo para usar, que no tenga en cuenta la diversidad cultural y lingüística. Hay diferentes formas de conocimiento y cultura que intervienen en la construcción de las sociedades, y la información es efectivamente un instrumento del conocimiento, pero no es el conocimiento en sí.

El papa Francisco alerta sobre la visión consumista del ser humano, alentada por los engranajes de la actual economía globalizada, que tiende a homogeneizar las culturas y a debilitar la inmensa variedad cultural, que es un tesoro de la humanidad. La imposición de un estilo hegemónico de vida ligado a un modo de producción puede ser tan dañina como la alteración de los ecosistemas.

Conforme la Declaración de Principios de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, “Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio”, Ginebra 2003, cuyos términos fueron reiterados en el Compromiso de Túnez 2005, la Sociedad de la Información debe caracterizarse por la inclusión, la equidad, la accesibilidad, la participación y el pluralismo y estar centrada en la persona, ser integradora y orientada al desarrollo sostenible y en la mejora de su calidad de vida.³³ Sin embargo, se admite que la brecha digital es uno de los principales obstáculos en este modelo.

1. Globalización tecnológica

Bajo el título “Globalización del Paradigma Tecnocrático” la Encíclica *Laudato Si* presenta un fuerte reclamo al sistema económico mundial basado exclusivamente en la tecnología. Los poderes económicos que continúan justificando el actual sistema mundial, donde priman la especulación y la búsqueda de la renta financiera, tienden a ignorar todo contexto y los efectos sobre la

32. UNESCO, *Informe Mundial Hacia las Sociedades del Conocimiento*, París, Ediciones UNESCO. 2005.

33. CMSI, Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información. Declaración de Principios “Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio”, Documento *WSIS-03/GENEVA/4-S*, Ginebra 2003-Túnez 2005, 12 de mayo de 2004.

dignidad humana y el ambiente. La alianza entre la economía y la tecnología termina dejando afuera lo que no forme parte de sus intereses inmediatos, en consecuencia, la degradación ambiental, la degradación humana y ética están íntimamente unidas.

Actualmente, lo único que le interesa al mundo globalizado es extraer todo lo posible de las cosas olvidando, o en el mejor de los casos ignorando, la realidad misma de lo que tiene delante: la limitación de los bienes del planeta.

La técnica tiene una inclinación a buscar que nada quede fuera de su férrea lógica, la cual no se dirige ni a la utilidad ni al bienestar, sino al dominio; el dominio, en el sentido más extremo de la palabra. La economía asume todo desarrollo tecnológico en función del rédito, sin prestar atención a eventuales consecuencias negativas para el ser humano.

En algunos círculos se sostiene que la economía actual y la tecnología resolverán todos los problemas ambientales, del mismo modo que los problemas del hambre y la miseria en el mundo simplemente se resolverán con el crecimiento del mercado.

Buscar sólo un remedio técnico a cada problema ambiental que surja es aislar cosas que en la realidad están entrelazadas y esconder los verdaderos y más profundos problemas del sistema mundial. Pero el mercado por sí mismo no garantiza el desarrollo humano integral y la inclusión social.

Uno de los grandes rasgos que caracterizan a la nueva economía es la globalización, no hay una definición única sino diferentes versiones de un mismo fenómeno. En términos generales podemos afirmar que es un proceso económico, tecnológico, social y cultural a escala planetaria que consiste en la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo por medio de la unión de sus mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan un carácter global. En economía, se caracteriza por la integración de las economías locales a una de mercado mundial en la que cobra mayor importancia el rol de las empresas multinacionales y la libre circulación de capitales junto con la implantación definitiva de la sociedad de consumo. SPOTA (1999) diferencia globalización de internacionalización, entendiéndolo que esta última implica cooperación entre Estados soberanos mientras que la globalización está minando o erosionando la soberanía de los mismos.³⁴

34. Spota, A.: "Globalización, integración y derecho constitucional", en *La Ley*, Buenos Aires, 22/2/99.

IV. Avances. Soluciones propuestas: hacia una ecología integral³⁵

Diversas visiones y líneas de pensamiento se fueron desarrollando acerca de esta situación y sus posibles soluciones. Desde un extremo, algunos sostienen a toda costa el mito del progreso y afirman que los problemas ecológicos se resolverán simplemente con nuevas aplicaciones técnicas, sin consideraciones éticas ni cambios de fondo. En el otro, muchos entienden que el ser humano sólo puede ser una amenaza y perjudicar al ecosistema mundial, por lo cual conviene reducir su presencia en el planeta e impedirle todo tipo de intervención.

En el Capítulo Cuarto (“Una Ecología Integral”) al hablar de medio ambiente, el papa Francisco indica la relación entre la naturaleza y la sociedad que la habita. La naturaleza no es algo separado de nuestra vida, somos parte de ella y estamos interpenetrados. De igual manera, destaca la necesidad de una ecología económica, porque, conforme al principio 4 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo 1992, la protección del ambiente no puede considerarse en forma aislada sino como parte integrante del proceso de desarrollo.

La Encíclica destaca que no puede hablarse de desarrollo sostenible sin una solidaridad intergeneracional e intergeneracional y conforme la Carta Pastoral de la Conferencia Episcopal Portuguesa: “El ambiente se sitúa en la lógica de la recepción. Es un préstamo que cada generación recibe y debe transmitir a la generación siguiente”.³⁶

También centra su análisis en el patrimonio histórico, artístico y cultural, igualmente amenazado, en especial en las comunidades aborígenes con sus tradiciones culturales, afirmando que: “La cultura ecológica no se puede reducir a una serie de respuestas urgentes y parciales a los problemas que van apareciendo en torno a la degradación del ambiente, al agotamiento de

35. Para mayor ampliación consultar: Porcelli, A.: “Vinculaciones entre el Derecho Informático, las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación y el Ambiente: Impacto de la Tecnología Informática en el Ambiente. Tecnologías verdes”, en *RED Sociales*, 2014, 2, pp. 105-136.

36. C.E.P., Carta Pastoral *Responsabilidade solidária pelo bem comum*, 15 de septiembre de 2003, p. 3. [Consulta: 10/11/2015]. Disponible en: <http://www.agencia.ecclesia.pt/noticias/documentos/responsabilidade-solidaria-pelo-bem-comum/>

las reservas naturales y a la contaminación. Debería ser una mirada distinta, un pensamiento, una política, un programa educativo, un estilo de vida. Buscar sólo un remedio técnico a cada problema ambiental que surja es aislar cosas que en la realidad están entrelazadas y esconder los verdaderos y más profundos problemas del sistema mundial”³⁷ (Francisco, 2015:88).

Las razones por las cuales un lugar se contamina exigen un análisis del funcionamiento de la sociedad, de su economía, de su comportamiento, de sus maneras de entender la realidad. Dada la magnitud de los cambios, no es posible encontrar una respuesta específica e independiente para cada parte del problema. Es fundamental buscar soluciones integrales que consideren las interacciones de los sistemas naturales entre sí y con los sistemas sociales. No hay dos crisis separadas, una ambiental y otra social, sino una sola y compleja crisis socioambiental.

Según un informe realizado por analistas tecnológicos de la consultora McKensey, las tecnologías de la comunicación son responsables de un 2,9% de las emisiones de dióxido de carbono mundiales, aunque proyecta para el año 2020 que esta cifra podría subir, que los *Data Center* se están quedando sin energía, refrigeración y espacio para alojar más servidores, el 70% de los residuos de plomo y mercurio proviene de residuos electrónicos, la electricidad consumida por los centros de procesos de datos representa el equivalente a la emisión anual de 170 millones de toneladas de dióxido de carbono a la atmósfera lo que la convierte de forma indirecta en una fuente de emisión de gases con una elevada huella de carbono.³⁸

Es necesaria una tecnología ambientalmente amigable, y como sostiene el director ejecutivo de la Asociación Argentina de Usuarios de la Informática y las Comunicaciones, Juan José Dell Acqua, la tecnología puede contribuir a reducir gran parte de la contaminación con las herramientas que posee. El problema puede ser parte de la solución y podría contribuir a la reducción de 7.8 gigatoneladas de gases invernaderos de forma anual, lo que sería el equivalente a alrededor del 15% de las emisiones globales

37. *Op. cit.* en nota 23, p. 88.

38. Muñoz Giner, J. y Rojas Roncón, Y.: Nuevas tendencias en tecnologías verdes-Green IT para la Gestión en Organizaciones, II Congreso Iberoamericano SOCOTE - Soporte al Conocimiento con la Tecnología- y VII Congreso SOCOTE Universidad Politécnica de Valencia, España 13-14 de noviembre de 2010.

actuales y cinco veces más de las generadas por esas mismas tecnologías de aquí a 2020.³⁹

En sentido contrario, la Encíclica afirma que la tecnología, que pretende ser la única solución de los problemas, suele ser incapaz de llegar a las causas más profundas y por eso a veces resuelve un problema creando otros. No obstante, tampoco nos imaginamos renunciando a las posibilidades que ofrece la tecnología, a las innovaciones y a los grandes adelantos que tantos beneficios aportaron al desarrollo.

Y para afrontar los problemas de fondo es indispensable un consenso mundial, ya que los mismos no pueden resolverse por acciones de países aislados. La interdependencia nos obliga a pensar en un solo mundo, en un proyecto común, es decir, es fundamental una reacción global más responsable, que implica encarar al mismo tiempo la reducción de la contaminación y el desarrollo de los países y regiones pobres.

Algunas de las estrategias de baja emisión de gases contaminantes buscan la internacionalización de los costos ambientales, con el peligro de imponer a los países de menores recursos pesados compromisos de reducción de emisiones comparables a los de los países más industrializados. De este modo, se agrega una nueva injusticia bajo la forma de cuidado del ambiente.

Sin embargo, es de destacar que, en algunos países, hay ejemplos positivos de logros en la mejora del ambiente. Si bien no resuelven los problemas globales, confirman que el ser humano todavía es capaz de intervenir positivamente.

En este marco aparecen las Tecnologías Verdes, Informática Verde, *Green IT*, *Green Computing*, referidas al uso eficiente de los recursos computacionales minimizando el impacto ambiental, cuyo objetivo es minimizar el impacto ambiental, maximizar su viabilidad económica, asegurar deberes sociales, desempeñar políticas de desarrollo sostenible, desarrollar productos informáticos ecológicos y promover el reciclaje computacional. En este sentido se puede decir que durante el período industrial los efectos de los avances fueron los más irresponsables de la historia y se espera que las innovaciones tecnológicas de comienzos del siglo XXI puedan asumir sus graves responsabilidades.

39. *Op. cit.* en nota 9.

A. Tecnologías verdes. Green Computing. Economía Verde. Ecoeficiencia. Consumo sustentable

Frente al desafío ambiental, y conforme nos enseña la Encíclica, podemos encontrar que una producción más innovativa y con menor impacto ambiental puede ser muy rentable. Sin detener la creatividad humana y el progreso, sino orientando esa energía con cauces nuevos, también podemos descubrir oportunidades diferentes. En este sentido, los científicos continúan en la búsqueda de diversas alternativas que no dañen el ambiente, poniendo énfasis en tecnologías que sean limpias y, por consiguiente, que frenen o al menos minimicen los impactos negativos.

A su vez, el desarrollo sostenible es el núcleo de las tecnologías ambientales y en la medida en que se lo aplica, las mismas pasarían a ser socialmente equitativas, económicamente viables, y ambientalmente seguras.

Además, la Encíclica destaca la importancia del derecho, tanto a nivel interno como internacional, como moderador ejecutivo que establece las reglas para las conductas admitidas a la luz del bien común, imponiendo límites a una sociedad sana, madura y soberana. Sin embargo, no solo tiene por objeto evitar malas prácticas, sino también alentar las mejores prácticas y estimular la creatividad en la búsqueda de nuevos caminos para facilitar las iniciativas personales y colectivas.

A continuación, definiremos, explicaremos y clasificaremos las tecnologías verdes propuestas desde la informática como un posible aporte al desarrollo sostenible.

1. Green Computing. Economía Verde

El término *Green Computing*, también conocido como *Green IT*, no posee una traducción oficial al español, pero se denomina indistintamente como Tecnología Verde o Informática Verde, término proveniente del francés *L'Informatique Verte*. Son métodos de la industria de la informática para reducir las emisiones de CO₂ en la fabricación de computadoras y la reducción del consumo energético de los mismos y se refiere al uso eficiente de los recursos computacionales minimizando el impacto ambiental, maximizando su viabilidad económica y asegurando deberes sociales, logrando además reducir costes operacionales, aumentar los beneficios, adquiriendo una conciencia ambiental que de masificarse permitiría una mejor perspectiva de futuro al

planeta.⁴⁰ Algunos autores franceses definen: “La Informática Verde es la toma de conciencia de una dimensión medioambiental para el ciclo de vida (desde la selección hasta el reciclaje, pasando con la gestión diaria) de materiales, *software* y servicios ligados a los sistemas de información”⁴¹ (Corne, Porcheron, Guy y Pavia, 2009).

Por su parte, Murugesan y Cordero (2008)⁴² señalan que la computación verde es el estudio y la práctica de diseñar, fabricar, utilizar y disponer de las computadoras, servidores y subsistemas asociados de manera eficiente y eficaz con mínimo o ningún impacto sobre el ambiente. Entonces la propuesta es no solamente trabajar en el último eslabón de la cadena, sino desde la propia concepción del producto, desde su diseño, de su fabricación y por supuesto en las normas de la utilización.

En 1975, el *Energy Policy Conservation Act* (EPCA) de Estados Unidos demandaba crear programas para disminuir el consumo energético en el hogar. *Energy Star*, el primer eco-sello sobre *Green IT*, fue propuesto en 1993, desarrollado por la Agencia de Protección Ambiental y diseñado para promover y reconocer la eficiencia energética de tecnologías como computadoras, monitores y aires acondicionados. Ante el suceso del eco-sello *Energy Star*, el gobierno americano decidió adquirir solamente material etiquetado, es decir eco-sellado *Energy Star*. Es así como una decisión de Bill Clinton fue el primer acto concreto y masivo en la adopción de *Green IT*.

Por su parte la informática sostenible no solo abarca el proceso de fabricación y reciclaje, sino también el diseño de los componentes y el propio gasto energético derivado del uso de las tecnologías de la información y comunicación que podrían, a su vez, ayudar a reducir las emisiones en otros sectores, como el de transporte y el industrial.

Sin embargo, en la actualidad existen algunas empresas que utilizan la misma tecnología para obtener, falsificando datos, el certificado ecológico. Justamente, Volkswagen sufrió una caída cercana a 17% en el valor de su

40. “Green It (La informática verde) Parte II”. [Consulta: 16/4/2012]. Disponible en: <http://www.mgreenit.co/2012/04/green-it-la-informatica-verde-parte-ii.html>

41. Corne, C.; Porcheron, A.; Guy, P. y Pavia, J.: *Green IT Les meilleures pratiques pour une informatique verte*, DUNOD, París, 2009.

42. Murugesan, S.: “Harnessing Green IT: Principles and Practices”, en *IT P*, 2008, 10 (1), pp. 24-33.

acción en la Bolsa de Fráncfort tras ser acusada, el 11 de septiembre de 2015, por la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos de usar un *software* para hacer que 482.000 autos diesel vendidos desde 2008 parecieran menos contaminantes en pruebas de emisiones. El gigante alemán admitió haber equipado modelos diesel en Estados Unidos con un *software* para este tipo de modelos de su principal marca VW y su división de lujo Aud que falseaba datos de emisiones contaminantes. Según denunció la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (EPA), Volkswagen instaló un programa espía en 482.000 vehículos que limitaba la emisión de gases contaminantes y le permitía al vehículo pasar el control sin problemas con el objeto de eludir estándares ambientales y obtener un certificado de conducción ecológica.⁴³

En los últimos años cobró fuerza el concepto de organización verde, derivado del concepto de economía verde, reafirmado a partir de Río +20 en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza. Las discusiones sobre la economía verde sentaron las bases de una efectiva transición a una economía baja en carbono, eficiente en el uso de recursos, con los objetivos primarios de la creación de puestos de trabajo, crecimiento social, inclusión y, en última instancia, la erradicación de la pobreza. La economía verde mejorará la capacidad para gestionar los recursos naturales de manera sostenible con menos consecuencias negativas para el ambiente y reducirá los desechos.⁴⁴

En este sentido, pone en relieve la importancia de la transferencia de tecnología a los países en desarrollo, así como las disposiciones en materia de financiación, acceso a la información y derechos de propiedad intelectual acordadas en el Plan de Aplicación de las Decisiones de Johannesburgo y en especial, el acceso a las tecnologías ambientalmente racionales, desarrollo, transferencia, difusión, nuevos conocimientos y conocimientos técnicos y especializados, en particular a los países en desarrollo y con economías en transición. Asimismo, el apoyo de la comunidad internacional puede contribuir

43. "Volkswagen perdió en tres horas US\$ 20.000 millones en la Bolsa: sus acciones se hundieron un 17%", en *La Nación*, Sección Finanzas, 21 de septiembre de 2015. [Consulta: 23/9/2015]. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1829903-las-acciones-de-volkswagen-se-desplomaron-mas-de-un-20-tras-falsear-datos>

44. *Op. cit.* en nota 11, pp. 10-14.

a que esos países desplieguen sus propias soluciones innovadoras, investigaciones científicas y nuevas tecnologías ambientalmente racionales. Además, destaca que el uso de tecnologías menos contaminantes y de alto rendimiento energético es un elemento importante para el desarrollo sostenible, incluso para hacer frente al cambio climático.⁴⁵

En igual sentido, el papa Francisco (2015) considera necesario que se establezcan mecanismos y subsidios de alcance global, de modo que los países en desarrollo puedan acceder a transferencia de tecnologías, asistencia técnica y recursos financieros.

En consecuencia, conforme lo señala la Organización Mundial del Comercio (OMC) en la Comunicación de Ecuador, se propone evaluar la eliminación o reducción de las restricciones o barreras existentes y la facilitación del acceso y uso a las tecnologías ambientalmente sanas (TAS). De igual manera, admite que es necesario una verdadera y real cooperación internacional entre los países desarrollados y el sector privado que se manifieste en intercambios justos y equilibrados, en la creación de pautas justas y razonables para el uso, intercambio, creación y difusión de las TAS en cuanto al esperado éxito de la revolución de la economía verde en los países en desarrollo vulnerables y los menos avanzados, para lo cual una reorientación del régimen de propiedad intelectual mundial es vital en la lucha para la adaptación y/o la mitigación de los efectos nocivos del cambio climático.

Para el caso de las TAS estiman que es necesario considerarlas como un “bien público” debido a que por su naturaleza y finalidad tienen el objetivo de promover el bienestar social global a través de la adaptación y/o mitigación de los efectos del cambio climático, que se traduce en la adopción de políticas públicas gubernamentales tendientes a la promoción de la salud pública y ambiental.

Es importante reconocer que a pesar de que la temática de cambio climático es competencia de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, existe una estrecha vinculación con la OMC, a través de impactos o medidas de respuesta vinculadas con el comercio, lo que resalta la necesidad de cooperación y coherencia en el accionar de ambos foros internacionales.⁴⁶

45. *Ibídem*, pp. 56-57.

46. *Op. cit.* en nota 17, pp. 3-5.

2. *Ecoeficiencia. Consumo sustentable*

El conjunto de iniciativas para la gestión de organizaciones verdes se suele englobar en el concepto de ecoeficiencia, un concepto presentado por ForFas, 2011, organización irlandesa dedicada a promulgar y desarrollar iniciativas para la creación y sustentabilidad de organizaciones verdes. Puede definirse ecoeficiencia como: “proporcionar bienes y servicios a un precio competitivo, que satisfaga las necesidades humanas y la calidad de vida, al tiempo que reduzca progresivamente el impacto ambiental y la intensidad de la utilización de recursos a lo largo del ciclo de vida, hasta un nivel compatible con la capacidad de carga estimada del planeta”,⁴⁷ *World Business Council for Sustainable Development (WBCSD)*.

La ecoeficiencia se halla estrechamente ligada al desarrollo sostenible ya que equivale a optimizar tres objetivos: crecimiento económico, equidad social y valor ecológico. Este concepto significa añadir cada vez más valor a los productos y servicios, consumiendo menos materias primas, generando cada vez menos contaminación a través de procedimientos ecológica y económicamente eficientes y previniendo los riesgos.

El rediseño de procesos organizacionales es otro de los elementos que puede contribuir en la reducción del cambio climático y de la emisión de carbono. Rediseñar procesos implica simplificar tareas dentro de un proceso específico, crear una conciencia de economía, de energía, no solo de tipo de consumo, sino también asociada a los aspectos humanos.

En la Argentina, el Código Civil y Comercial (vigente a partir del 1º de agosto del 2015), en el Título III (“Bienes”), Sección 3ª (“Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva”), artículo 240 (“Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes”) exige que el ejercicio de los derechos individuales sea compatible con los derechos de incidencia colectiva y no afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales y el paisaje. Los límites sociales y ambientales se plasman, por ejemplo, en el caso del derecho de propiedad que presenta una indudable función ambiental, que nace de la función social, pero se eleva, como

47. Fundación Forum Ambiental: “Guía para la Ecoeficiencia”. [Consulta: 10/04/2014] Disponible en: <http://www.forumambiental.org/pdf/guiaacast.pdf>

elemento integrante de la propiedad, de forma independiente respecto de los planos individual y social.

En este sentido, Juan Pablo II con toda claridad explicó que “la Iglesia defiende, sí, el legítimo derecho a la propiedad privada, pero enseña con no menor claridad que sobre toda propiedad privada grava siempre una hipoteca social, para que los bienes sirvan a la destinación general que Dios les ha dado”.⁴⁸ (Juan Pablo II, 1979:209).

Por lo tanto, sus beneficios no pueden favorecer solo a unos pocos.

El desarrollo sostenible se vincula a la noción de consumo sustentable, receptado expresamente en el artículo 1094 del Código Civil y Comercial Argentino al disponer que la interpretación de las normas que regulan las relaciones de consumo debe ser conforme con el principio de protección al consumidor y el de acceso al consumo sustentable. El consumo sustentable es una parte esencial del desarrollo sostenible.⁴⁹

Además, a nivel regional, el decreto N° 1289/2010 internalizó la Decisión del Consejo Mercado Común N° 26 del 28/06/2007, en virtud de la cual se introdujo en la legislación argentina una norma en materia de “Política de Promoción y Cooperación en producción y consumo sustentable”, adaptada de la “Propuesta en el Simposio de Oslo en 1994” y adoptada por la “Tercera sesión de la Comisión para el Desarrollo Sustentable (CSD III) en 1995”, cuyo artículo 1° define producción sustentable (PS) y consumo sustentable (CS) como:

b) Producción Sustentable (PS): Es aquella que integra sistémicamente las variables económicas, ambientales y sociales en la producción de bienes y servicios.

c) Consumo Sustentable (CS): el uso de bienes y servicios que responden a necesidades del ser humano y proporcionan una mejor calidad de vida y al mismo tiempo minimizan el uso de recursos naturales de materiales peligrosos y la generación de desperdicios

48. J. P. II, “Discurso a los indígenas y campesinos de México”, Cuilapán, AAS 71, 29 enero 1979, pp. 207-210.

49. Herrera, M.; Caramelo, G. y Picasso, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Título Preliminar y Libro Primero*, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp. 403-404.

y contaminantes sin poner en riesgo las necesidades de las generaciones futuras.⁵⁰

En consecuencia, el consumo sustentable es una nueva forma de consumir, que se opone al consumismo e implica un nuevo consumidor: responsable, solidario y consciente de sus acciones y de la posibilidad de incidir en los hábitos sociales, económicos y ambientales. El consumo sustentable es a la vez consumo crítico –que se pregunta por las condiciones sociales y ecológicas en las que ha sido elaborado un bien o un servicio y exige calidad al mismo tiempo– y consumo ético.⁵¹

En igual sentido se expide la Encíclica por cuanto comprar es un acto moral, no solo económico, y los consumidores también somos responsables en el control de las formas de producción de las empresas. Podemos, modificando los hábitos de consumo, forzarlas a producir de otra manera, al dejar de adquirir ciertos productos nocivos para el ambiente, preferir los eco-sellados y así, al afectar el rédito de las empresas, se influye en el comportamiento de las mismas.

*B. Clasificación de las nuevas tendencias en tecnologías verdes*⁵²

1. Desmaterialización de documentos

Alvin Toffler (1979), refiriéndose a los elementos básicos del mañana, dice:

En vez de estar culturalmente dominada por unos cuantos medios de comunicación de masas, la civilización de la tercera ola descansará sobre medios interactivos y desmasificados, introduciendo una imaginaria sumamente diversa y a menudo altamente despersonalizada dentro y fuera de la corriente cultural de la sociedad⁵³ (Toffler, 1979:340).

50. Mercosur, “Política de Promoción y Cooperación en Producción y Consumo Sostenibles en el MERCOSUR”, *MERCOSUR/LXVIII CMC/P.DEC. N° 26/07* Anexo Artículo 1 b) y c), 2007. [Consulta: 24/8/2015]. Disponible en: <http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/MERCOSUR/File/SGT%206%20Ordinaria%20XL/Anexo-IV-RO-XLPolitica-Produccion-Cons-ROXL.pdf>

51. Cafferatta, N.: “Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *L. L.*, Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial, 17/11/2014, p. 273.

52. *Op. cit.* en nota 35, pp. 122-133.

53. Toffler, Alvin. *La Tercera Ola*, Barcelona, Plaza y Janés, 1979, p. 30.

Bressand y Distler (1986)⁵⁴ se refieren a la desaparición del papel, aludiendo al mercado electrónico. El documento electrónico se ha convertido en un aliado del ambiente con la utilización de mensajes de texto, de datos, correos electrónicos en el trabajo cotidiano.

En la Argentina, en 2001, se sancionó la ley N° 25 506 sobre firma digital, y posteriormente, su decreto reglamentario N° 2628/2002 que establece la equivalencia funcional del documento digital con el documento escrito tradicional, de la firma digital con la firma manuscrita y el uso de mensaje de datos con fuerza probatoria, reconociendo como fuente la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico de 1996, con las modificaciones de 1998 y la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Firma Digital o Firma Electrónica Refrendada del 2002.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina contiene diversas disposiciones referidas expresamente al reconocimiento de la validez jurídica del documento electrónico. Por ejemplo, tres artículos incluidos en el Libro Primero, Título IV (“Hechos y Actos jurídicos”), Sección 3^a (“Forma y prueba del acto jurídico”) abordan expresamente la cuestión. En efecto, el artículo 286 establece que la expresión escrita puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos; el artículo 287 comprende, entre los instrumentos particulares no firmados, todo escrito no firmado cualquiera que sea el medio empleado y finalmente el artículo 288 dispone que en los instrumentos generados por medios electrónicos el requisito de la firma de una persona queda satisfecho al utilizar una firma digital, que asegure la autoría e integridad del instrumento. Asimismo, el artículo 1105 –incluido en el Libro Tercero, Título III (“Contratos de Consumo”)– determina que los contratos a distancia son aquellos concluidos con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, en especial, por medios electrónicos, entre otros, y en el artículo 1106 establece que si el Código o leyes especiales exigen que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si ese contrato contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar.⁵⁵

54. Bressand, A. y Distler, C.: *El Mundo del Mañana*, Buenos Aires, Editorial Planeta, 1986, p. 174.

55. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

En materia electoral, la Boleta Única Electrónica es un innovador sistema de sufragio desarrollado por la empresa Magic Software Argentina S.A que permite al votante seleccionar los candidatos a través de una pantalla táctil e imprimir su propia boleta, a la vez que registra la información en el chip RFID de la misma. A diferencia de la urna electrónica, la máquina de votación no almacena la información del voto, sino que la registra e imprime en una boleta que, al salir del cuarto oscuro, el votante la deposita en la urna. En Argentina se utilizó por primera vez en la Provincia de Salta en las Primarias Abiertas Simultánea y Obligatorias del 12 de abril de 2015 y en las definitivas del 17 de mayo y en las de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 5 de julio de 2015. Es un sistema ecológico ya que se reduce el uso de papel imprimiendo solo las boletas a contabilizar.

Recientemente, el club de fútbol Tigre sorprendió con una noticia tan increíble como suena; el *slogan* reza “Llevá a tu club adentro, de verdad”. El chip se implanta en el cuerpo con los datos del socio y reemplazaría a los carnets actuales. Consiste en un sistema de lectura biométrica que permitiría el ingreso sin otro elemento que el chip. Por ahora, sólo está a prueba y será optativo, no obligatorio. El dispositivo es de tipo RFID, utilizado en tarjetas de crédito y en el caso anteriormente comentado de la Boleta Única Electrónica. A través de un lector se sabrá si el hincha se encuentra con la cuota al día y se le permitirá el posterior acceso al estadio. Al socio que presta su consentimiento, se le implanta un chip subcutáneo por medio de una jeringa especialmente diseñada para colocar el chip por debajo de la dermis. Los lectores se ubican en los accesos al estadio, el chip se comunica mediante una señal de alta frecuencia y si el socio está activo, no es moroso, con solo acercar su cuerpo al lector de ingreso se enciende la luz verde que permite el acceso al estadio.⁵⁶

Otra especie de documento electrónico es el correo electrónico o mail, y algunas empresas vienen incorporando mensajes como “No imprima este correo electrónico si no es estrictamente necesario”. Sin embargo, el tipo de correo spam ha generado muchas controversias y estudios en cuanto a la huella de carbono del spam.

56. “Una medida insólita: Tigre le pondrá chips a sus hinchas para que ingresen al estadio”, en *DI*, 25/4/2016 [Consulta: 26/4/2016]. Disponible en: <http://www.infobae.com/2016/04/25/1807003-una-medida-insolita-tigre-le-pondra-chips-sus-hinchas-que-ingresen-al-estadio>

2. Optimización del papel

La industria papelera y de celulosa y la industria pastero-papelera ocupan el quinto lugar del sector industrial en consumo mundial de energía y utilizan más agua por cada tonelada producida que cualquier otra industria. También se encuentran entre los mayores generadores de contaminantes del aire y del agua, así como gases de efecto invernadero. La fabricación y el consumo de papel y el futuro de los bosques están estrechamente unidos.⁵⁷

Una de las eco-prácticas recomendadas se basa en la centralización de los sistemas de impresión y en algunos países ya se aplican buenas prácticas en la gestión de la administración pública, como por ejemplo el concepto de oficinas cero papel u oficina sin papel que se relaciona con la sustitución de los documentos en papel por soportes y medios electrónicos.⁵⁸

3. Reciclaje de equipos

La mayoría de los equipos informáticos tienen un tiempo de vida útil relativamente corto, la cantidad de componentes tóxicos que se generan cuando terminan en vertederos son una fuente directa de contaminación de la tierra y el agua. Si bien el reciclaje de los residuos electrónicos es un negocio lucrativo, muchos países carecen tanto de reglamentaciones específicas como de iniciativas empresariales y son dejados al sector informal, lo que expone a miles de recicladores a graves riesgos de salud.

En cuanto a la normativa vigente, a nivel internacional se debe hacer referencia al Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación de 1989 y a la Directiva Europea 2002/96/CE que es una de las primeras normas especiales sobre el tratamiento de los residuos de los aparatos eléctricos y electrónicos.

En la Argentina, el proyecto de Ley de Gestión de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos contó con media sanción del Senado (4 de mayo de

57. Greenpeace, *Guía para un consumo responsable de productos forestales. El papel*. Cómo reducir el consumo y optimizar el uso y reciclaje de papel, Barcelona, 2004, p. 20.

58. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia, *Guía 1 Cero Papel Buenas Prácticas para reducir el Consumo de Papel*, p. 17. [Consulta: 4/6/2015]. Disponible en: http://programa.gobiernoonlinea.gov.co/apc-aa-files/Cero_papel/guia-1-cero-papel.pdf

2011), pero fue demorado en la Cámara de Diputados. El 12 de julio del 2012 se presentó el mismo proyecto, pero perdió estado parlamentario y se volvió a presentar, el 18 de septiembre del 2013 ante la Cámara de Senadores, sin lograr sanción. En la provincia de Buenos Aires, desde 2011, está vigente la ley N° 14321, que regula la gestión sostenible de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, conforme lo preceptuado en el artículo 41 de la Constitución Nacional y el artículo 28 de la Constitución Provincial, guardando concordancia con lo establecido por el Convenio de Basilea. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en 2008, se dictó la ley N° 2807 que establece medidas para la gestión de aparatos electrónicos en desuso del Poder Ejecutivo de la Ciudad, de aplicación exclusiva al ámbito del sector administrativo público en forma incompleta.

4. Teletrabajo

El teletrabajo es una modalidad que viene desarrollándose como una alternativa laboral, en crecimiento con el uso de las nuevas tecnologías, a distancia, donde el sitio de trabajo puede ser: el domicilio del trabajador u otros espacios que no sean el domicilio de la organización para la cual trabaja. Adoptando estas medidas se puede contribuir a disminuir la emisión de gases de efecto invernadero, ya que cada vez que se realizan viajes tanto por medios aéreos como terrestres se aumenta el consumo de carburantes.

Al analizar más de 50 definiciones, Di Martino y Wirth muestran que comparten tres conceptos básicos: organización, localización y tecnología: “un trabajo efectuado en un lugar donde, apartado de las oficinas centrales o de los talleres de producción, el trabajador no mantiene contacto personal alguno con sus colegas, pero está en condiciones de comunicarse con ellos por medio de las nuevas tecnologías”⁵⁹.

Desde el año 2005 la Organización Internacional del Trabajo lo define de la siguiente manera: “trabajo a distancia (incluido el trabajo a domicilio) efectuado con auxilio de medios de telecomunicación y/o de una computadora”⁶⁰ (Tesauro OIT, 2014).

59. Di Martino, V. y Wirth, L.: “Telework: A new way of working and living”, en *International Labour Review*, 1990, 129 (5), pp. 529-554.

60. O.I.T., *Tesauro OIT*, 7º Edición, OIT, Ginebra, 2014. [Consulta: 29/3/2015]. Disponible en: <http://www.ilo.org/thesaurus/defaultes.asp>

5. Virtualización

La virtualización es un proceso por el cual se pueden crear varios sistemas operativos independientes ejecutándose en la misma máquina. Esto implica hacer que un recurso físico, como un servidor, un sistema operativo o un dispositivo de almacenamiento, aparezca como si fuera varios recursos lógicos a la vez. Esta tecnología permite la separación del *hardware* y el *software* y, a su vez, consiste en la utilización de un *software* para posibilitar que un recurso físico pueda ejecutar múltiples máquinas virtuales aisladas con sus correspondientes sistemas operativos, simultáneamente.

La virtualización es uno de los fundamentos en los que se basa el *Cloud Computing*, *Grid Computing* y los centros de datos.

6. Optimización de los centros de datos

Al hablar de optimizar un centro de datos, el análisis apunta a qué tan buena es la operación en cuanto al consumo eléctrico directo por la alimentación de los servidores y el total de energía gastada en otros aspectos, tales como enfriamiento, iluminación, etc. En general, el potencial de ahorro de energía en los centros de datos y las salas de servidores es muy elevado y en muchos casos puede superar el 50%.⁶¹

7. Cloud computing

La idea del *cloud computing*, denominado en español como cómputo en la nube no es realmente nueva, se ha venido desarrollando y discutiendo desde hace muchos años referida al uso de Internet. Esta idea o término surge a partir de que los ingenieros o informáticos empezaron a mostrar Internet mediante el dibujo de una nube, como punto medio entre computadoras interconectadas a la misma red de redes. Toda esa zona de interconexión es el ciberespacio o Internet, un entorno virtual e intangible. El término de *cloud computing* fue definido por una de las instituciones de mayor reconocimiento, el Instituto Nacional de Estándares y Tecnología (NIST, por sus siglas en inglés) de la siguiente manera:

61. U.E., *Programa Energía Inteligente para Europa IT e Infraestructura energéticamente eficiente para centro de datos y sala de servidores*, PrimeEnergyIT IT Project, Viena, 2011, p. 3.

[...] el cómputo en la nube es un modelo que permite el acceso ubicuo, conveniente y bajo demanda de red a un conjunto de recursos informáticos configurables (por ejemplo, redes, servidores, almacenamiento, aplicaciones y servicios) que puedan ser rápidamente proveídos con esfuerzos mínimos de administración o interacción con el proveedor de servicios. Este modelo en la nube promueve la disponibilidad y se compone de cinco características esenciales, tres modelos de servicios y cuatro modelos de implementación⁶² (Mell y Grance, 2011:2).

8. *Grid computing*

Las tecnologías *grid* permiten que los ordenadores compartan a través de Internet u otras redes de telecomunicaciones no sólo información sino también poder de cálculo (*grid computing*) y capacidad de almacenamiento (*grid data*). Es decir, en el *grid* no solo se comparten contenidos, sino también capacidad de procesamiento, aplicaciones e incluso dispositivos totalmente heterogéneos. El término *grid computing* o computación en malla viene a raíz de la analogía con la red eléctrica (*electric power grid*): nos podemos enchufar al *grid* para obtener potencia de cálculo sin preocuparse de dónde viene al igual que se hace cuando se enchufa un aparato eléctrico.

La infraestructura *grid* integra un motor de búsqueda que no solo encontrará los datos que el usuario necesite sino también las herramientas para analizarlos y la potencia de cálculo necesaria para utilizarlas. Puesto que los recursos que son compartidos pertenecen a personas muy distintas, la seguridad es esencial, y se centra en los siguientes aspectos: política de accesos (qué es lo que se va a compartir, a quién se le permite el acceso, y bajo qué condiciones), autenticación (mecanismos para garantizar la identidad de un usuario o de un recurso concreto) y autorización (procedimiento para averiguar si una determinada operación es consistente con las relaciones que se han definido previamente de cara a compartir recursos). Otro aspecto muy importante es la estandarización: todas las aplicaciones que se ejecuten en un *grid* deben poder funcionar en cualquier otro.⁶³

62. Mell, P. y Grance, T.: *The NIST definition of Cloud Computing Recommendations of the National Institute of Standards and Technology*, Gaithersburg, NIST Special Publication, 800-145, p. 7.

63. M. T. R. J. "Grid Computing" *Manual Formativo. ACTA*, 2007, 43:17-22.

No obstante todos los recaudos en seguridad informática para protección de los datos, se siguen cometiendo delitos informáticos adulterando la información. En un caso muy reciente, la Fiscalía Especializada en Ciber Delitos de la Ciudad de Buenos Aires, a cargo de la Dra. Daniela Dupuy, recibió la denuncia de que una persona había ingresado al campus virtual de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE) para modificar el registro de estudiantes y las notas que aparecían allí.

Entonces, se ordenó al Área Ciberdelitos de la Policía Metropolitana iniciar tareas investigativas en los servidores de esa casa de estudios y lograron detectar al hacker. Los especialistas constataron que una persona había ingresado en los sistemas altamente protegidos y había logrado tener acceso a las bases de datos de los alumnos, profesores y usuarios administradores de la red, cambiando las notas de exámenes y trabajos. Además, los expertos lograron concluir que el hacker contaba con un alto nivel técnico, que había introducido un *malware* (código malicioso), en la página de la UADE el cual le dio acceso a la red y, una vez allí dentro, habilitó las tarjetas de acceso a los molinetes del edificio e ingresó a clases, en donde conectaba su *notebook* para completar la última parte del ataque. El hacker era alumno de la universidad y sus notas registradas por sistema no se correspondían con las asentadas en papel.⁶⁴

V. Conclusión

En el presente trabajo, y tomando como base la metodología adoptada por Encíclica *Laudato Si* se ha analizado, a grandes rasgos, la situación actual de la humanidad, especialmente los impactos negativos de la tecnología informática, como las causas de la degradación ambiental. De este análisis surge la necesidad de un cambio de paradigma, que en algunos sectores se está gestando, con propuestas de nuevas tecnologías que pueden dar lugar a enfoques más sostenibles y prácticas más eficientes.

El papa Francisco nos advierte que para afrontar los problemas de fondo es indispensable un consenso mundial, ya que no pueden ser resueltos por acciones de países aislados.

64. "Identificaron a un hacker que alteraba las notas de los alumnos de la UADE", en *L.N.*, 1 de mayo de 2016. [Consulta: 2/5/2016] Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1894471-hacker-uade-notas-universidad-estudiante>

Urgen acuerdos internacionales que se cumplan, dada la fragilidad de las instancias locales para intervenir de modo eficaz. Las relaciones entre Estados deben resguardar la soberanía de cada uno, pero también establecer caminos consensuados para evitar catástrofes locales que terminarían afectando a todos.⁶⁵

En consecuencia, se requiere la construcción de una agenda orientada a la acción que integre las dimensiones interdependientes del desarrollo sostenible, cuyo éxito dependerá de una alianza mundial con participación activa de los gobiernos, la sociedad civil, el sector privado y el sistema de las Naciones Unidas.

La informática puede contribuir a la conformación de esa indispensable alianza. Así se consolidará una sociedad civil verdaderamente globalizada, interconectada y altamente movilizada, lista y capacitada para actuar como participante, custodio conjunto y motor de cambio y transformación.

La Encíclica propone un camino de desarrollo productivo más creativo y mejor orientado. Es decir, en lugar de una inversión tecnológica excesiva para el consumo, habrá que destinar esos recursos para generar formas inteligentes y rentables de reutilización, refuncionalización y reciclado. No obstante, para que surjan nuevos modelos de progreso, necesitamos cambiar el modelo de desarrollo global, de la economía y su finalidad, para corregir sus disfunciones y distorsiones

Un desarrollo tecnológico y económico que no deja un mundo mejor y una calidad de vida integralmente superior no puede considerarse progreso.⁶⁶

Tal como indican las Directrices de las Naciones Unidas sobre la Protección al Consumidor, la responsabilidad del consumo sustentable la comparten todos los miembros de la sociedad, a saber, los consumidores informados, los gobiernos, las empresas, los sindicatos y las organizaciones ambientalistas y de consumidores. En la medida en que se tome conciencia de las consecuencias públicas de los actos privados, las prácticas del mercado deben correlacionarse con las implicancias en materia ambiental.

Recordamos los compromisos asumidos en la Declaración de Río, el Programa 21 y el Plan de Aplicación de las Decisiones de Johannesburgo relativos a la producción y consumo sostenibles. Es necesario cambiar la

65. *Op. cit.* en nota 23, p. 133.

66. *Ibidem*.

manera en que las sociedades consumen y producen para lograr el desarrollo sostenible mundial.

El secretario general de Naciones Unidas, en la nota publicada en UY Press-Agencia Uruguaya de Noticias y a las puertas de la celebración de la vigésimo primera Conferencia de las Partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 2015 “¿Qué espero de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de París?” reflexiona sobre las palabras de Su Santidad el papa Francisco y otros líderes religiosos, sobre la responsabilidad moral de actuar de manera solidaria con los pobres y los más vulnerables, que son los que menos han hecho para provocar el cambio climático y serán los que sufran en primer lugar y con más intensidad sus efectos.⁶⁷

Finalmente, toda pretensión de cuidar y mejorar el mundo supone cambios profundos en los estilos de vida, los modelos de producción y de consumo. No se propone volver a épocas de antaño, pero sí recoger los avances positivos y sostenibles recuperando los valores.

VI. Bibliografía

- “América Latina expresó su satisfacción por el acuerdo del clima en París” en *Diario Infobae*, 2015. [Consulta: 12/12/2015] Disponible en: <http://www.infobae.com/2015/12/12/1776196-america-latina-expresso-su-satisfaccion-el-acuerdo-del-clima-paris>
- Argentina, “*Reglamento para la Administración de Dominios de Internet en Argentina*” Normativa vigente. [Consulta: 12/7/2015] Disponible en: <https://nic.ar/normativa-vigente.xhtml>
- Argentina, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, *Infojus*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.
- ATSDR, *Reseña Toxicológica del Berilio*, Agencia para Sustancias Tóxicas y el Registro de Enfermedades, Departamento de Salud y Servicios Humanos, Servicio de Salud Pública, Atlanta, GA, Estados Unidos de América, 2002.
- Bacher, S.: “La verdadera brecha digital”, en *Diario La Nación*, Sección Opinión, Buenos Aires, 6/11/2001. [Consulta: 16/3/2015]. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/349072-la-verdadera-brecha-digital>

67. M.A., P.A., “Impactos de las tecnologías informáticas en el Ambiente y nuevas tendencias en computación verde”, en *DPI C*, Suplemento Derecho y Tecnologías, 2015, 11, vol. 1.

- Benedicto XVI: Carta Encíclica *Caritas in veritate* AAS 101, 29 de junio de 2009, pp. 641-740.
- Bressand, A. y Distler, C.: *El Mundo del Mañana*, Buenos Aires, Editorial Planeta, 1986.
- Brigden, K.; Labunska, I.; Santillo, D. y Walters, A.: *Tecnología de punta: Un estudio sobre la contaminación ambiental en la fabricación de productos electrónicos*, Laboratorios de Investigación de Greenpeace, Departamento de Ciencias Biológicas, Universidad de Exter, Exter EX4 4PS, Reino Unido, 2007.
- Cafferatta, N.: “Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *La Ley*, Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial, 17/11/2014.
- Castells, M.: “La Ciudad de la Nueva Economía”, en *Revista La Factoría*, Año XV, N° 12, Barcelona, junio-septiembre de 2000.
- Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia: *Guía 1 Cero Papel Buenas Prácticas para reducir el Consumo de Papel*. [Consulta: 4/6/2015]. Disponible en: http://programa.gobiernoenlinea.gov.co/apc-aa-files/Cero_papel/guia-1-cero-papel.pdf
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Cuestiones Sustantivas que se Plantean en la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 15, El Derecho al Agua, artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas (NU), Consejo Económico y Social, *E/C.12/2002/11*, 2002, p. 2.
- Conferencia Episcopal Portuguesa: Carta Pastoral *Responsabilidade solidária pelo bem comum*, 15 de septiembre de 2003, p. 3 [Consulta: 3/12/2015]. Disponible en: <http://www.agencia.ecclesia.pt/noticias/documentos/responsabilidade-solidaria-pelo-bem-comum/>
- Corne, C.; Porcheron, A.; Guy, P. y Pavia, J. : *Green IT. Les meilleures pratiques pour une informatique verte*, París, DUNOD, 2009.
- CMSI Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información: *Declaración de Principios “Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio”*, Documento WSIS-03/GENEVA/4-S, Ginebra 2003-Túnez 2005, 12 de mayo de 2004.
- Di Martino, V. y Wirth, L.: “Telework: A new way of working and living”, en *International Labour Review*, 1990, 129 (5), pp. 529-554.

- Fariña, C.; Guarás, M. D.; Huykman, N.; Panizza, A. y Pascale, C.: “Huella de Carbono: Un Tema Insoslayable”, en *Revista Alimentos Argentinos*, 52, Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca, Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación, Buenos Aires, 2011, pp. 13-15.
- Fundación Forum Ambiental: “Guía para la Ecoeficiencia”. [Consulta: 10/4/2014]. Disponible en: <http://www.forumambiental.org/pdf/guiacast.pdf>
- Francisco I: Carta Encíclica *Laudato Si*, 24 de mayo de 2015. [Consulta: 20/6/2015]. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html
- “Green It (La informática verde) Parte II”. [Consulta: 16/4/2012]. Disponible en: <http://www.mgreenit.co/2012/04/green-it-la-informatica-verde-parte-ii.html>
- Greenpeace: *Guía para un consumo responsable de productos forestales El papel Cómo reducir el consumo y optimizar el uso y reciclaje de papel*, Greenpeace, Barcelona, 2004.
- Herrera, M.; Caramelo, G. y Picasso, S. (dirs.): *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Título Preliminar y Libro Primero*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015.
- “Identificaron a un hacker que alteraba las notas de los alumnos de la UADE”, en *La Nación*, 1° de Mayo de 2016. [Consulta: 2/5/2016]. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1894471-hacker-uade-notas-universidad-estudiante>
- Juan Pablo II: Carta Encíclica *Redemptor hominis*, AAS 71 (1979), 4 de marzo de 1979.
- “Discurso a los indígenas y campesinos de México”, Cuilapán, AAS 71 (1979), 29 de enero de 1979, pp. 207-210, p. 209.
- Carta Encíclica *Centesimus Annus*, AAS 83 (1991), 1 de mayo de 1991, pp. 793-867, p. 841.
- Lárez, J. y Abaffy, C.: *Las TIC y la Brecha Digital*, 2da. Jornada de Ingeniería Informática. Tecnología con sentido social, UCAB, Guayana, Venezuela, 2009.
- Manero Alfert, R.; Micheva, L. y Petroka, I.: “Respuestas fisiológicas de hombres y mujeres a diferentes cargas de trabajo”, en *Revista Cubana de Investigaciones Biométricas*, 3 (1), Cuba, 1984, pp. 11-21.

- Martínez, A. y Porcelli, A.: “Impactos de las tecnologías informáticas en el Ambiente y nuevas tendencias en computación verde” en *DPI Cuántico*, Suplemento Derecho y Tecnologías, 2015, 11, vol. 1.
- “Implicancias de las Tecnologías Informáticas en el Ambiente y Nuevas Tendencias en el Desarrollo de la Informática Verde como aporte al Desarrollo Sostenible”, en *Revista Actualidad Jurídica Ambiental*, Editorial CIEDA Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental, Recopilatorio Mensual 50, España, 2015, pp. 7-36.
- Mell, P. y Grance, T.: *The NIST definition of Cloud Computing Recommendations of the National Institute of Standards and Technology*, NIST Special Publication, Gaithersburg.-
- Mercosur: “Política de Promoción y Cooperación en Producción y Consumo Sostenibles en el Mercosur”, MERCOSUR/LXVIII CMC/P.DEC. N° 26/07 Anexo Artículo 1 b) y c). [Consulta: 24/8/2015]. Disponible en: <http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/MERCOSUR/File/SGT%206%20Ordinaria%20XL/Anexo-IV-RO-XLPolitica-Produccion-Cons-ROXL.pdf>
- Millán Tejedor, R. J.: “Grid Computing”, en *Manual Formativo*, ACTA, 2007, 43, pp. 17-22.
- Monteverde, F., “E-waste y su incorporación en la agenda gubernamental e internacional”, en UNESCO, *Plataforma Regional de Residuos electrónicos para América Latina RELAC. Los residuos electrónicos: Un desafío para la Sociedad del Conocimiento en América Latina y el Caribe*, UNESCO RELAC, Montevideo, 2010, pp. 213-225.
- Muñoz Giner, J. y Rojas Roncón, Y.: “Nuevas tendencias en tecnologías verdes-Green IT para la Gestión en Organizaciones, en *II Congreso Iberoamericano SOCOTE - Soporte al Conocimiento con la Tecnología- y VII Congreso SOCOTE*, Universidad Politécnica de Valencia, 13-14 de noviembre de 2010.
- Murugesan, S.: “Harnessing Green IT: Principles and Practices”, en *IT Professional*, 2008, 10 (1), pp. 24-33.
- OEA: “Declaración conjunta sobre la protección de la libertad de expresión e Internet”, 2011, OEA, Washington DC, 2011.
- OECD: “Understanding the digital divide”, en *OECD Digital Economy Papers*, 49, París, 2001.
- Organización Internacional del Trabajo: *Tesaurus OIT*, 7º Edición, OIT Ginebra, 2014. [Consulta: 29/3/2015]. Disponible en: <http://www.ilo.org/thesaurus/defaultes.asp>

- OMC: “Contribución de la Propiedad Intelectual a la facilitación de la transferencia de tecnologías ecológicamente racionales”, Comunicación de Ecuador, *IP/C/W/585*, 2013.
- OMS/UNICEF: “Progresos sobre el agua potable y saneamiento”, Informe 2012 *OMS – UNICEF*, 2012.
- ONU: “Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible Río+20”, *A/CONF.216/L.1* Río de Janeiro, 2012.
- Pablo VI: “Discurso a la FAO en su 25 aniversario”, en *Acta Apostolicae Sedis. Acta Pauli PP. VI. Sacra Consistoria AAS 62 (1970)*, 16 de noviembre de 1970, pp. 830-838.
- Porcelli, A.: “Vinculaciones entre el Derecho Informático, las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación y el Ambiente: Impacto de la Tecnología Informática en el Ambiente. Tecnologías verdes”, en *Revista Electrónica del Departamento de Ciencias Sociales de la UNLU, RED Sociales*, 2, 2014, pp. 105-136.
- Porcelli, A. y Martínez, A.: “La Nueva Economía del Siglo XXI: análisis de los impactos de la Informática en el Ambiente. Tendencias Actuales en Tecnologías Informáticas Verdes, un compromiso con la Sustentabilidad”, en *Revista Quaestio Iuris*, vol. 8 Número Especial, 2015, pp. 2174-2208.
- Puckett, J.; Byster, L.; Westervelt, S.; Gutierrez, R.; Davis, S.; Hussain, H. y Dutta, M.: *Exporting Harm: The High-tech Trashing of Asia*, BAN, SVTC, Seattle, 2002.
- Recycla, Chile: *Residuos electrónicos (E-WASTE), la nueva basura del siglo XXI. Una Amenaza-Una Oportunidad*, Recycla, Fundación Casa de la Paz, Santiago de Chile, 2007.
- Silva, U.: “Los residuos electrónicos (RE) en la Sociedad de la Información en Latinoamérica” en UNESCO, *Plataforma Regional de Residuos electrónicos para América Latina RELAC. Los residuos electrónicos: Un desafío para la Sociedad del Conocimiento en América Latina y el Caribe*, UNESCO RELAC, Montevideo, 2010, pp. 19-41.
- Spota, A.: “Globalización, integración y derecho constitucional”, en *La Ley*, Buenos Aires, 22/2/99.
- “Tecnología para cuidar el Medio Ambiente”, en *Revista Claves 21 Ambiente y Desarrollo Sostenible*. [Consulta: 20/5/2015]. Disponible en: <http://claves21.com.ar/tecnologia-verde-herramientas-para-cuidar-el-medio-ambiente/>

Toffler, Alvin: *La Tercera Ola*, Barcelona, Plaza y Janés, 1979.

UIT: *Informe sobre el Desarrollo Mundial de las Telecomunicaciones 2003: Indicadores de Acceso para la Sociedad de la Información*, Ginebra, 2003.

UNESCO: *Informe Mundial Hacia las Sociedades del Conocimiento*, París, Ediciones UNESCO, 2005.

U.E.: “Directiva 2011/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos del 8 de junio de 2011 (refundición)”, en *Diario Oficial de la Unión Europea*, L. 174, 1 de julio de 2011, pp. 88-110.
— *Programa Energía Inteligente para Europa IT e Infraestructura energéticamente eficiente para centro de datos y sala de servidores*, PrimeEnergyIT Project, Viena, 2011.

“Una medida insólita: Tigre le pondrá chips a sus hinchas para que ingresen al estadio” en *Diario Infobae*, 25/4/2016. [Consulta: 26/4/2016]. Disponible en: <http://www.infobae.com/2016/04/25/1807003-una-medida-insolita-tigre-le-pondra-chips-sus-hinchas-que-ingresen-al-estadio>

“Volkswagen perdió en tres horas US\$ 20.000 millones en la Bolsa: sus acciones se hundieron un 17%”, en *Diario La Nación*, Sección Finanzas, 21 de septiembre de 2015. [Consulta: 25/9/2015]. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1829903-las-acciones-de-volkswagen-se-desplomaron-mas-de-un-20-tras-falsear-datos>

Comentario bibliográfico

Kaleck, Wolfgang. *Con el Derecho contra el Poder. Nuestra lucha mundial por los derechos humanos (Mit Recht gegen die Macht. Unser weltweiter Kampf für die Menschenrechte)*. Hanser Berlin Verlag. München, 2015.

Por Guido Leonardo Croxatto*

Hoy el Estado de derecho, como advierte Günter Frankenberg en Frankfurt, se encuentra, por diversos motivos, frente a una crisis profunda.¹ Se “normalizan” los estados de excepción que se creían superados, se vulneran y se recortan garantías civiles (garantías que mucho tiempo y

* Abogado (UBA), LL.M. (FU) Doctorando en Derecho Penal (UBA–Derecho/CONICET); gcroxatto@zedat.fu–berlin.de.

1. Frankenberg, Günter, *Political Technology and the Erosion of the Rule of Law. Normalizing the State of Exception*, Elgar Monographs in Constitutional and Administrative Law Series, MA, USA, Edward Elgar, 2014. La crisis del Estado de derecho por el resurgimiento (“normalizado” como nueva “regla”) de los “estados de excepción” (la justificación de las torturas como “técnicas de interrogatorio mejoradas”, o los escándalos de espionaje masivo prácticas de espionaje que se suceden –sin excepción– en casi todas las democracias occidentales modernas –que, en nombre del combate al terrorismo, terminan haciendo espionaje sobre políticos, diplomáticos, empresarios, jueces, periodistas y académicos del mundo entero–), entraña, como advierte Günter Frankenberg, la crisis del principio de legalidad moderno. La crisis del Estado de derecho. Afectan la participación ciudadana y las libertades civiles más esenciales. De esta manera (y con las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación), se termina reconfigurando (y desdibujando) la línea que divide lo público de lo privado, afectando o recortando la libertad de expresión. (Capella, Juan, *Fruta Prohibida. La construcción jurídico-política de la modernidad*, Madrid, Ed. Trotta, 1999).

esfuerzo costó conseguir),² se eliminan derechos (muchos otros se convierten en letra muerta de nuestras constituciones liberales, que se transforman en auténticas piezas de museo, como el respeto de la esfera privada de los ciudadanos, la inviolabilidad de la correspondencia privada, de las comunicaciones interpersonales, base de toda autonomía y de toda participación civil y política).³ Todo esto configura un nuevo escenario global (y nuevos focos de conflicto, nuevas formas de conflicto y de “agresiones”) que deben ser atendidas por el Derecho (Penal) Internacional, sobre todo por quienes se dedican, como el autor de este libro, a la defensa y la promoción de los derechos humanos.

“El futuro de la democracia a nivel mundial pende de un hilo” afirma Martha Nussbaum en su libro *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*.⁴ Y una de las razones para que la democracia a nivel mundial “penda de un hilo” se debe sin dudas a la crisis de la legalidad moderna (interna e internacional), a la continua erosión de las garantías y derechos civiles, al derrumbamiento del orden mundial de posguerra (basado en la cooperación internacional, en el principio rector –hoy en crisis– horadado de la “seguridad colectiva”, en la actualidad reemplazada nuevamente por el resurgimiento de la doctrina de “seguridad nacional” que va de la mano del recorte de libertades básicas esenciales, es decir, a la continua erosión del Estado de derecho, a la rehabilitación judicial de la tortura, como advierte Judith Butler en Estados Unidos, o al empleo de eufemismos tales como “técnicas de interrogatorio mejoradas” para no nombrar abiertamente la tortura, que se practica, aunque con otro “nombre”, en muchos Estados “democráticos”, “de Derecho”. Para cambiarle el nombre a la tortura, aunque la misma permanece o se “rehabilita” incluso en las democracias más avanzadas del mundo, es que surgen distintos eufemismos (“El Estado procede por eufemismo”, afirma Deleuze).⁵ La misión de todo abogado en

2. Ferrajoli, L., *La democracia a través de los derechos*, Madrid, Ed. Trotta, 2014.

3. Como se lee en la Constitución argentina (art. 18).

4. Nussbaum, M., *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, Buenos Aires, Ed. Katz, 2014.

5. Deleuze, G. *Conversaciones*, Madrid, Ed. Pretextos, 1999. La misión del jurista es (construir un lenguaje que sirva para) combatir el eufemismo, desnudando –volviendo

derechos humanos es estar atento a este cambio en el lenguaje (combatir el “lenguaje totalitario”, como advertía Hobsbawm); es combatir, precisamente, eso: un lenguaje cargado de eufemismos que se emplean desde el Estado (la sociedad o la cultura) para no ver los crímenes que se cometen a diario, para no ver, detrás de los mismos, qué es lo que de verdad hace (o tolera, o no dice) el Derecho: torturas, recortes masivos de garantías civiles, recorte, en suma, de las libertades. Todo esto conduce a la deshumanización y a la violencia al volver lentamente invisibles a esos otros (migrantes, “terroristas”,⁶

visible— una realidad. Juan Guzmán Tapia, en Chile, afirma lo mismo: la misión esencial de todo jurista es combatir el eufemismo, los eufemismos que emplean las dictaduras (“ni está ni no está, está desaparecido”) y también los eufemismos que emplean las democracias (Guzmán Tapia, Juan, *En el borde del mundo. Memorias del Juez que procesó a Pinochet*, Santiago, Ed. Anagrama, 2005) No caer en el eufemismo, (en la “técnica de interrogatorio mejorada”) en el lenguaje llano, vacío, ritual, en los latinajos, (será justicia...) en el lenguaje obtuso incomprensible de los tratados para el hombre corriente, en la “oscuridad de estilo” (como Gargarella le imputa, no sin razón, a ciertos constitucionalistas como Linares Quintana, que daban sin tapujos, mientras son presentados aún como “grandes maestros” por la Academia Nacional de Ciencias Morales, clases de derecho constitucional durante el Proceso en la Escuela de la Armada, siendo entonces que esa “oscuridad de estilo” de los constitucionalistas cómplices del horror “esconde”, como ve Gargarella, otras cosas “oscuras”, entre líneas) es el primer desafío del lenguaje jurídico y judicial. De allí la importancia de la literatura también para cambiar el lenguaje y el enfoque literario (la palabra como mero “medio” neutral, transparente, “formal”) que emplean los jueces, los abogados, los profesores de Derecho, para generar un derecho constitucional (y una jurisprudencia) que hable más claro, que sea consciente del contenido plenamente “poético” y político de cada palabra. Es de esperar que los nuevos enfoques ayuden, con su énfasis en la filosofía del Derecho, a depurar el lenguaje de nuestra jurisprudencia, transparentando, con argumentos claros y precisos, el razonamiento (tantas veces enmarañado) de nuestros tribunales, las razones de nuestra Justicia, los argumentos y las razones (tantas veces opacos, tan poco “transparentes”) de nuestro Derecho. Cover, Robert, *Derecho, Narración y Violencia*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1999. Biblioteca Yale de Derecho Constitucional.

6. Ambos, K., “¿Mi terrorista, tu terrorista?”, en Diario *El Universo*, Quito, septiembre 2014. (Original en alemán: “Wer ist ein Terrorist”, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, FAZ; N° 229, 2/10/2014, p. 11); Ambos, K. “Los terroristas también tienen derechos”; en Diario *Página 12*, Buenos Aires, 14 de mayo de 2011. El título de Ambos podría haber sido más preciso y decir “humanos”, derechos “humanos”, para enfatizar, como quedó claro en el fallo Magnus Gäfgen (en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a Alemania por tortura psicológica contra un joven que había secuestrado y asesinado a un menor de edad, hijo de un banquero de Frankfurt), que también los terroristas, los

etc.) cuyos derechos esenciales son recortados, negados. A privarlos de un derecho esencial: el derecho a ser (vistos y tratados como) personas.⁷

La lenta pero firme (producto de la hiperespecialización, la economización, que percibe disciplinas humanas como “técnicas”), deshumanización del Derecho (y la lenta deshumanización de nuestras democracias,⁸ que ven con gran indolencia cómo miles –que ya no son vistos como personas, sino como menos que “humanos”– mueren año a año intentando entrar en nuestras sociedades “civilizadas”) es la contracara de este proceso o “lucha” global por los derechos humanos que menciona Kallek en su libro. Son dos procesos en tensión: de un lado un Derecho cada vez más parecido a (y enseñado en las facultades como una) técnica (“apolítica, neutral”), incapaz de “sentir” emociones, insensible, incapaz de conmoverse, “objetiva” (Nussbaum); del otro, un activismo creciente en derechos humanos, que no tiene fronteras y que busca generar “conciencia” civil (sujetos, subjetividades, aportando nuevos enfoques que rescaten el valor de las humanidades para el Derecho “deshumanizado”, de la literatura, la poesía, de la imaginación, el rol o el lugar de las emociones en el Derecho) en nuestras sociedades indolentes sobre los horrores que se suceden más allá de nuestros países (más allá de nuestra “comodidad”, más allá de nuestra mirada, más allá de nuestras fronteras, e incluso muchas veces dentro de ellas).⁹ Este libro es

peores criminales, deben ser tratados, pese a sus actos atroces, como personas, como seres humanos, como seres con dignidad esencial y derechos. Una democracia –un Estado de derecho– no puede proceder de otra manera. (“La prohibición absoluta de la tortura es un logro fundamental del Estado de derecho”, sostuvo entonces Beate Rudolf, directora del Instituto Alemán de Derechos Humanos de Berlín. Esa es la “prohibición absoluta” que hoy parece, como advierte Frankenberg, estar en serio peligro, con el riesgo que esto supone para la vida en democracia: “Die Würde des Menschen ist unantastbar”, la dignidad humana es inalienable).

7. Arendt habla del “derecho a tener derechos”. Arendt, H., *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 2005.

8. Foucault agregaría, la propia deshumanización de nuestras “disciplinas” sociales. (Foucault, M., *La Hermenéutica del Sujeto*, Buenos Aires, FCE, 2009).

9. El caso de las nudistas italianas que seguían, en julio de 2008, tomando sol indiferentes a pocos metros de un cadáver de un inmigrante ahogado, arrojado ese cuerpo –esos cadáveres– a la costa italiana por el mar, demuestra esta “deshumanización” feroz de los lazos sociales (el eufemismo “no te metás”, algo habrá “hecho”, también llega hasta allí). Adorno afirmaba que esta “indiferencia” por el destino del otro (que intentan no por casualidad

un producto de estas tensiones. Luchar contra las injusticias y los horrores presentes y pasados es también combatir una determinada forma de pensar (enseñar, y transmitir) el Derecho, que fue (o es) funcional a esos horrores que todavía hoy vivimos. Asociar teoría a práctica (no dividir *Law in Books* de *Law in Action*, no dividir lo que el Derecho es y lo que el Derecho debería ser, proclama o promete) es uno de los desafíos de todo activismo. En muchos de los lugares donde las injusticias se suceden, existe un Derecho, existen jueces, existe un Estado con funcionarios, existen eufemismos legales.

imponer las dictaduras que traen, con sus crímenes feroces, tan poco “liberales”, la “economía libre de mercado”) es una de las “condiciones” sin las cuales la modernidad industrializada no puede funcionar. No puede funcionar la “industria”, la “industrialización”. Por eso las personas son nombradas y vistas, en el discurso económico (no empático, no “emotivo”, antiemociones, anti “sentimientos”, que pide al hombre “ser duro”, no ser “débil”, no mostrar “emociones”, por eso el enfoque de la literatura y la economía se oponen en su “enfoque” para el Derecho, hoy hegemónico, en el “análisis económico” del Derecho) como “recursos” humanos que, cuando no “sirven”, cuando dejan de “servir”, se pasan, para usar el lenguaje de Videla (que lo dice mejor que cualquier economista) a “disposición final”. (Reato, C., *Disposición Final*, Buenos Aires, Sudamericana, 2011). Contra este lenguaje tan poco “humano”, tan indolente, tan “economizado”, tan “sin emociones”, tan sin “palabras” poéticas, tan poco “elevado”, tan poco conciente, tan incapaz de “movilizar” sentimientos, conciencias, personas, debe luchar el Derecho. Contra este lenguaje deshumanizado (anti-poético) que no trata personas, trata “recursos”. Un lenguaje sin empatía, sin emociones, sin dignidad, sin afecto. Sin amor: incapaz de “conmoverse”, de abrir los ojos. Un lenguaje, como diría Nussbaum, que ya no “siente” nada por nadie, un lenguaje técnico, de “especialistas”, que no es capaz de “sentir”. Un lenguaje sin emociones, sin sentimientos, sin afecto, sin angustia, sin lazos sociales, sin sentido. Un lenguaje que no es producto de la libertad, la conciencia civil, o el diálogo político. Un lenguaje que no es poesía, que no es resistencia, que no es “derecho”, sino de las “formas”. La economía persigue la eficiencia y trata recursos. El Derecho no persigue, aunque muchos crean, con Posner, que sí, la eficiencia, ni tiene siempre el mandato de ser “eficiente”, porque el Derecho defiende un valor muy distinto, aunque esté olvidado: la dignidad humana. Por eso el Derecho no trata “medios”, trata fines. No trata “recursos”, trata personas. Por eso el Derecho y la Economía, a fin de cuentas, suponen parámetros y enfoques, como diría Justo, separados, no siempre compatibles entre sí. El análisis económico del Derecho (*Law and Economics*, que es la “alternativa” en disputa con el enfoque humanista de Nussbaum, que rescata, frente a la economización y la técnica, el valor de la palabra, de la poesía, de la imaginación y las emociones) lo que hace en rigor es reemplazar los parámetros y objetivos del Derecho, por los parámetros y objetivos –ciegos– de la economía. Es la economización-tecnificación-deshumanización del Derecho. Esto es lo que combate la poesía (también el rescate que hace Nussbaum de la corporalidad, de los cuerpos, de nuestra naturaleza humana). Combatir la economización

Existen universidades donde se imparten, como en la Argentina durante el Proceso, clases de “Derecho” constitucional. Luchar contra las injusticias es poner en tela de juicio también (Robert Cover diría sobre todo) la forma en que el Derecho es enseñado en la actualidad, es poner en tensión un lenguaje, también la forma “políticamente correcta” en que se enseñan en muchos centros “progresistas” los derechos humanos, que terminan siendo, ellos mismos, también, un gran negocio, una industria: una etiqueta. Un enfoque literario crítico, más humanista, más “humanizado”, que rescate el valor de los DDHH, es un enfoque crítico de los esquemas actuales (basados en la “insensibilidad objetiva”, en la “neutralidad”, en el automatismo ciego, donde el derecho subjetivo es reemplazado por el citado de “fórmulas” rituales y vacías) que se proponen, marginando a la historia y a la filosofía (marginando a las humanidades, percibidas ahora como “pérdida de tiempo” y recursos)¹⁰ en los programas de estudio, como mera repetición de contenidos en las aulas. Este esquema de mera repetición (de no discusión sobre fundamentos de derechos, alumnos que desconocen la historia o las teorías que dan sustento presente a esos derechos esenciales) es el que vacía de contenido a los derechos en la práctica. Este esquema de “enseñanza” luego vacía a los derechos. Los pone en peligro: porque sus protagonistas,

es combatir un lenguaje (dualista, cartesiano, moderno) que ha privado al Derecho de sus palabras, de sus objetos, de sus parámetros, de sus valores. Un derecho que ha perdido incluso, (al separar al Hombre con mayúsculas de sus entornos, de sus hábitos, de sus recursos, de sus “objetos”, de la naturaleza “baja”) como advierte Galanter, su aspiración esencial de hacer “justicia”, hoy reemplazada por la más modesta aspiración económica de ser “eficiente”. El Derecho debe recuperar su lenguaje, sus palabras (poéticas), para poder recuperar, como dice Nussbaum, sus aspiraciones, sus valores, su ambición de justicia, de ser justo. La justicia, como recuerda Aristóteles (en la *Política*) comienza por la palabra, por nuestro lenguaje, por nuestra cultura (Radbruch). El Derecho es un producto cultural. Donde la cultura se deshumaniza, (y esto es lo que combaten los movimientos de derechos humanos) es el Derecho el que termina deshumanizado. Reducido a mera técnica, a mera “forma”, a ser –la de abogado– una mera “profesión” entre otras.

10. Marginando de las aulas, más aún, a la poesía, a la literatura, que desaparecen también de los estantes de las librerías. Se plantea a su vez, y esto se vincula a la historia del feminismo (Nussbaum) a la literatura como una cosa de “mujeres”. No de “varones”. De “hombres”. De “abogados” (Wolf, V. *Una Habitación Propia*, Madrid, Ed. Alianza, 2001). Las mujeres son (Olsen diría representan los extremos negativos –sexualizados– de todo el dualismo moderno) la “sensibilidad”, el amor, el cuerpo, el afecto, la maternidad, la sensualidad, la empatía (Moller Okin).

acostumbrados a “repetir” (citar mecánicamente normas) no son capaces, como afirmaba Lasalle, de pensar –de un modo más trascendente– sus propios derechos, los ideales de su disciplina.

“Humanizar” el Derecho es volverlo más abierto, menos formal, menos atento a las “formas” que a los “fondos” (por eso Nussbaum habla de la importancia de las “Humanidades”¹¹ para la democracia y de las emociones para el Derecho,¹² porque el Derecho es algo que todavía tenemos que volver a “humanizar”, a volver menos “máquina”, menos “técnica”, más “humano”). Más atento a la “sustancia” que al artículo/procedimiento, más atento a la filosofía (y a los fundamentos de la justicia) que a los derroteros formales, veniales, del código procesal, del procedimiento. La forma no puede reemplazar al fondo. El formalismo –el legalismo– son vistos críticamente por los movimientos civiles de derechos humanos, centrados en generar justicia, en generar conciencia, más que en respetar “plazos” legales estrictos.¹³ Kaleck, por eso mismo, narra su propia experiencia personal, los encuentros cara a cara con distintas figuras (víctimas, artistas) de esta lucha global alrededor del mundo por los derechos humanos. Porque el encuentro cara a cara con las personas tiene algo que no se puede encontrar en los libros, algo que las comunicaciones virtuales no reemplazan. De esto se trata la “humanización” del Derecho, volver a humanizar el Derecho es volver

11. Nussbaum, M., *op. cit.*, 2014.

12. Nussbaum, M., *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life* (Alexander Rosenthal Lectures), Beacon Press, 1997.

13. Los derechos humanos no pueden verse absorbidos ni desdibujados por el formalismo. El formalismo/legalismo eran rasgos del positivismo jurídico, concepción –funcional al análisis económico del Derecho– contra la cual desarrolla, no por casualidad, Martha Nussbaum su enfoque literario (*poetic justice*). Nussbaum califica al positivismo como el proyecto de un derecho “antiemoción”. Un derecho “sin emociones”, incapaz de conmoverse. Algo semejante parece decir Radbruch, cuando en la Alemania de posguerra, en su texto *La renovación del Derecho*, con el país en ruinas, afirma, ante jóvenes alemanes estudiantes de abogacía, que el positivismo jurídico (que él mismo había defendido antes del nazismo) “dejó a los juristas alemanes del todo indefensos ante leyes ostensiblemente injustas y crueles”. Sobre la importancia de las cuestiones de “estilo” para el Derecho, puede verse Kantorowicz, Hermann (que fue expulsado de la universidad de Kiel por ser judío, mucho antes de la ascensión del nazismo al poder, lo cual parece confirmar la tesis de Daniel Goldgahen sobre los verdugos voluntarios de Hitler) *Aesthetik der Lyrik. Des Georgische Gedicht*, 1902.

a humanizar la sociedad, despertando las conciencias adormecidas, humanizando los vínculos humanos, hoy recortados. Humanizar las culturas, humanizar nuestras palabras (“La Humanidad es todavía algo que hay que humanizar”, decía Gabriela Mistral en Chile). Rescatar la “humanidad”, los vínculos personales directos, el contacto físico, sentido, humano, es parte de la lucha por los derechos humanos en un mundo cada vez más indolente, inconsciente, distante, que invisibiliza cuerpos, los encierra, deshumanizado, más “formal”, donde existe (pese a la revolución de las comunicaciones) cada vez más distancia (aislamiento, incomunicación) entre las personas, que se comunican cada vez más (o creen que lo hacen) a través de las redes virtuales.¹⁴ No directamente, sino un contacto mediatizado por plataformas (“redes”, “aplicaciones”) no neutrales, tampoco lo fue la arquitectura de espacios. No fue inocente, por ejemplo, el diseño de los espacios públicos para las formas de la comunicación y/o participación política. Los espacios públicos se diseñan para desalentar la participación política, para desmovilizar la “reunión” de personas, y las redes virtuales, como espacios públicos, pueden no ser la excepción. Siguen una regla, un patrón, donde hay cada vez más “control”, más “observancia”, menos participación, más “disciplina” y menos libertad. Por eso es tan importante el contacto “humano”, el contacto directo, libre, físico, espontáneo, cara a cara, entre los cuerpos, entre las personas con todo el peso de su “humanidad” doliente. Con sus olores, sufrimientos, y gestos, con su piel, su dolor, sus ojos, su mirada, sus palabras reales, sentidas, no virtuales. Sus impresiones, gestos, dudas.¹⁵

14. Esta “virtualidad” niega nuestra naturaleza (corporal, nuestro ser cuerpos), dirá Nussbaum, lo cual no es menor, si se piensa la evolución crítica de la antropología legal (dualista, moderna, cartesiana, la noción de “Sujeto” de Derecho, separado de los objetos, recursos, cosas). Nussbaum, M., *El Ocultamiento de lo humano. Vergüenza, Repugnancia y Ley*, Buenos Aires, Ed. Katz, 2007.

15. Las formas de la comunicación no son nunca neutrales (y también la literatura llama la atención sobre esto, sobre esta “neutralidad” de las plataformas), en sociedades de control, donde todo es percibido como un riesgo que se debe tener bajo control, bajo vigilancia. Esto mina nuestra libertad, pero también nuestra comunicación, nuestra conciencia, nuestros derechos, nuestro lenguaje. Se ha dicho que más del 80% de la comunicación interpersonal no se sucede a través del lenguaje verbal, oral o escrito, sino a través del lenguaje “corporal”, del lenguaje de nuestro cuerpo, de las cosas que nuestros cuerpos “dicen”, lo que los cuerpos comunican, esto revela la importancia, para poder realmente comunicarnos, de estar, poder estar, cara a cara, sentirnos (no solo “leernos”) juntos, reunidos, cuerpo con cuerpo. El valor

La lucha por los derechos humanos (en la práctica política, en la cultura) es inescindible de la lucha por volver a “humanizar” el Derecho (como campo de estudio, como enseñanza, como vocabulario). Los derechos humanos como “lucha” (por la conciencia, por la justicia, la igualdad, como pide Kalleck) no son separables de los cambios/cuestionamientos que hace, al proyecto del derecho “anti-emoción”, Martha Nussbaum.¹⁶ Porque es ese derecho “deshumanizado”, incapaz de sentir ninguna emoción, ese derecho incapaz de conmoverse, de abrir los ojos, el que produce (o es funcional a) las violaciones de derechos. Por eso las dos reivindicaciones van de la mano: la lucha por los derechos (Kalleck) es inseparable de la “humanización” del Derecho en la enseñanza (que pregona Nussbaum), aportando los marcos de la poesía, de la literatura, ramas capaces de “volver más humano” a nuestro Derecho, más humanos a nuestros jueces, más

de la presencia no es menor para una comunicación, tampoco para una cultura. Ese es el contacto humano, que ninguna red virtual puede reemplazar. Por eso la supuesta “revolución” de las comunicaciones esconde que estamos en una sociedad donde es cada vez menos lo que se “comunica”, donde el contacto real es cada vez menos real, menos posible, más virtual, menos espontáneo. De este modo, va desapareciendo el espacio público, espacio de participación y cultura. La “técnica” lo reemplaza. Estas formas de la “comunicación” también se vinculan a los procesos de deshumanización aquí denunciados, no solo de los espacios, sino de la otredad misma, que queda, de este modo, virtualizada, deshumanizada. Formateada como “perfil”, no como persona de carne y hueso, como apariencia, como fantasmagoría. Luchar por la “humanización” del Derecho (Nussbaum, *poetic justice*) como se ve, es luchar por volver real la “comunicación”: de eso se trata, la poesía. De volver a hacer posible una comunicación humana que ya no parece posible entre las personas. Toda comunicación (no virtual) es siempre poética. Siempre emociona, causa “emoción”, conmueve, sensibiliza, genera empatía, abre los ojos. De esto se trata el cruce de Poesía y Derecho que proponen jóvenes abogados (no casualmente hijos de desaparecidos, que han debido como nadie luchar por su palabra, para ser oídos) como Julián Axat. (Axat, J., *Musulmán o Biopolítica*, Buenos Aires, Ed. Detectives Salvajes, 2014) .

16. Que supone también una forma de luchar por los cuerpos (presentes y desaparecidos), por sus emociones, por sus sentidos, por su “lenguaje”. Heaney compara el trabajo del escritor, del poeta, con la pluma, con el del antropólogo o arqueólogo que con una pequeña espátula, parecida a un pincel, talla en el piso, buscando huesos, restos, que también “hablen”, huesos, restos que también “dicen”. De este modo se juntan, se asocia el trabajo del antropólogo forense y el del poeta. Son formas de la escritura, de la palabra. Son formas de terminar con el “ocultamiento” de lo “humano”, de desenterrar (y dejar que “hable”) el Cuerpo que fue negado-desaparecido y dejado sin voz. Es dejar que se escuche la palabra de los muertos. (Zaffaroni, E. R., *La palabra de los muertos*, Buenos Aires, Ediar, 2011).

humanos a nuestros abogados, más humano a nuestro mundo, a nuestra cultura, a nuestra sociedad.¹⁷

La continua erosión del Estado de derecho, el continuo recorte de nuestras libertades civiles hace que la democracia, como afirma Nussbaum (a nivel mundial) “penda de un hilo”. El creciente apogeo y normalización

17. La violencia (la xenofobia, las violaciones de derechos) crecen donde el diálogo no es posible. Por eso entendemos que la única forma de defender los DDHH es cambiando el enfoque “positivista” (deshumanizado, tecnificado, que promueve la repetición más que la crítica, la repetición más que la imaginación poética y literaria, la repetición más que el pensamiento o la empatía humana) imperante en la enseñanza legal, por un enfoque que reivindique abiertamente lo que durante mucho tiempo permaneció negado en la enseñanza del Derecho (la Filosofía): los cuerpos, las emociones, los sentidos, la capacidad de “sentir”, de “emocionarse”, además de pensar. Todo lo que estaba debajo de la razón. Humanizar es rescatar “lo humano”, y como afirma Nussbaum, nada es más humano que los cuerpos (largo tiempo desaparecidos, reprimidos, negados), que las emociones, que los sentidos, que la capacidad de conmoverse. Rousseau entiende incluso que así nace el Derecho, de la piedad (no en vano concepto cuestionado por Nietzsche) que es la “repugnancia innata a ver sufrir a un semejante”. Donde esa “piedad” desaparece, desaparece el (o los) derecho (s). Bobbio, N., *Derecha e Izquierda*, Madrid, Ed. Taurus, 1998. Rousseau cuestiona “la sociedad del espectáculo” por entender que las “ficciones” rompen poco a poco ese sentimiento en las personas: la piedad. La piedad de conmoverse por el otro. Porque se eligen “ficciones” (espectáculos falsos) para “conmoverse” ante lo que no es real (Francis Bacon sostiene un argumento semejante). De este modo, la realidad pierde frente a la ficción. Por eso Rousseau cuestiona el “progreso” de (y en) las artes y las ciencias. De allí su doctrina (igualitaria) del “buen salvaje”. La reivindicación de los cuerpos (el paso, en la antropología filosófica, del dualismo cartesiano, moderno, al monismo actual) es un paso que se da en la antropología filosófica, pero sin dudas este paso o cambio está llamado a tener un fuerte impacto en la filosofía legal. En el discurso del Derecho, que es un discurso humanista, moderno y cartesiano, el “monismo” en la antropología filosófica explica, a su vez, la importancia creciente de los (derechos de los) “cuerpos”, sean “animales”, sea la naturaleza misma, que dejan de ser vistos como “recursos” del Hombre (con Razón), la naturaleza como “sujeto de derecho” y no como mero recurso a los “pies” del Hombre, que la reduce con sus técnicas. Este “auge” de la corporalidad (derechos de los animales, cambio en el paradigma de los “menores” de edad, derechos de la naturaleza, etc.) se vinculan con el enfoque pro-emociones (pro-cuerpos, pro-corporalidad) de Martha Nussbaum, y esto se relaciona, a su vez, con la importancia de la literatura en la enseñanza legal, ya que la literatura apunta lo que el Derecho formal (imparcial y objetivo) había negado: las emociones, historias de “cuerpos” que se emocionan, que sufren, que sienten, que están vivos. El enfoque de Nussbaum, y el cambio en la antropología, que pasa del dualismo cartesiano al monismo, supone una reivindicación de los cuerpos que habían sido desaparecidos –de la corporalidad misma que había

de las “excepciones”; de los estados de excepción que se van convirtiendo lentamente y sin que nos demos acabada cuenta, en la nueva regla (y no ya una excepción), conforman un escenario riesgoso para las democracias y los derechos humanos.¹⁸ En este contexto global crítico para las libertades y derechos humanos esenciales, donde crecen y se expanden, ante los ojos ciegos de la justicia, “técnicas de interrogatorio mejoradas”, es que debe pensarse este libro de Kaleck, que ya desde el título (*Con derecho contra el Poder. Nuestra lucha mundial por los derechos humanos*) marca una posición definida sobre la forma de construir derechos humanos, de construir el

sido negada— por el Derecho, la Filosofía y la Religión. Estos cambios tienen mucho que ver con la defensa y promoción de los derechos humanos (por ejemplo, en concreto, con la búsqueda actual, en Argentina, de miles de cuerpos “desaparecidos”). La represión de esos “huesos” no fue solo un “terror práctico”, fue también un terror simbólico, como bien vio Nussbaum, sobre la corporalidad en cuanto tal. Por eso es inescindible la reivindicación de la corporalidad y sus emociones (en un trabajo de Nussbaum, llamado *El ocultamiento de lo humano*) a su defensa del rol de la literatura en las aulas de abogacía, por el otro (Nussbaum, *Justicia Poética*). La corporalidad y la poesía van, en suma, de la mano. Y con un enfoque (en la práctica y en la teoría) relacionado con la promoción/avance/conciencia de los derechos humanos, de los métodos de enseñanza más “humanizados” y de una práctica legal “más humana”, que sienta “empatía” con los cuerpos, que no los niegue, que no los torture, que no los reprima, que no los desaparezca, que no niegue la corporalidad de cada uno, negando, detrás de eso, como afirma Nussbaum, la “corporalidad” en tanto tal. La “justicia poética” (*Law and Literature*) es inescindible de la “visibilización” de los cuerpos negados y esto y no otra cosa, es lo que implica “humanizar” el Derecho, volverlo “más humano” —más poético, más justo, más libre, con más cuerpo(s)—. La deshumanización-tecnificación niega la corporalidad, niega las emociones, niega a las personas. En síntesis, la “lucha” por los DDHH es una lucha que se da no solo en las calles, no solo en los tribunales, también en los métodos y marcos de enseñanza legal, que también han sido “deshumanizados”, “tecnificados”, generando abogados (como instrumentos) inconscientes y “autématas”, incapaces de “sentir” emociones, de tener “imaginación literaria”, crítica y poética, de abrir los ojos sobre lo que hace(n) (con) su propia “profesión”.

18. Judith Butler advierte en EEUU contra la rehabilitación judicial de la tortura, se suceden escándalos en democracias avanzadas por casos de espionaje masivo a activistas en derechos humanos, académicos, diplomáticos, periodistas, jueces, empresarios; se emplean eufemismos como “técnicas de interrogatorio mejoradas” para no nombrar la tortura que aún hoy, en pleno siglo XXI, en Estados de Derecho consolidados, se sigue practicando. Estas son las razones, para seguir con el vocabulario de Nussbaum, por las que el futuro de la democracia mundial “pende de un hilo”. (Butler, J., *Violencia de Estado, Guerra, Resistencia: Por una nueva política de izquierda*, Buenos Aires, Katz, 2009).

Derecho.¹⁹ Los derechos son vulnerados no solo por los Estados, como creyó el primer liberalismo, hoy superado, sino por las estructuras (económicas, financieras, industriales, corporativas) de poder transnacional, cuyos rostros y figuras a menudo no son visibles, permanecen anónimas, escondidas detrás de escena, sin asumir responsabilidades, pero cuyas consecuencias (las consecuencias ambientales, por ejemplo, de ese progreso económico) son muy reconocibles, por ejemplo, para comunidades indígenas que ven afectados sus recursos y territorios, sus tierras, sus ríos. O para millones de migrantes que no tienen “derechos humanos” (“universales...”) básicos pese a encontrarse en el corazón de las civilizadas democracias de Europa, que hacen de la declamación de estos derechos humanos su máximo estandarte. Kaleck pone el acento en esta contradicción decisiva: entre democracias que “prometen” derechos (“universales”) y Estados que reniegan de esos derechos, que apenas si se los reconocen (aunque también se los recortan, como dice Frankenberg) a sus propios ciudadanos. La democracia no ha sabido salir de esta contradicción de fuego.²⁰ No ha sabido enfrentarla. Y de allí las tensiones que actualmente se observan entre los discursos (de derechos humanos, las pomposas declaraciones y tratados) y las prácticas crueles, tan alejadas de la teoría. Enfrentamos actualmente un escenario global dominado no por la expansión de derechos, sino por el continuo recorte de derechos humanos. Los derechos humanos se esán volviendo una “excepción”, no una “regla”.

Wolfgang Kaleck es un joven abogado y activista por los derechos humanos alemán, actualmente director, en Berlín, del European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR), una reconocida ONG dedicada a la investigación en temas vinculados a derechos humanos, con foco en Europa y en América Latina, centrada actualmente en denunciar, sin medias tintas, la responsabilidad corporativa que existe detrás de muchos crímenes

19. Al autor no le es en modo alguno ajena la historia argentina; véase Kaleck, W., *Kampf gegen die Strafflosigkeit. Argentinien's Militars vor Gericht*, Berlín, Wagenbach, 2010.

20. Nietzsche advierte que esta “contradicción” está en el origen mismo de la democracia y del humanismo occidental, la contradicción –para el autor insalvable– entre el discurso humanista y el “progreso” económico. (Nietzsche, F., *El Nacimiento de la Tragedia*, Madrid, Ed. Alianza, 2008).

y violaciones de derechos humanos.²¹ Los derechos no son concesiones: suponen “luchas” contra el Poder.²² Los derechos no son dádivas, no son regalos que caen del cielo, aunque el iusnaturalismo proclame que permanecen en todo hombre de modo “inherente”. Los derechos se conquistan, se le arrancan al “poder” o al “Mercado”.

Para combatir la barbarie (disfrazada muchas veces de civilización, de intervenciones “humanitarias”, de formas de exportar más democracia, más “derechos”), el racismo, la xenofobia, el abuso, el acoso, hay un solo camino: preservar los derechos humanos esenciales en modo genuinamente universal, convertirlos en una cultura universal y en un movimiento, en conciencia, en coraje civil, en un piso mínimo, indiscutible (“indecidible”, y en esto Luigi Ferrajoli y Rawls van juntos, van de la mano) debajo del cual ya no se puede hablar de “cultura”,²³ con lo cual también es un “falso dilema” el dilema planteado entre “cultura” y democracia, entre “cultura” y derechos humanos (de las mujeres); entre democracia y derechos fundamentales (no puede haber tensión): son todos debates mal planteados, falsas antinomias, falsas disyuntivas, equívocos que el activismo esclarece. Porque también la “práctica” (una vez que el derecho “baja” a la práctica, se defiende en la práctica concreta) cambia nuestra óptica sobre la “teoría”. Cambian nuestros discursos. Los dilemas que aparecen son otros, no los que había visto la academia, sino otros dilemas, otros desafíos, otros problemas.

Kaleck analiza la forma en que los derechos son presentados (analizados) en los medios, los lenguajes que se emplean, cómo los dramas humanitarios son narrados: esto no es inocente. Una narración puede impactar en la audiencia de un modo o de otro, puede provocar indignación o causar indiferencia.

El ECCHR se ha destacado en la última década como un espacio crítico donde, a diferencia de otros espacios u ONGs que se agotan en la denuncia, los DDHH juegan un rol decisivo como práctica, más allá de las teorías y los discursos. Kaleck se dedica a brindar asistencia legal efectiva a las víctimas

21. Müller-Hoff, C., “Hacer responsables a las corporaciones por los daños que causan: Planteamientos estratégicos sobre la compensación y la responsabilidad empresarial”, European Center for Constitutional and Human Rights, ECCHR, Berlín, 2012.

22. El Poder supone siempre formas de la desigualdad, formas del privilegio.

23. Okin, M., *Is multiculturalism bad for women?*, Princeton University Press, 1999.

de violaciones de derechos en todo el mundo, preparando informes críticos, sobre todo en lo relativo a la “responsabilidad corporativa”. Por ejemplo, hace pocos años (2011) la ONU sacó sus United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs). Uno de los ejes del ECCHR consiste en pensar este nuevo horizonte de responsabilidad que se está abriendo, vinculado a los conflictos asociados a la responsabilidad corporativa.

Que el ECCHR se haya constituido en Berlín en un espacio crítico, dedicado a la defensa y promoción de los derechos humanos, entrando en tensión con poderes fácticos (*Mit Recht gegen die Macht*) (más que evadiendo estas discusiones complejas)²⁴ tiene mucho que ver con la personalidad y la formación más íntima de su director, Wolfgang Kaleck. Y este libro nos ayuda a comprender precisamente el derrotero personal –vinculado a los derechos humanos, en muchos rincones del mundo– de este abogado. Lo que este libro muestra es que la base de la formación de Kaleck no estaba en los libros ni en la facultad donde se graduó de abogado: estaba en el contacto personal, directo, con personas comprometidas como Ellen Muler, en una biblioteca en México, en una playa de Uruguay o en un parque de Jerusalén. En esos lugares tan alejados entre sí, pero cruzados por un mismo drama (la

24. Como hacen muchas ONGS de DDHH, que cuestionan solo las consecuencias de los dramas humanitarios, pero dejando siempre en un discreto segundo plano sus causas (explotación económica, financiera, industrias extractivas, luchas por recursos naturales escasos, discriminación, escisión de derechos en “generaciones”; etc.), Kalek pone el acento en la (i)rresponsabilidad “corporativa” en muchas de las violaciones de derechos que se observan alrededor del mundo en la actualidad. Estas violaciones encarnan conflictos abiertos, frentes que cruzan intereses económicos, dramas políticos, culturales, etc. Pero no alcanza con denunciar estos conflictos (por ejemplo, migratorios): hay que denunciar lo que los “causa”. Y es allí donde muchos otros organismos de derechos humanos detienen su mano, no alzan la voz. Es allí –donde otros se detienen– donde Kalek, como director de una ONG, avanza. Donde otros no siguen, Kaleck (el ECCHR) avanza. No rehúye los debates incómodos. Es allí donde toca el poder económico, toca determinados intereses, toca la responsabilidad financiera de las corporaciones, muchas de cuyas actividades transnacionales, afectando recursos, se vinculan a la violación de derechos humanos. Es allí donde usa el “derecho” (emplea las herramientas del Derecho) contra el Poder (*Mit Recht gegen die Macht*). Existen, por otro lado, muchas formas de violencia, no una sola. La literatura sirve y ha servido para visibilizar históricamente (por ejemplo, en el ámbito del feminismo, de la familia) formas de la violencia (“privada”) que no vemos, que el Derecho no nombra, no denuncia, no dice, o no percibe como tales: como injusticia, como violencia, como esclavitud, como acoso, como abuso.

injusticia, la violencia, padres que pierden a sus hijos, o hijos que pierden a sus padres) este abogado desarrolló su formación, esto es, su conciencia crítica sobre el Derecho. Este libro es mucho más que un testimonio o una mera autobiografía, es una hoja de ruta.

Desde que Rudolf von Ihering escribió *La lucha por el Derecho* en Alemania, decenas de juristas alemanes se han formado conscientes de que los derechos no son meras “concesiones” gratuitas que “caen” a los de abajo, arrojadas desde “arriba”, desde el poder: son auténticas “conquistas” que se obtienen luchando. Los derechos no se obtienen como una concesión: nadie regala derechos. Los derechos se obtienen luego de largos procesos históricos de concientización y demanda, de cambios en la cultura, en el lenguaje, en la política, en la palabra.

El Derecho continuamente “tecnificado” (reducido a ser una técnica) enseñado y practicado como una mera “técnica” es un Derecho que se deshumaniza: que se vuelve –en sus automatismos, manejado por burócratas y técnicos– un derecho “inhumano”, cruel, insensible, y sin palabra (no empático, como pide Nussbaum, sino un derecho frío, con una letra fría, y “sin emociones”; un Derecho que se ha vuelto “incapaz de sentir”):²⁵ un “mecanismo” ciego, una máquina.²⁶ Los derechos humanos precisamente están para señalar y combatir esto: la insensibilidad del mundo, la insensibilidad del Derecho, la insensibilidad y la indolencia ante todo, ante los otros migrantes refugiados, ante el hambre en otro continente, la insensibilidad ante el horror ajeno, ante los naufragios, ante los niños ahogados (“cuando el agua es más segura que la tierra”, publicó Human Rights Watch) la degradación de nuestro Derecho –y de nuestro lenguaje–²⁷ en múltiples planos, uno de los cuales es la enseñanza del Derecho.²⁸ Esta es la razón por la que Nussbaum advierte contra la marginación de las humanidades en los programas de enseñanza. La marginación de la filosofía (y de las disciplinas sociales humanas, con sus “grandes preguntas”) supone la marginación del

25. Nussbaum, M., *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life* (Alexander Rosenthal Lectures), Beacon Press, 1997.

26. Como la Rastra, del cuento *La colonia penitenciaria*, de Kafka.

27. Porque también nuestro lenguaje se empobrece.

28. Cardinaux, N., “Inserciones de la Literatura en la enseñanza del Derecho”, en *Revista Academia sobre Enseñanza del Derecho*, Año 13, N° 25, Buenos Aires, 2015, pp. 15-35.

debate académico, supone la marginación y anulación del debate y la duda, reemplazados por la repetición y el automatismo: por el estudiante que “repite” de memoria, que no puede (no sabe, no quiere, no se le pide que aprenda a) pensar. Kaleck agregaría a la óptica de Nussbaum que abogados que “no piensan” son abogados “autómatas”, abogados burócratas “funcionales” a un sistema (económico injusto, desigualitario), no abogados (conscientes-críticos) que defienden un ideal de justicia: los derechos humanos. Para defender esos derechos “primero hay que abrir los ojos”, dice Kaleck en una de las páginas más lúcidas de este libro. Para poder “abrir los ojos” (y defender esos derechos esenciales) es que están –o estuvieron siempre– las “Humanidades”, que le daban “humanidad” al Derecho. La marginación de estas disciplinas lo ha “deshumanizado”. Tenemos en nuestras manos un derecho cada vez menos “humano” y cada vez más “técnico”. Por eso la lucha por los derechos humanos es inescindible de cambios de enfoques en la enseñanza legal, que ponga el eje, más que en la repetición, en la imaginación literaria (que “humaniza” el Derecho)²⁹ y en la crítica, en la conciencia, en la cultura. La marginación de estas disciplinas (la marginación de estas preguntas) supone un derecho “inhumano”, o un derecho que se “deshumaniza” poco a poco, que se vuelve técnica, que se vuelve instrumento.³⁰

La proliferación de normas sobre DDHH (la teoría) contrasta con la cantidad de violaciones que suceden en el mundo entero (la práctica). Este ánimo por las declaraciones pomposas contrasta, en suma, con la realidad crítica que se observa fuera de las facultades. Fuera de los libros de Derecho. Por eso Kaleck –y autoras como Nussbaum, Hunt, que reivindican la importancia de la literatura– combaten el legalismo y el formalismo. Porque

29. Cioran advierte la importancia “filosófica” del “estilo”. No en vano la democracia se expande en Grecia de la mano de los sofistas. No con Platón, que expulsa a los poetas. El relativismo (de los sofistas) va de la mano de la libertad.

30. Monsivais, C., *Las alusiones perdidas*, México, Ed. Anagrama, 1998. Zaffaroni, E. R., *Crimenes de Masa*, Buenos Aires, Madres de Plaza de Mayo, 2010. La crisis del humanismo (en la filosofía) no es escindible de este proceso de continua tecnificación y división de los campos en disciplinas cada vez más “especializadas”. Es muy difícil el diálogo entre “especialistas”. Así se pierde también en las facultades la importancia de la teoría general, de la filosofía jurídica: de las grandes “preguntas” por la igualdad, la verdad, o la Justicia, preguntas que el Derecho ya no se hace. (Galanter, M., *Lowering the Bar. Legal Jockes and Legal Culture*, Wisconsin University Press, 2004).

el legalismo y el formalismo terminan siendo enemigos de los derechos esenciales. Porque la forma termina suplantando al “fondo”. Capítulo aparte merecen las actividades de distintas ONGs de DDHH que, como afirma Frankenber en Alemania, terminan muchas veces, pese a su discurso crítico, siendo “funcionales” a un sistema económico productor de desigualdades e injusticia. De este modo, muchas ONGs, pese a su discurso (Chomsky diría precisamente por su discurso) terminan siendo “funcionales” al tipo de sociedad que (cuyas consecuencias) combaten. Existe una relación simbiótica. Estas ONGs denuncian violaciones de derechos, pero no aspiran a cambiar la sociedad. Al no combatir la “base” de una sociedad, las ONGs de DDHH, como Amnistía Internacional, entre muchas otras, terminan atacando las “consecuencias” (violaciones masivas de derechos) pero no las verdaderas “causas” (explotación, injusticia, guerras por recursos) de los dramas sociales y humanitarios que se viven en la actualidad. De este modo se vuelven funcionales a las violaciones masivas de derechos, terminan alimentando, como afirma Sartre, nuestra “buena conciencia”. La función de estas ONGs termina siendo la de “lavar nuestra conciencia”, permitirnos convivir con la atrocidad, pero sin combatir a fondo la sociedad que las genera. Allí reside la crítica más dura que lanza Frankenberg (no es un doble discurso, es una funcionalidad estructural, en la cual la crítica, como advierte Chomsky, es parte necesaria del “sistema” cuyas consecuencias, solo en apariencia, se combaten) contra muchos organismos y ONGs de DDHH: la de ser, con su accionar (apagar incendios, no modificando la sociedad que genera esas injusticias) “funcionales” a un sistema económico y social notoriamente injusto y discriminador, que promueve, desde el comienzo, la violación y el recorte de derechos humanos, el cierre de fronteras y la explotación de recursos.³¹ Combatir la deshumanización –en la sociedad, en la cultura, y en el Derecho, en el lenguaje– es la mejor –y tal vez la única– forma de defender los derechos humanos. Pero los activistas y profesores corren el riesgo de caer en la “argucia” como la llama Pierre Bourdieu, del capitalismo, donde también la defensa de los derechos humanos (Alan Badiou llama a esto el “nihilismo” del capital, que hace de todo, la religión, el derecho, instrumentos

31. Frankenberg, G., “Human Rights and the belief in a just world”, en *International Journal of Constitutional Law* (ICON, 2014), vol. 12, N° 1. Oxford University Press, pp. 35-60.

de consumo-propaganda, como el Che Guevara en las campañas de Mercedes Benz; la banalización va de la mano del vaciamiento de contenido crítico, del “nihilismo”, la mercantilización, donde también la política termina siendo un pobre instrumento de consumo y no de crítica) deviene una consigna vacía políticamente correcta, pero poco más que eso. De ese modo, si los derechos humanos carecen de un contenido “emancipador”, como pide Sousa Santos, carecerán de contenido en absoluto: los derechos humanos son un movimiento/cultura destinado a transformar los cimientos mismos de la sociedad, es decir, a ser “disfuncionales”. No apagan incendios, transforman estructuras, humanizan. La “misión” de los derechos humanos es transformar la sociedad, no ser funcionales a democracias que segregan o dividen categorías de ciudadanos, personas de “sin papeles”. Los derechos humanos universales no reconocen fronteras. Para los derechos humanos ninguna persona es “ilegal”.

Como Nussbaum, Kaleck cree en un Derecho “más humano”, en un Derecho capaz de (volver a) sentir, de (volver a) conmoverse ante el dolor, ante la aberración, ante cualquier injusticia, aunque no sea una “injusticia extrema”, como dice Radbruch, sino conmoverse ante “toda injusticia”: un Derecho en donde la literatura humaniza y abre los ojos. Tal vez por eso comienza su libro con una cita del escritor Roberto Bolaño sobre un hombre (“El Ojo”) que no puede parar de llorar.³² Porque eso es lo que producen las injusticias que asolan al mundo y que Kaleck retrata tan bien en este libro: indignación. Y unas ganas de llorar “ininterrumpidamente”. Kaleck combate en la práctica lo que Martha Nussbaum, con su enfoque literario, combate en la teoría, ambos combaten en el fondo lo mismo: un Derecho deshumanizado y ciego, tecnocratizado. Un Derecho incapaz de abrir los ojos.

En los agradecimientos escribe Kaleck que los abogados y abogadas, y también los movimientos sociales, usamos instrumentos jurídicos (“juristische

32. Kaleck cuenta en su libro la cantidad de autores (como Osvaldo Bayer, con su libro *La Patagonia Rebelde*, David Campora, ex Tupa Maro, cuyas anécdotas son recuperadas por Ernesto González Bermejo en *Hände im Feuer*, como Hans Magnus Enzensberger, ensayista alemán, como Peter Weiss, con *Die Ermittlung*) que lo han influido mucho en su formación de abogado comprometido con los derechos humanos, porque fueron estos libros –y no otros, y no los Manuales o Tratados de Derecho– los que despertaron sus dudas, sus inquietudes, sus miedos: su “inseguridad”, su indignación, sus ganas de luchar por el derecho.

Mittel”) para combatir las violaciones a los derechos humanos, a la vez que rescata que este no es un trabajo individual, de mentes iluminadas: es (no puede no ser) un trabajo en equipo.

En este libro, *Mit Recht gegen die Macht*, con un subtítulo tan simbólico (para un país como Alemania, donde diferencia *mein Kampf*, mi lucha, la lucha personal, de un líder, como Hitler, con lo que esa lucha significó para los derechos humanos no solo alemanes, y *unsere kampf*, “nuestra lucha”; una lucha que no es individual, sino colectiva, por los derechos, que no se limita a Alemania o Europa, sino que es una lucha global, colectiva, que se da en cada rincón del mundo donde esos derechos son pisoteados) Kaleck aborda, a través de un itinerario personal de viajes que lo llevó por cuatro continentes, los conflictos más sobresalientes de las últimas décadas, pasando naturalmente por el caso argentino, donde dedica un apartado especial para la plaza de Mayo, cuyo significado moral y político para las Madres y Abuelas (de plaza de Mayo, constituidas desde ese lugar como tales), Kaleck le explica a sus lectores europeos. “En esta plaza daban sus rondas en plena dictadura, estas mujeres..”.

Kaleck cuestiona, como Danilo Zolo, el doble estándar de la justicia penal internacional de muchos foros y espacios “multilaterales” que son solo en apariencia “representativos”, pero donde aún –como un emergente del orden de posguerra que todavía subsiste– se escuchan solo las voces de las naciones y Estados más poderosos, de los Estados potencia. A partir de esta falta de genuina “representatividad” de los Estados en el “concierto de Naciones”, es que puede explicarse la crisis actual de la diplomacia internacional, cuya consecuencia (o causa) puede verse en diversos escándalos que afectan derechos y libertades, como el escándalo de espionaje masivo de la NSA, escándalo que Kaleck, como abogado alemán dedicado a la promoción de los DDHH en Europa conoce de cerca, ya que patrocinó, en medio del conflicto político desatado, a Edward Snowden. Es que el espionaje masivo, en naciones como Alemania, que han vivido la penosa experiencia de la DDR, con poblaciones enteras sitiadas por un muro, espiadas a toda hora, en cada acto, en cada espacio público o privado, traen los peores recuerdos.

Escribe Kaleck en Buenos Aires, en marzo de 2014, “In Argentinien geht der Sommer zu Ende. Seit 1997 besuche ich Buenos Aires jedes Jahr, als Anwalt, aber auch, um Freunde zu treffen. Mittlerweile hat sich für mich ein Kreis geschlossen. Zwei Dekaden lang sind die Verbrechen der Militärdiktatur ungesühnt geblieben, dagegen hatten auch wir in Deutschland die

letzten fünfzehn Jahre gekämpft. Seit kurzem sind die Dinge allerdings in Bewegung gekommen”. (En Argentina llega el verano a su fin. Desde 1997 visito Buenos Aires, como abogado pero también para visitar amigos. Durante décadas se mantuvieron los crímenes de la dictadura militar en el silencio, contra eso hemos combatido también nosotros en Alemania los últimos quince años. Hace poco que las cosas han comenzado a cambiar). Kaleck es invitado a Buenos Aires como experto internacional en derechos humanos por parte de las fiscalías en los procesos de derechos humanos, a un workshop en derechos humanos. Kaleck cuenta: “nos reunimos en un edificio en la Avenida de Mayo, a quinientos metros de la Casa Rosada y de la plaza donde las madres iban a marchar y hacer sus rondas, todos los jueves (*‘Donnerstag für Donnerstag’*) para saber la verdad sobre sus hijos desaparecidos”.³³ Kaleck, como el ECCHR que él dirige, está centrado en las responsabilidades y complicidades empresariales con la dictadura. En la Argentina no fue la excepción: analizó la responsabilidad (y la complicidad) de Mercedes Benz con el Proceso, apoyando los trabajos –y las denuncias contra Mercedes Benz y contra el gobierno alemán de ese momento, que fue cómplice del gobierno argentino, porque priorizó las relaciones comerciales a las vidas humanas– de Gaby Weber.³⁴ (*“Jetzt endlich beginnen die Staatsanwälte und Richter gegen Industrielle zu ermitteln, nicht immer so effizient, wie wir uns das wünschen würden, nicht überall in gleichem Maße”*).³⁵ Por fin comienzan los fiscales y jueces a procesar empresarios, pero no siempre de un modo tan eficiente como desearíamos, no en todos lados del mismo modo”).

Kaleck analiza procesos por delitos pasados (en Argentina o España), y también la ausencia de procesos por crímenes presentes (como las torturas de la CIA, llamadas con el eufemismo de “técnicas de interrogatorio mejoradas”). La misión del Derecho, entiende Kaleck, es “luchar (como piensa Nussbaum)

33. Kaleck, W., *op. cit.*, p. 16

34. Weber, G. *Die Verschwundenen von Mercedes-Benz*, Berlín, Assoziation A Verlag, 2011. Thun, K., *Menschenrechte und Außenpolitik. Bundesrepublik Deutschland-Argentinien 1976-1983*, Koalition gegen Straflosigkeit (Ed). Horlemann Verlag, Bad Honnef, 2006. (Kaleck cita también el film de Frieder O. Wagner *Todesursache Schweigen* y la obra del fotógrafo argentino Marcelo Brodskys “Buena Memoria”).

35. Kaleck, W., *op. cit.*, p. 17.

contra el eufemismo”. El eufemismo esconde, el Derecho no. El Derecho está –como la literatura, como la poesía– para arrojar luz, para hacer visible, para dejar que emerja una verdad, una palabra no dicha.³⁶ El eufemismo recorre el camino contrario. El Derecho y el eufemismo se oponen: el lenguaje del derecho no puede ser el lenguaje del eufemismo. Para volver visible lo invisible o prohibido está el Derecho que propone el enfoque literario de Nussbaum, la justicia poética, la justicia en la palabra. Para decir lo que no es dicho.³⁷ Cuando Kaleck escribe contra las torturas de la CIA (ignoradas por el propio Congreso norteamericano) o contra los crímenes de guerra de Estados poderosos, o cuando pone de resalto la vinculación causal entre muchas actividades industriales (“comerciales”, extractivas) y violaciones masivas de derechos (actividades que quedan a menudo escondidas bajo el eufemismo de Mercado), está luchando efectivamente, como diría Ferrajoli, baluarte del garantismo y el Estado constitucional de derecho, contra el (los) Poderes Salvajes.³⁸ Está usando el Derecho, en suma, para luchar, como dice el título de su libro aquí comentado, contra el Poder. *Mit Recht gegen die Macht*. Diversas economías y Estados poderosos (comenzando por Alemania) viven –y basta recorrer ese centro financiero que es Frankfurt para advertirlo– de “extraer” recursos por ejemplo de África, continente acosado por violaciones masivas de derechos esenciales. Los recursos se extraen de esos países (en connivencia con regímenes dictatoriales), pero luego, cuando las personas escapan de conflictos no son recibidas por las democracias de Europa. Los recursos sí, las personas no. Esta es la “libertad” de Mercado, que contrasta con la supuesta “libertad” que pregonan las democracias. Las personas no son libres, escapan de países donde muchos Estados potencia desarrollan sus negocios. Y estos “negocios”, actividades industriales y extractivas, no son escindibles de graves violaciones de derechos,

36. Zaffaroni, E. R., *La palabra de los muertos*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2013.

37. Ya Aristóteles entendía que la base de la justicia es la palabra: porque en la palabra está el reconocimiento, que es la base de todo derecho. (Arendt llama a esto el “derecho a tener derechos”, Kant habla del “derecho a la personalidad”, el derecho a ser “persona” es el derecho a ser oído).

38. Ferrajoli, L., *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011. También Ferrajoli, L., “Contra los poderes salvajes del mercado. Para un constitucionalismo del derecho privado”, en AA.VV., *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2da. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002.

pero estas causas quedan disimuladas. Ninguna ONG de DDHH llama la atención sobre esto, guardan silencio. No atacan la “estructura” (que genera injusticias, desigualdades, hambre, desolación, crímenes, persecuciones, trata de personas, esclavitud). Se conforman con visibilizar la consecuencia: los refugiados. Hablan sobre sus “derechos”, sobre cómo las democracias deberían actuar, deberían tratarlos, nada más. Es el campo del “debería”. La democracia debería esto, los líderes deberían lo otro, deberían. Se queda en el deber ser. Termina siendo funcional (con este idealismo) al ser (que cree que “combate” con la denuncia.³⁹ Es un campo discursivo “humanitario”, pero poco más que eso. Es una reivindicación simbólica. No es una reivindicación concreta, que demandaría ampliar el campo de la denuncia, volviendo los ojos sobre los crímenes propios de la “democracia”. Atacando su “buena conciencia” (conciencia que es lavada, precisamente, por ONGs de DDHH como Amnistía Internacional, entre otras). No atacan las causas que producen los crímenes. De ese modo, se vuelven “funcionales” y generan una “industria”: la “industria” de los derechos humanos. Viven de denunciar esto, no de cambiarlo. El lenguaje del cambio no es el lenguaje de la denuncia. A la literatura le importa el cambio, no la denuncia. Por eso es tan fundamental para la generación de conciencia que supone activismo y que supone generar derechos. Porque la literatura, como afirma Mari, no trae “ficciones”, sensibiliza con narraciones

39. La más lúcida crítica a esta implicancia ambivalente del idealismo (al lenguaje del idealismo, que es el lenguaje humanitario, no en sentido romántico, sino en sentido literal, idealismo filosófico, no idealismo moral, sino epistemológico; tampoco en un sentido hegeliano, como es usual en la filosofía alemana) en los conceptos y en la política (y en la religión) se encuentra en Bakunin, M., *Dios y el Estado*, Buenos Aires, Utopía Libertaria, 2008. Bakunin muestra este “doble efecto” del idealismo, es lo que Chomsky impugna cuando pone de resalto la funcionalidad de ciertas críticas para el propio sistema en apariencia cuestionado, pero que de ese modo queda “blanqueado”, en cierto sentido aceptado, porque asume la injusticia (como tal). Aunque nada cambie.. es una condena simbólica, no práctica, pero al menos “se nombra”. Como la pena, sabemos que está “mal”, pero, como afirma Pavarini, eso no impide que la misma se produzca, exista, que la misma continúe. Con las denuncias de derechos humanos sucede lo mismo. La denuncia juega el rol de no reconocer nuestra total “indiferencia”. Por lo menos lo “denunciamos”. No hacemos nada, es cierto, pero sabemos “que está mal”, lo decimos. Y con eso nos conformamos. Podemos seguir con nuestra vida, podemos mirar “adelante”. Sin mirar atrás, podemos “seguir”, como afirma Adorno, con “nuestro trabajo”. Se trata de no mirar “al costado”.

que son “realidad”. Nos abre los ojos, nos conmueve.⁴⁰ La literatura –a diferencia del denunciismo constante y a menudo sin resultados de las ONGs de derechos humanos, que viven de denunciar violaciones graves– ha permitido que las sociedades tomaran conciencia, cambien su realidad.⁴¹

La crisis de la legalidad moderna obedece a distintos factores que deben ser estudiados, ya que la crisis de la legalidad (la crisis de los derechos civiles) supone la crisis misma del Estado de derecho. La crisis del Estado constitucional, como lo llama Ferrajoli. Las crisis de las democracias constitucionales modernas, basadas en la participación civil, esto es: en la libertad política. En la autonomía moral de los ciudadanos. Cuando se recortan derechos (cuando se violenta la privacidad, cuando se tortura a una persona “para sacarle información”, cuando se detienen personas sin juicio previo ni acceso a un abogado, lo cual es mucho más común en América y Europa de lo que realmente pensamos o damos por sentado en el mundo “civilizado”, Guantánamo no es la “excepción”, hay muchos “Guantánamo”) es la democracia la que está en peligro, porque ella misma –la democracia– termina siendo una apariencia, una cáscara vacía detrás de la cual (ya) no hay derechos ni libertades básicos. Solo un Estado que avanza gradualmente (con el argumento de la “excepción”) sobre esferas civiles.⁴² Cuando desaparecen o se recortan los derechos humanos, desaparecen las personas.⁴³

Muchas de las preocupaciones centrales de Kaleck constituyen o coinciden con las preocupaciones centrales del derecho argentino: evitar la impunidad, analizar y visibilizar la responsabilidad corporativa, condenar las complicidades civiles –y empresarias– con las dictaduras presentes y pasadas.⁴⁴

40. White, H., *The Fiction of Narrative: Essays on History, Literature and Theory*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2010.

41. No se trata de cuestionar el trabajo de las ONGs de derechos humanos, como de mostrar lo insuficiente y limitado que es el mismo, de cara al enorme objetivo que se propone: defender los derechos humanos en todo el mundo, convertirlos en una cultura global.

42. Proceso que no es ajeno a la continua “administrativización” del Derecho (incluso Penal).

43. La continua tensión que menciona Eugenio Zaffaroni en su Tratado de Derecho Penal entre Estado de derecho y Estado de policía. La cultura de los DDHH (Rabossi/Rorty) sería la mejor forma (civil) de contener los avances del Estado de policía, del recorte de garantías, los avances del “anti-garantismo”.

44. Verbitsky, Horacio y Bohosiavksy, Juan Pablo, *Cuentas pendientes. Los cómplices económicos de la dictadura*, Buenos Aires, Ed. Siglo XXI, 2014.

El capítulo central “*Erfolge im Kampf gegen die Strafflosigkeit*” cuenta sus visitas, en 2008, en San Miguel, a Ellen Marx (integrante de Madres de Plaza de Mayo) “einer der wichtigsten Menschen meines Lebens...”, que fallecería en septiembre de ese mismo año, mientras Kaleck estaba en Londres. (Muchas veces, afirma Kaleck, cuando veía el trabajo y la determinación de las Madres, “dudaba del valor y el sentido de nuestro propio trabajo”).⁴⁵ Ellen fue una persona fundamental en la vida de Kaleck, con su ejemplo y su perseverancia. Por su inquebrantable fe en el Derecho, por su lucha por la justicia. Pese a que son mujeres grandes, afirma el autor, sus muertes suceden, según él, “demasiado rápido” (“so schnell, zu schnell”). Los tiempos de Kaleck, frente a los cuales estas madres y abuelas mueren “demasiado rápido”, no son los cronológicos para personas que han vivido una vida, son los tiempos –no siempre lineales– de la Justicia, con los juicios que recién en esos años que escribe Kaleck (2009) están comenzando. “Ellens Tod kam so schnell, zu schnell”.

En su libro *Hombres en Tiempos de Oscuridad*, escribió Arendt que los hombres justos deben ser valientes. Sin la valentía (que lleva a los abogados a luchar por el derecho) la justicia no se realiza, se pierde en la frustración personal, no actúa.

Kaleck cuenta sus encuentros con activistas y abogados de derechos humanos en distintos rincones: Guatemala, México, Argentina, Montevideo, New York, la Universidad de Columbia, Liberia, Bogotá, Jerusalén. Distintos rincones con una misma preocupación: combatir la injusticia. Cuenta sus encuentros con artistas dedicados a reivindicar los derechos humanos (por ejemplo, Eduardo Molinari en Argentina),⁴⁶ fotógrafos, cineastas, poetas. Y todos ellos son “actores” de una misma “lucha colectiva”: la lucha por la memoria, la lucha por los derechos humanos.

El derecho y la literatura combaten lo mismo: la deshumanización. Por eso observamos una tensión (en la filosofía legal, en la teoría jurídica) entre

45. Kaleck, W., *op. cit.*, p. 180.

46. Eduardo Molinari realizó una muy valiosa exposición en Madrid, en 2010, junto a otros artistas, en el Museo Reina Sofía, sobre los derechos humanos en Latinoamérica, y el rol que jugaron (y aún juegan) los grandes grupos empresarios en provincias pobres del norte argentino y en países como Bolivia. (*Principio Potosí. ¿Cómo podemos cantar el canto del Señor en tierra ajena?*, Museo Nacional de Arte Reina Sofía, mayo-septiembre de 2010).

ambos enfoques, hoy predominantes. De un lado, *Law and Economics*, que parece un enfoque funcional a la tecnificación y deshumanización de nuestro Derecho, que lo analiza todo bajo el solo prisma de volver al Derecho cada vez más “eficiente” (o cada vez menos “ineficiente”, con los peligros que esta “eficiencia” implica o puede implicar); del otro, el enfoque de *Law and Literature* (Nussbaum, la justicia poética) que pide –como el arte, según Tinianov, según el formalismo ruso esta es la misión esencial de la poesía, de las letras, de todo arte– salir del “automatismo”, de la repetición ciega, que hace de los estudiantes de derecho mero repetidores, futuros “tecnócratas”, burócratas de escritorio, que hacen un trabajo mecánico, “inconsciente”, sin ver realmente lo que hacen. La literatura arroja luz, nos saca de la “repetición” (Tinianov), despertando nuestra conciencia. Nos deja “ver”. Por eso entendemos que hoy, ante la marginación definitiva de disciplinas como filosofía del derecho (no es casual que se margine este campo de los programas de estudio, es funcional a un programa “eficiente” costo-beneficio, que busca reducir contenidos “estériles”, que no aportan “nada” en la visión del estudiante mecánico que repite, sin pensar, de modo acrítico, los contenidos y enseñanzas que le imparten) y de historia del derecho (el estudiante queda sin saber el “por qué” –de donde proviene– y el para qué –qué se busca–), aparezcan estos dos enfoques, *Law and Economics*, tecnificación del derecho, y *Law and Literature*, humanización del derecho, palabra, poesía, conciencia y subjetividad. Estos dos enfoques plantean a su modo la tensión eterna que se observa en la filosofía jurídica. Vuelve la misma tensión, bajo otros prismas y otra mirada, pero la tensión es la misma. Es la tecnificación del derecho, de un lado, tratando recursos, buscando un tratamiento “eficaz”, y del otro, combatiendo este derecho “inhumano”, tecnificado, burócrata, repetitivo, que en el plano de la enseñanza se centra en la repetición, en la generación de abogados “autómatas”; está el otro enfoque, literario, que “humaniza” este derecho y también “humaniza” su enseñanza, apostando a la palabra más que a la técnica, a la imaginación literaria y a la poesía más que a la economía o a la “administración de empresas”. Son dos enfoques separados, son dos lógicas distintas. Dos objetivos distintos. Uno “humaniza” nuestro Derecho, humaniza nuestra sociedad, humaniza nuestra cultura, apuesta a la palabra, a la conciencia, a visibilizar lo que el trabajo “automatizado” ya no ve, trata de romper o quebrar la inconciencia alienante de la repetición mecánica, sistemática, de un mismo “trabajo”; de este modo combate la deshumanización de los lazos sociales,

la deshumanización (economización) de las disciplinas de la Academia, que hablan un lenguaje “técnico”, impersonal, sin emociones, sin sentidos, sin cuerpos, incapaz de conmoverse. Donde lo corporal (lo emotivo) desaparece, queda borrado, avergüenza. Por eso entendemos que la tensión entre estos dos enfoques (entre los presupuestos explícitos e implícitos, también en lo relativo a lo corporal, a la constitución de “sujetos”) configura la tensión o dilema central de la teoría jurídica contemporánea. El marco genérico es la crisis del humanismo. De un lado, la apuesta por “humanizar”, a través de la poesía, que rescata, con el giro de la antropología filosófica (paso del dualismo cartesiano al monismo), nuestro Derecho, nuestro lenguaje, nuestros cuerpos con sus emociones, dolores, sentidos, y su imaginación. Del otro, la apuesta por la tecnificación-mecanización “eficiente” (neutral, “objetiva”, en cierto sentido, incorpórea) de los contenidos legales. Son dos apuestas separadas.⁴⁷ Dos métodos distintos. Existe detrás de cada enfoque (*Law and Literature*, de un lado, *Law and Economics*, del otro, con las variantes internas que tiene cada uno)⁴⁸ presupuestos epistemológicos,

47. Dos modelos antagónicos para nuestro Derecho. En los términos de la Escuela de Frankfurt, diríamos que uno (*poetic justice*) “narra” (Lukács, Benjamin, etc.), el Derecho, en tanto que el otro, modestamente, (lo) “describe”, aunque no sea una descripción imparcial (ninguna lo es), sino una descripción normativa.

48. Muchos dirán que estos son campos de estudio, ramas; para nosotros son, pese a su amplitud interna, dos grandes “enfoques”, dos grandes corrientes o perspectivas. Uno es funcional a la tecnificación/deshumanización del Derecho, generando abogados autómatas que repiten contenidos y prácticas de modo inconsciente, sin ver lo que hacen; el otro, apuesta, con la palabra, por despertar esa conciencia, permitiendo al abogado abrir los ojos sobre su propia profesión, generando, de ese modo, un derecho menos inhumano, menos cruel, más humanizado, con más sentimientos, con palabras más reales, con más justicia. Hoy se ha dicho con razón que se ha disociado la Justicia del Derecho. El enfoque literario pretende volver a “unir” esos dos extremos: el Derecho injusto no es Derecho. Un derecho sin aspiraciones de Justicia (un derecho económico, eficiente) es un instrumento, no una disciplina. Es una “herramienta” eficaz, no un campo de humanización en movimiento. El norte del Derecho no es la *eficiencia*, es la dignidad humana. El Derecho, en cierto sentido, en muchos campos, tiene el mandato de ser “ineficiente” en los términos de la economía, que muchas veces ve “cargas” donde hay derechos sociales, ve “cargas” donde el Derecho ve un derecho subjetivo, esto es: una persona. La lenta deshumanización del Derecho comienza por su lenguaje. Por eso el enfoque *poetic justice* comienza precisamente por ahí: por cuestionar –revisar– el lenguaje (antipoético, “formal”) que hablamos los abogados. Este es el primer paso, pero no el único. Luego viene la reivindicación de los cuerpos, de los sentidos, de la imaginación, de la otredad, de

lo “humano”. El Derecho tiene que optar, elegir, entre los aportes que le hace la Economía (eficiente) o los aportes que le hace la Literatura (la poesía “ineficiente”, con su palabra “humana”). La eficiencia y la literatura son parámetros diferentes. Son caminos del todo separados para nuestro Derecho. Este es el debate más complejo que existe actualmente en la teoría jurídica. *Law and Economics* (enfoque en auge, predominante) o “*law and literature*”, defender la palabra, o defender la economía, ver personas donde el mercado ve “recursos” humanos. Y no es solo un “lenguaje”. Ver recursos es “tratar” al hombre como tal, como medio, como técnica, como pieza que se usa mientras sirve y luego se tira, se descarta. Su dignidad inherente no juega ningún rol en el “mercado”. Un enfoque trata “medios”, el otro, defendiendo la palabra, el derecho de cada persona a expresarse, no trata medios, trata fines, trata personas, trata “conciencias”, voces, cuerpos, sentidos, no cosas, no objetos, sino “sujetos”, subjetividad, palabra, expresiones. La cosa no habla, es parte de un engranaje basado en lo “eficiente”, un engranaje que calla, que la poesía hace (deja) “hablar”. Lo deja hablar, para que así defienda sus derechos. Al romper –como afirma el formalismo ruso– la “repetición”, la poesía permite “humanizar” el Derecho, humanizar la labor “mecanizada” del abogado, le permite al abogado “salir” (romper) del mecanismo de su “profesión”. Esa es la misión central de todo arte, romper el automatismo, permitiendo al profesional abrir los ojos. Una vez que los abre, que puede “ver”, que puede “trascender”, puede hablar. Allí es donde el enfoque poético sobre el Derecho contrasta (con su visión de la sociedad, de la cultura, de las cárceles, de la sexualidad, de la familia, de los cuerpos, de la política, de los espacios públicos, etc.) con el enfoque económico, que aporta una mirada radicalmente antagónica, fundamentalmente “pasiva” y “eficiente”. El enfoque “poético” alienta la participación, la libertad (Octavio Paz ya dijo que defender la literatura es defender la libertad de las personas), la movilización. Nussbaum, con Derrida (Ante la Ley) agregarían: la “subversión”. Por algo Nussbaum comienza su brillante libro –casi un alegato contra la deshumanización de nuestras sociedades, de nuestras culturas, de nuestros Derechos– diciendo que la literatura es necesariamente “subversiva”, al cambiar la conciencia de los jueces (cambiando su enfoque antiemoción, generando empatía en su “trabajo”). Derrida afirma lo mismo, cuando sostiene en su texto, homónimo del cuento de Kafka (de un campesino pobre excluido de la entrada en el Derecho, con sus “guardianes”; a veces los abogados –sobre todo en derechos humanos– nos parecemos a ese enorme guardián que no deja “pasar” campesinos, que habla en nombre del Derecho, que dice que lo defiende, que lo resguarda como su tesoro, su profesión “privada”, pero que en el fondo no deja pasar “adentro” a los pobres campesinos), que la literatura aporta o contiene una “juridicidad subversiva”, aporta crítica, aporta conciencia, aporta cambio, abre los ojos, hace “poesía”, poetiza el Derecho, poetiza el lenguaje, lo eleva. Le permite al Derecho renovar (al salir del automatismo, del mecanismo, de la rueda que gira) su palabra, renovando sus lenguajes, sus objetivos, su conciencia, su cultura, su historia. Todo esto –que aporta la poesía en el Derecho –necesariamente será visto –por la Academia, y por el mercado– como una forma de “subversión”, de “subvertir” un orden. Por algo muchos hijos de desaparecidos abogados, son también, además de abogados, poetas. Que hacen poesía con el Derecho, hacen “subversión”. Subvierten un orden y una forma de la enseñanza (pienso en la Colección *Los detectives*

Salvajes, coordinada por Julián Axat y Aiub). Por eso la dictadura le pedía a los jóvenes argentinos que “no hagan bardo”, donde bardo es poesía, se le pide a los jóvenes “subversivos” que no sean “poetas”, que no hagan “bardo”, que no hagan poesía, que no piensen, que no se “metan”, que no molesten, que no generen –con su poesía– “problemas” (conciencia, derechos). Crítica a un orden (de Mercado) estatuido. Contra un enfoque (económico, economicista) que no trata personas, trata recursos. Y el que no se adapta, será desaparecido. Será pasado (como un recurso que ya no “sirve” al “Mercado”) a “disposición final”. Allí es donde el lenguaje de la economía (sus intereses) y el lenguaje (antipoético, cargado de eufemismos, de desaparecidos, de personas –recursos– que desaparecen) de las dictaduras se vinculan. Videla sostuvo que venían a defender la economía de Mercado y que los empresarios le pedían “diez mil muertos más” para que funcionara mejor la economía “libre”. Los hijos usan –recurren– a la poesía, precisamente, para luchar contra el “modelo” (económico) que la dictadura impuso: un modelo sin palabra, sin cuerpos, (desaparecidos), sin poesía, sin militancia, sin participación, sin justicia, sin ideales, un lenguaje “económico”, técnico, “liberal”. Eso impulsó la dictadura: un lenguaje (Un Derecho, una sociedad) no poética, no “humana”, donde nadie “se mete”, una sociedad sin “otredad”, sin otro, donde el *otro* desaparece. Una sociedad sin poesía. Una sociedad (una cultura, un Derecho) sin poetas. Eso (que termina en la deshumanización-tecnificación-mercantilización del Derecho) es lo que combate el enfoque poético (*poetic Justice*) de Martha Nussbaum. Julián Axat –poeta, abogado, hijo de desaparecidos– suele repetir que “nosotros no somos mercenarios, somos poetas”. El Derecho necesita jóvenes poetas, no jóvenes mercenarios, burócratas de escritorio que “repiten” normas. El Derecho necesita conciencia, necesita poesía, necesita palabra(s). Este enfoque, también una vez que se baja a la arena política, tiene implicancias políticas concretas. Posiciones definidas en contra de la retórica libertaria (tan poco liberal en su base) del “libre Mercado”. De allí que confronte (el análisis poético) con el análisis “económico” del Derecho, que termina en el análisis financiero. Son dos enfoques separados, con implicancias incompatibles entre sí. Uno genera conciencia (contra el poder económico y financiero), el otro genera automatismos, abogados autómatas, sin arte, sin palabra, sin pensamiento crítico. Uno busca la “eficiencia” de un “instrumento”, el otro despierta la conciencia crítica (poética, comprometida con todo el cuerpo no negado) de un abogado, de un abogado-poeta consciente, libre, con voz propia, capaz de hacerse oír, de militar, de ser activista de los derechos. De un poeta-abogado (Jura Soyfer) que aún “cree” que la misión de su disciplina no es repetir artículos de un código: es luchar por la justicia, contra el poder, defender el derecho como base de una “profesión” de “guardianes” (Axat, J. y Croxatto, G. L. “Ante la Ley”, en *Página 12*, Buenos Aires, 2014). Terminar con la mediación del abogado que “sabe” de Derecho, permitir que el derecho se democratice, se expanda, se poetice, se haga poema, se vuelva canto. Por eso el derecho es siempre (aunque Fiss se lo impugne a los CLS) un pedazo importante de la vida “política”, porque es parte de la vida pública, del debate colectivo, de la participación. El derecho es algo vivo (Savigny), no algo muerto. La poesía quiere un derecho con vida, en movimiento, que sale a la calle, que no se encierra en la facultad, quiere un derecho poético, un derecho más allá de los jueces, más allá de las “sentencias” (que en alemán “caen” desde arriba, hacia el pueblo que la

culturales, antropológicos, lingüísticos muy distintos, que sería muy extenso desarrollar aquí.

Juan B. Justo afirmaba que el capitalismo como sistema económico (productor de desigualdad, de inequidades) es incompatible con la “ética”. Frankenberg podría decir que el capitalismo (la especulación financiera, el “financierismo”, como lo llama French Davis) es al final del día, con su generación de desigualdad social, incompatible con el pleno respeto (universal) de los derechos humanos. O como afirma el mismo Osvaldo Bayer: la desigualdad (Thomas Pogge dirá la pobreza extrema es un crimen de lesa humanidad)⁴⁹ termina quitándole sentido mismo a la democracia.⁵⁰ Le quita

“recibe” debajo, “*ein Urteil fallen*”); el lenguaje “habla”, estas expresiones “dicen”; el Derecho no tiene que estar “arriba”, tiene que estar “abajo”, el derecho no nace de las cabezas iluminadas, emerge de la acción consciente, de la movilización popular: de la militancia y de las luchas concretas, el derecho nace de la práctica, no de la teoría. El Derecho –todo derecho– es acción, no teoría; el derecho no es una mera especulación académica, es una conquista diaria, que se sucede en la práctica política, sacar al derecho de la “política” es sacar al derecho del terreno de la reivindicación, es petrificar el Derecho, como si este que tenemos fuera el mejor posible, como si no pudiéramos tener otro Derecho mejor, más justo; en esta dirección va la actual “rigidez” de las constituciones, su efecto de “irradiación”).

49. Pogge, T., *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Nueva York, Polity Press, 2012.

50. Bayer, O., “La Pobreza”, en *Diario Página 12*, Buenos Aires, 16 de marzo de 2013. Bayer cuestiona la incompatibilidad entre capitalismo y democracia, el capitalismo fomenta la desigualdad, es decir, recorta la participación; la democracia, por el contrario, promueve la igualdad (al menos formal) de derechos civiles, esto es, promueve la participación civil y política (que solo es genuina en condiciones, al menos abstractas, formales, de igualdad civil, de igualdad ante la Ley, etc.). El capitalismo y la democracia, de ese modo, se oponen, no se “complementan”. Este consenso de posguerra (más capitalismo, más economía de mercado, es más “democracia”, más “libertad”) está viéndose actualmente resquebrajado y puesto en duda en muchos países de Europa y el resto del mundo. Esto pone de resalto cómo la pobreza extrema, la indigencia, vulneran también las libertades civiles, cuestionan la democracia. La pobreza le quita contenido, sentido y objeto a la democracia. Porque en la pobreza (y en la desigualdad, como afirma Pogge) no hay libertad civil. En la pobreza (no creo que haga falta aclarar “extrema”) no hay participación, porque no hay autonomía, no hay derechos. Por eso es un error escindir los derechos humanos en “generaciones”, donde algunos derechos (civiles) son de “primera” generación, en tanto que otros (económicos, sociales) serían de “segunda” generación. Sin los unos parece muy difícil ejercer los otros. Por eso uno de sus rasgos es la indivisibilidad. Sin estos derechos (vistos como indivisibles) no puede haber democracia, porque no existe la

su objeto, que es la participación.⁵¹ En la pobreza (extrema, agregaría Pogge, nosotros entendemos que en la pobreza *a secas*) la participación civil ya no es posible. Y en consecuencia, la democracia misma se desdibuja. Es una cáscara vacía, privada de los derechos esenciales que le dan sentido.⁵²

En este marco, entiende el autor que repensar el derecho (penal) internacional es de fundamental importancia para la diplomacia y para que los foros de consenso internacionales (como la ONU) no se conviertan en meros escenarios formales, piezas de museo, vaciadas de contenido, y sin impacto real en la relaciones entre países.

El desarrollo de enfoques críticos que perfeccionen los instrumentos jurídicos actuales es de fundamental importancia para desarrollar una justicia internacional (penal) cada vez más (y no menos) eficaz, que combata, como pide Van Ki Moon, la impunidad de los crímenes actuales, sin doble estándar. La impunidad es la contracara –o la consecuencia– de la continua erosión del Estado de derecho y del resurgimiento del “estado de excepción”, como advierte Frankenberg, que lentamente se impone en nuestras democracias como nueva “regla”, tanto en las relaciones entre países (que desconfían de los foros de la diplomacia y del principio rector de la “seguridad colectiva”, basada en la

participación política, que descansa en la autonomía civil. Sin derechos económicos, no hay derechos civiles, no hay libertad “política”, no hay autonomía moral, no hay independencia, no hay ciudadanos.

51. Por eso es tan importante desentrañar los fundamentos legales de la desigualdad, la forma en que el Derecho ha sido funcional a la desigualdad (por ejemplo, en tiempos de la Conquista, el Derecho era el Derecho del conquistador), que termina minando a la democracia. (Gargarella, R., *Los Fundamentos legales de la desigualdad*, Buenos Aires, Ed. Siglo XXI, 2014).

52. Por eso Kaleck, como muchos otros juristas comprometidos con los DDHH, cuestiona la escisión de los derechos humanos en “generaciones”, donde algunos derechos (civiles) serían de “primera” generación, en tanto otros derechos (sociales, económicos) serían de “segunda” generación. Los derechos son indivisibles en la práctica, solo se pueden “escindir” en la teoría, no en la práctica. Eduardo Luis Duhalde solía sostener que “los derechos humanos son el contenido ético de la democracia”, postulado afín al neoconstitucionalismo de autores como Ferrajoli y su esfera de “lo indecible” por las mayorías. Las mayorías ya no pueden “decidir” que determinadas personas “no son personas” o no tienen derechos humanos. Sencillamente, ya no pueden tomar esa decisión. En este sentido, los Estados ven –desde el derecho humanitario, desde instituciones supranacionales– recortada su soberanía.

cooperación, hoy reemplazada nuevamente –penosamente– por la doctrina de la “seguridad nacional”) como al interior de los Estados, que en nombre de distintas causas (no siempre reales), recortan continuamente derechos y libertades civiles.

La crisis del Estado de derecho y la crisis del principio de legalidad, tal como es señalada por diversos autores, solo puede ser afrontada, como muestra Kaleck en este libro, de una sola manera: defendiendo los derechos humanos esenciales (en la calle, no en las aulas, “bajando” al campo concreto, no encerrándose en el debate “teórico”; los derechos avanzan con las reivindicaciones concretas, con las Madres, las Abuelas, con sus rondas, con sus manifestaciones, con Rosa Parks no cediendo su asiento, no con los libros de derecho, no es la teoría –de los profesores– la que hace avanzar al derecho, es la práctica).⁵³

53. Punto que vio muy bien el pragmatismo. (Rorty, Dewey, James, hermano del célebre novelista inglés, Pierce, entre otros. No parece casual que los estandartes del pragmatismo filosófico se hayan dedicado especialmente a pensar la filosofía del Lenguaje, como no parece “accidental” ni casual, como señalan autores como Nussbaum, Mari, que la literatura sea la que mejor pone el acento –con sus “ficciones”– en la “práctica” social, en las distintas injusticias que deben ser narradas, no solo “descriptas”, ya que la palabra, como vio Austin, también es acto, también permite “hacer cosas”). Precisamente el pragmatismo y el feminismo rescatan la corporalidad (nada es más “práctico” que el cuerpo), punto que se vincula a la reivindicación (pos giro de la antropología) de las emociones-sentidos para el Derecho, como pregona el enfoque de Martha Nussbaum (*poetic justice*). La reivindicación de la corporalidad va, pues, de la mano de la reivindicación de la poesía., de la reivindicación de la palabra .La palabra es cuerpo. La poesía es sangre, dice un dicho chileno, que parece condecir este vínculo. La poesía se escribe con todo el cuerpo. No con el cuerpo “separado”, o dejado “de lado”, como pretende la filosofía moral “objetiva”. “Sería”. Académica. Positivista. Es el cuerpo (negado, reprimido, y desaparecido) el que “habla”. (Nietzsche, F., *Así habló Zarathustra*, Madrid, Alianza, 1999). Nietzsche es otro autor que reivindica, cuestionando la religión, y con su “platonismo invertido”, la importancia de la corporalidad frente al saber “abstracto”, con su “nihilismo” mezquino, apuntando a la “nada celeste”, Nietzsche reivindica el saber de ese “soberano poderoso y desconocido”, la gran razón del Cuerpo, frente a la otra pequeña razón platónica, humanista, socrática, “el *humanismo teórico*”, como lo denomina, no sin ironía, Nietzsche, ya que un humanismo “teórico” termina siendo muy poco “humano”, mucha “teoría”, poca práctica, poca “humanidad”: poco cuerpo, poco cuerpo en el Saber, poco espacio para lo corpóreo en el “humanismo” Cristiano, occidental, platónico, “teórico”, base de nuestra ciencia, de todo nuestro Saber, de nuestra “teoría”. (Nietzsche, F. *El nacimiento de la tragedia*, Madrid, Ed. Alianza, 2005). De paso recordemos que Platón (negador de lo corpóreo) expulsa a los poetas. Por eso la poesía supone combatir la negación de lo corpóreo (Nussbaum, M., *El ocultamiento de lo humano. Vergüenza, Repugnancia y Ley*, Buenos Aires, Ed. Katz, 2007) en el Saber, en

No dejando que ese “hilo” (del que según Martha Nussbaum pende actualmente la democracia a nivel mundial) se rompa.⁵⁴ Cuando Marcelo Raffin afirma que la “genealogía de los derechos humanos se pierde en la noche de la Historia” (la genealogía de los derechos humanos se pierde en la noche oscura de los tiempos) está cometiendo un sutil error retórico y pedagógico: la genealogía –génesis– de esos derechos esenciales, tan humanos, no se desdibuja o se pierde en la noche oscura, se defiende (y nace) en un solo lugar: la práctica. Muchas veces la práctica no se traslada o no llega o no se contiene en los libros. No se traduce ahí. Se maneja en un plano separado. Pero eso no quiere decir, como equívocadamente afirma el Doctor Raffin (como todo profesor, de modo autorreferencial, el único Derecho que la Academia pondera es el Derecho que la Academia misma produce, por correspondencia con lo cual se define y valida todo “Derecho”)⁵⁵ que se pierda.⁵⁶ Permanece de muchos modos (algunos implícitos) en la cultura y en un lugar muy importante, que es, según Aristóteles, donde nace la justicia: en nuestro lenguaje. En cada palabra que decimos, en la acción, en el activismo, afuera de la facultad.

el Derecho, en la Historia y en la política. La negación de los cuerpos (desaparecidos) en la cultura. Por eso la poesía (con jóvenes como Axat, hijos, abogados, poetas) supone ir a buscar ese “cuerpo desaparecido”, en dos sentidos: como corporalidad conceptualmente negada, cuya “consecuencia” práctica, es la desaparición efectiva de cuerpos “en la realidad”, más allá del concepto. La poesía lucha contra esta doble desaparición de los cuerpos, contra esta desaparición en dos niveles. Por eso la poesía humaniza, porque permite / deja “ver”. Deja que el cuerpo “hable”. Encuentre. Diga. Se reconozca –reencuentre– como dijo Fresneda, con esos “otros huesos” negados. “Venimos de estos huesos”. De esta corporalidad acribillada –política, pero también conceptualmente– por el Estado. Por el Derecho “antiemoción”. Por el Derecho (Estado) incapaz de “sentir”, incapaz de “conmoverse”. Por un Derecho “imparcial”, “objetivo”, neutral, sin cuerpos, sin valores, sin espacio para la emoción “subjetiva”, sin margen (sin espacio) para la “parcialidad” que “contamina” el “razonamiento”.

54. El objetivo actual de la doctrina constitucional (del derecho internacional, de todo activismo en derechos humanos, como muestra Wolfgang Kaleck en este libro) debería ser que ese hilo tan frágil, del cual pende o depende la democracia a nivel mundial, como afirma Nussbaum, no se rompa.

55. El activismo, en cambio, “saca” al Derecho “afuera” de la Facultad, afuera de los libros. En la práctica el Derecho es muy diferente. Los mismos profesores le aclaran este punto a los estudiantes cuando les dicen, como al pasar, que el Derecho “allá afuera” es bien distinto del derecho que “aprendemos” en los libros y manuales. “Bien distinto”.

56. Raffin, M., *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2006.

Comentario a jurisprudencia

Cooperación entre instituciones financieras internacionales y autoridades nacionales en la lucha contra la corrupción. Comentario a la sentencia *World Bank Group v. Wallace*

Ignacio Herrera*

Resumen

En *World Bank Group v. Wallace*, la Corte Suprema de Canadá decidió que las inmunidades de archivo y de personal protegen al Banco Mundial contra órdenes de presentación y *subpoena* emitidas por la Corte Superior de Justicia de Ontario en el contexto de un proceso penal. El hecho de que el proceso penal se haya iniciado a partir de información provista voluntariamente por el Banco Mundial no implica una renuncia tácita a las inmunidades. Este criterio jurídico posiblemente alentará un mayor nivel de cooperación entre las instituciones financieras internacionales y las autoridades nacionales en la lucha contra la corrupción. Dada la naturaleza fundamental de las inmunidades en la gobernanza multilateral, cualquier interpretación restrictiva de las inmunidades desalentaría dicha cooperación.

Palabras clave: Derecho internacional público, derecho internacional administrativo, organizaciones internacionales, privilegios e inmunidades, cooperación internacional, integridad, corrupción.

* Abogado (Universidad de Buenos Aires), Master of Laws (The George Washington University Law School), Magister en Estudios Internacionales (Universidad Torcuato Di Tella). Funcionario del Banco Interamericano de Desarrollo, Oficina de Integridad Institucional; ignacioh@iadb.org.

El autor agradece a Maristella Aldana, jefa de la Oficina de Integridad Institucional del Banco Interamericano de Desarrollo, por sus valiosos comentarios.

Las opiniones vertidas son del autor y no necesariamente reflejan las opiniones del Grupo del Banco Interamericano de Desarrollo, sus directivos, la Asamblea de Gobernadores o sus países miembros.

Cooperation between international financial institutions and national law enforcement agencies in the fight against corruption. The World Bank Group v. Wallace decision

Abstract

In *World Bank Group v. Wallace*, the Supreme Court of Canada decided that archival and personnel immunities shield the World Bank against production orders and *subpoenas* issued by the Ontario Superior Court of Justice in the context of criminal proceedings. The fact that the criminal proceedings originated from information voluntarily provided by the World Bank does not amount to an implicit waiver of immunities. This reasoning might encourage an increased level of cooperation between international financial institutions and national law enforcement agencies in the fight against corruption. Given the fundamental nature of immunities in multilateral governance, any restrictive interpretation of immunities would discourage such cooperation.

Keywords: Public international law, international administrative law, international organizations, privileges and immunities, international cooperation, integrity, corruption.

I. Introducción y conceptos relevantes

El 29 de abril de 2016 la Corte Suprema de Canadá dictó la sentencia *World Bank Group v. Wallace*¹ por la cual se decidió que, por inmunidades de archivo y de personal, la Corte Superior de Justicia de Ontario no podía emitir órdenes de presentación y *subpoena* contra el Banco Mundial.²

1. Corte Suprema de Canadá, Sentencia del 29 de abril de 2016, *World Bank Group v. Wallace*, expediente 36215 (disponible en: <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/15915/index.do>)(en adelante, *Wallace*).

2. El Banco Mundial está formado por dos organizaciones internacionales, el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y la Asociación Internacional de Fomento (AIF). A su vez, estas integran el Grupo del Banco Mundial junto con otras tres organizaciones internacionales: la Corporación Financiera Internacional (IFC, por sus siglas en inglés), el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA, por

Además, por argumentos de derecho procesal canadiense, la Corte Suprema decidió que los documentos y testimonios pretendidos no eran relevantes para el juicio que la Corte Superior de Justicia de Ontario llevaría a cabo.

El propósito de este trabajo es doble. En primer lugar, buscamos introducir esta pieza de derecho comparado y analizar los conceptos de derecho internacional público allí vertidos. En segundo lugar, intentamos delinear el impacto de *Wallace* en el contexto del mandato de las instituciones financieras internacionales (en adelante, las IFI) de proteger la integridad de sus operaciones, especialmente en materia de cooperación con autoridades nacionales en la lucha contra la corrupción.

Estas cuestiones no son completamente independientes. No se puede juzgar el impacto de *Wallace* en la tarea de promover la integridad sin extraer primero los elementos de la sentencia que puedan ser universales, y por lo tanto aplicables a situaciones análogas en otras jurisdicciones.

Ahora bien, la consecución de estos propósitos requiere explicar el mandato de las IFI en el área de la integridad de sus operaciones, con especial énfasis en el Banco Mundial, por ser parte del caso en el que se dictó la sentencia examinada, y en el Banco Interamericano de Desarrollo (BID),³ por el importante volumen de operaciones en América Latina y el Caribe,⁴ y por haberse presentado en la apelación como *intervenir* conjuntamente con otras IFI.⁵ También revisaremos brevemente el concepto jurídico de inmunidades de las organizaciones internacionales.

sus siglas en inglés) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

3. El BID, junto con la Corporación Interamericana de Inversiones (CII) y el Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN) conforman el Grupo del Banco Interamericano de Desarrollo (Grupo del BID).

4. En 2015 el BID desembolsó 10.398,7 millones de dólares en todos los países miembros, incluyendo 937,7 millones en la Argentina. Banco Interamericano de Desarrollo, *Informe Anual 2015*, p. 10 (disponible en <https://publications.iadb.org/handle/11319/7554>).

5. Las restantes IFI que intervinieron conjuntamente en la apelación del Banco Mundial fueron: Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Grupo del Banco Africano de Desarrollo, Banco Asiático de Desarrollo y Banco Nórdico de Inversiones.

El *intervenir* es un tercero interesado en el resultado del litigio. *Black's Law Dictionary*, Bryan A. Garner (ed.), West Group, St. Paul, Minnesota, 8ª ed., 2006.

A. Integridad en las operaciones de las instituciones financieras internacionales

Desde hace casi dos décadas, las IFI han puesto énfasis en la efectiva gestión de los riesgos de integridad de sus operaciones, y en particular en combatir el fraude y la corrupción. Si bien se han tomado innumerables medidas, a los fines de este trabajo basta con tener presente que, gracias a un esfuerzo de armonización,⁶ las IFI prohíben, investigan y sancionan administrativamente la comisión de ciertas prácticas en las actividades que financian. Las prácticas prohibidas son las prácticas fraudulentas, corruptas, colusorias, coercitivas y obstructivas.⁷

La investigación de estas prácticas prohibidas recae en una dependencia independiente del área de operaciones de las IFI,⁸ que en Banco Mundial corresponde a la Vicepresidencia de Integridad (en adelante identificada por el acrónimo INT), y en el BID, a la Oficina de Integridad Institucional.

La valoración de la responsabilidad de una persona física o jurídica investigada, incluyendo el descargo pertinente, corresponde a una autoridad independiente y no vinculada a la investigación.⁹ Además, los sistemas de sanciones del Banco Mundial y del BID son de doble instancia, permitiendo el recurso contra una sanción frente a comités independientes.

El estándar probatorio es de preponderancia de la prueba y la sanción es de carácter administrativo. Dentro del rango de posibles sanciones, se destaca la sanción de no elegibilidad para participar en las actividades financiadas por la IFI en cuestión, y su inclusión en una lista pública. Sujeto a ciertas condiciones, otras IFI reconocen y aplican estas sanciones.¹⁰

6. En febrero de 2006, representantes del Grupo del Banco Mundial, el Grupo del BID, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, el Grupo del Banco Europeo de Inversiones, el Grupo del Banco Africano de Desarrollo, el Banco Asiático de Desarrollo y el Fondo Monetario Internacional establecieron el Grupo de Trabajo de Instituciones Financieras Internacionales contra la Corrupción. Véase *Marco Uniforme para Prevenir y Combatir el Fraude y la Corrupción* (adoptado el 17 de septiembre de 2006); *Acuerdo de Aplicación Mutua de las Decisiones de Inhabilitación* (adoptado el 9 de abril de 2010).

7. *Marco Uniforme para Prevenir y Combatir el Fraude y la Corrupción*, sección 1.

8. *Ibíd.*, anexos 1, secciones 1-3.

9. *Acuerdo de Aplicación Mutua de las Decisiones de Inhabilitación*, sección 2.c.i.

10. *Ibíd.*, sección 4.

B. Inmunidades de las organizaciones internacionales

Las *inmunidades* de una organización internacional se entienden a partir del concepto amplio de *jurisdicción* del Estado. Si *jurisdicción*, en tal sentido, es “el poder del Estado para afectar personas, propiedad y circunstancias [es decir] un ejercicio de autoridad que puede alterar, crear o terminar relaciones y obligaciones legales”¹¹, *inmunidad* es “el reverso de este fenómeno”¹², la exclusión de la organización internacional del ejercicio soberano del poder.

Las inmunidades de las organizaciones internacionales tienen su fuente en tratados internacionales, no en la costumbre internacional.¹³ Como consecuencia, un Estado que no haya acordado restringir su jurisdicción (*i.e.* que no haya concedido ciertas inmunidades a una organización internacional mediante un tratado internacional) mantiene su poder intacto.¹⁴ Además, no es posible hablar de *inmunidad*, como concepto singular y universal, sino de las *inmunidades* concretas de cierta organización internacional. Veremos en *Wallace* que la Corte Suprema trata las inmunidades alegadas de forma separada (inmunidad de archivo e inmunidad de personal) y con apego al texto de los tratados internacionales aplicables.

En cuanto al propósito de las inmunidades de las organizaciones internacionales, la doctrina generalmente reconoce que es el de garantizar la independencia de las organización internacionales y de su personal respecto de un Estado miembro individual¹⁵. Esto no implica evitar que una organización

11. Malcom N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 5a ed., 2003, p. 527.

12. *Ibíd.*

13. Amerasinghe, Chittharanjan Felix, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge University Press, Nueva York, 2ª ed. rev., 2005, pp. 315-317; Shaw, *op. cit.*, pp. 1205-1206.

14. Amerasinghe, *op. cit.*, pp. 315-317; Shaw, *op. cit.*, pp. 1205-1206.

15. Amerasinghe, *op. cit.*, pp. 315-316; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Nueva York, 6ª ed., 2003, p. 652; Martha, Silvestre Jacinto Rutsel, “International Financial Institutions and Claims of Private Parties: Immunity Obliges”, *World Bank Legal Review*, 2011, nro. 3, pp. 114-115; Henry G. Schermers y Niels M. Blokker, *International Institutional Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 4ª ed. rev., 2003, párr. 234; Shaw, *op. cit.*, pp. 1206-06.

internacional rinda cuentas frente a los Estados, sino que estos deben conducir la organización internacional mediante el mecanismo de gobernanza multilateral acordado al momento de constituir la, o de ingresar si ya estaba constituida. En este sentido, veremos en *Wallace* que el mandato de promoción de la integridad de las operaciones del Banco Mundial, conferido este por sus miembros en un marco multilateral, no puede ser restringido por los órganos judiciales de uno solo de ellos.

II. Comentario a *World Bank Group v. Wallace*

En *Wallace*, se presentaron dos cuestiones frente a la Corte Suprema de Canadá:¹⁶

(i) “[Si] el Grupo del Banco Mundial puede ser sujeto de órdenes de presentación emitidas por una corte canadiense”.

(ii) “[Si] en tal caso, en el contexto de una solicitud *Garofoli*, los documentos pretendidos superan el test de relevancia”.

Observamos que la primera cuestión aborda conceptos de derecho internacional público mientras que la segunda aborda lo tocante al debido proceso en derecho canadiense. Dado el propósito de nuestro trabajo, nos referiremos a la primera cuestión solamente, tanto en la descripción del trasfondo fáctico como en el análisis jurídico.¹⁷

Generalmente, los Estados acuerdan expresamente que el personal de las organizaciones internacionales no debe recibir instrucciones de otras autoridades, incluyendo Estados. Véase, por ejemplo: *Carta de Naciones Unidas* (adoptada el 25 de junio de 1945), Artículo 100.1; *Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento* (adoptado el 22 de julio de 1944), Artículo V, Sección 5(c); *Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional* (adoptado el 22 de julio de 1944), Artículo XII, Sección 4(c); *Convenio Constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo* (adoptado el 8 de abril de 1959), Artículo VIII, Sección 5(d).

16. *Wallace*, párr. 23. “(1) whether the World Bank Group could be subject to a production order issued by a Canadian court, and (2) if so, whether in the context of a *Garofoli* application, the documents sought met the test for relevance”. Esta y las restantes traducciones corresponden al autor.

17. Solo para tener una comprensión cabal de la segunda cuestión, basta con tener presente que la Corte Suprema decidió que los documentos pretendidos por los acusados de conformidad con el precedente *O'Connor* (que permite ordenar a terceros la presentación

A. Los hechos de Wallace y la decisión de la Corte Superior de Justicia de Ontario¹⁸

1. Antecedente: el proyecto y el proceso administrativo de sanción del Banco Mundial

El gobierno de Bangladesh solicitó financiamiento al Banco Mundial para el Proyecto de Construcción de un Puente Multipropósito sobre el río Padma (en adelante, el “Proyecto”) con el objetivo de diseñar, construir y operar un puente vial y ferroviario.¹⁹ El Padma es tributario de dos de los ríos más largos del mundo, el Ganges y el Brahmaputra, y atraviesa India y Bangladesh hasta desembocar en el delta del Ganges, el más extenso del mundo.²⁰

Originalmente, se acordó que el Proyecto recibiría financiamiento de un consorcio internacional liderado por el Banco Mundial por hasta 2,9 millones de dólares.²¹ Este financiamiento provendría del propio Banco Mundial (a través la AIF, y por hasta 1,2 millones de dólares), del Banco Asiático de Desarrollo, de la Agencia Japonesa de Cooperación Internacional y del Banco Islámico de Desarrollo.²² La supervisión de las obras, costeadas con recursos del financiamiento del Proyecto, recaería en una firma internacional seleccionada mediante un proceso público competitivo.

de información cuando está en juego la culpabilidad de un acusado) eran irrelevantes para que la Corte Superior de Justicia de Ontario valorara la admisibilidad de las comunicaciones cuestionadas. Esto significa que, aún si el Banco Mundial no gozara de las inmunidades alegadas, no debería ser objeto de ninguna orden de presentación.

18. Hemos extraído los hechos reseñados a continuación tanto de la propia sentencia *sub examine* como de otras fuentes públicas oficiales, incluyendo comunicados de prensa del Banco Mundial, según se cita a continuación. Además, para mejor comprensión, hemos distinguido en esta sección el proceso administrativo de sanción del Banco Mundial y el proceso penal canadiense, que todavía continúa abierto.

19. Corte Suprema de Canadá, Apelación del 19 de febrero de 2015, *World Bank Group v. Wallace*, expediente 36215 (disponible en: <http://www.scc-csc.ca/case-dossier/info/mal-mdaa-eng.aspx?cas=36315>), párr. 7.

20. *Ibíd.*, párr. 7.

21. *Ibíd.*, párr. 26.

22. *Ibíd.*, párr. 26.

En marzo de 2011 el Banco Mundial recibió denuncias de corrupción durante el proceso de selección de la firma de supervisión.²³ Estas denuncias involucraban a funcionarios gubernamentales de alto rango de Bangladesh y aun a de las firmas postulantes, SNC-Lavalin, y dieron origen a una investigación de INT, la mencionada dependencia responsable de investigaciones en el Banco Mundial.²⁴ Casi inmediatamente, en abril de 2011, INT proveyó información que había recibido y verificado a la RCMP, indicando expresamente que la entrega no derogaba las inmunidades del Banco Mundial²⁵ e informando que no podía revelar la identidad de los denunciantes.²⁶ INT realizó otras entregas de información con posterioridad.

En septiembre de 2011 y en abril de 2012 el Banco Mundial también entregó información sobre la investigación al gobierno bangladesí.²⁷ También estableció una serie de condiciones para continuar financiando el Proyecto, pero finalmente decidió cancelarlo por la “respuesta inadecuada” del gobierno.²⁸

El 17 de abril de 2013 el Banco Mundial anunció la inhabilitación de SNC-Lavalin Inc., junto con más de 100 sociedades vinculadas correspondiendo al 60% del giro comercial de la controlante, SNC-Lavalin Group, por un período de 10 años.²⁹ La sanción puede ser reducida a 8 años si estas compañías cumplen con una serie de condiciones acordadas, incluyendo la

23. *Ibíd.*, párr. 34.

24. *Ibíd.*

25. *Ibíd.*, párr. 35.

26. *Ibíd.*, párr. 36.

27. Banco Mundial, *Press Release: World Bank Statement on Padma Bridge* (29 de junio de 2012) (disponible en: <http://www.worldbank.org/en/news/press-release/2012/06/29/world-bank-statement-padma-bridge>).

28. *Ibíd.* “In light of the inadequate response”. Posteriormente, Bangladesh informó al Banco Mundial que retiraba su pedido de financiamiento. Banco Mundial, *Press Release: Statement on Padma Multipurpose Bridge Project* (1 de febrero de 2013) (disponible en: <http://www.worldbank.org/en/news/press-release/2013/02/01/statement-on-padma-multipurpose-bridge-project>).

29. Banco Mundial, *Press Release: World Bank Debars SNC-Lavalin Inc. and its Affiliates for 10 years* (17 de abril de 2013) (disponible en <http://www.worldbank.org/en/news/press-release/2013/04/17/world-bank-debars-snc-lavalin-inc-and-its-affiliates-for-ten-years>).

mejora de su programa de cumplimiento.³⁰ El resto de SNC-Lavalin Group recibió una sanción de “no inhabilitación condicional”³¹. La sanción fue resultado de un acuerdo de resolución negociada entre las partes³². Así, con excepción del monitoreo de las condiciones, el proceso administrativo quedó concluido.

2. *El proceso penal canadiense*

Tras recibir la información del Banco Mundial, la RCMP inició su propia investigación penal, en el marco de la cual requirió y obtuvo autorización para escuchar conversaciones telefónicas en tres oportunidades, de conformidad con lo dispuesto en la Parte VI del Código Penal canadiense.³³ El oficial de la RCMP que preparó la solicitud “se basó ampliamente” en la información transmitida por INT, incluyendo los testimonios obtenidos por esta, y en declaraciones de un funcionario de INT.³⁴ Este oficial también interrogó a uno de los testigos de INT.³⁵ Además, en septiembre de 2011, la RCMP obtuvo un *search warrant* (i.e. una autorización para ejecutar un allanamiento y registro).³⁶

La RCMP imputó a cuatro individuos por violación a la Ley de Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros.³⁷ Tres de los imputados eran

30. *Ibíd.*

31. *Ibíd.* La “no inhabilitación condicional” implica la imposición de la obligación de llevar a cabo medidas preventivas o correctivas específicas a la parte sancionada, la que podrá ser inhabilitada si no satisface estas obligaciones en un plazo especificado.

32. *Ibíd.*

33. *Wallace*, párr. 16. En lo relevante a la sentencia *sub examine*, la Parte VI del Código Penal canadiense tipifica la interceptación dolosa de comunicaciones privadas y regula los requisitos y condiciones bajo las cuales un agente estatal puede interceptar estas comunicaciones y emplearlas en un proceso judicial. Las condiciones incluyen la obtención de una autorización judicial.

34. *Wallace*, párr. 17. “[L]argely relied on”.

35. *Wallace*, párr. 17.

36. *Wallace*, párr. 19.

37. *Wallace*, párr. 12. La Ley de Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros (*Corruption of Foreign Public Officials Act*, promulgada el 10 de diciembre de 1998) tipifica, en lo relevante, el cohecho de funcionarios públicos extranjeros. Se dictó como implementación de la *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros*

empleados de Lavalin-SNC y el restante era, según la imputación, un representante de un funcionario público bangladesí de alto rango. Dos imputados recibieron un *indictment* (comparable a un auto de procesamiento en derecho procesal argentino) en mayo de 2013 y los otros dos en septiembre del mismo año, y la Corona anunció su intención de introducir las comunicaciones interceptadas como prueba en la etapa de juicio.³⁸

La cuestión se suscitó cuando los acusados pretendieron que la Corte Superior de Justicia de Ontario emitiera una orden de presentación de documentación contra el Banco Mundial y dos *subpoenas* (citaciones a comparecer) contra sendos funcionarios del Banco Mundial.³⁹ Los documentos y testimonios pretendidos, argumentaron los acusados, permitirían valorar las autorizaciones para intervenir comunicaciones de conformidad con el precedente *Garofoli*,⁴⁰ y por lo tanto, determinar la admisibilidad de las comunicaciones interceptadas en juicio.

El magistrado asignado al juicio aceptó que los funcionarios requeridos gozaban *prima facie* de inmunidad, pero halló lo siguiente:

- (i) El Banco Mundial había renunciado a esta inmunidad tácitamente.
- (ii) Por analogía con principios de información privilegiada de *commonlaw*, el Banco Mundial no podía elegir entregar cierta información, pero retener otra.
- (iii) Por aplicación de la doctrina de “excepción de carga / beneficio” (*benefitburden exception*) del *commonlaw*, el Banco Mundial debía entregar toda la información por haber decidido beneficiarse del proceso penal.⁴¹

en *Transacciones Comerciales Internacionales* de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (adoptada el 21 de noviembre de 1997).

38. *Wallace*, párrs. 20-21. En Canadá, una monarquía parlamentaria, la acción penal pública es ejercida en nombre de “Su Majestad la Reina en Derecho de Canadá” (*Her Majesty the Queen in Right of Canada*). De ahí el uso del término “la Corona” (*The Crown*) en los procesos judiciales.

39. *Wallace*, párr. 23. Los acusados pretendían la entrega de una larga lista de documentación, incluyendo comunicaciones de funcionarios del Banco Mundial con denunciantes y testigos, con representantes de SNC-Lavalin, Inc. y con representantes de los gobiernos de Bangladesh y de Canadá.

40. *Wallace*, párr. 4.

41. *Wallace*, párrs.24-28.

En cuanto a la inmunidad de archivos, el magistrado de juicio entendió que esta no se encontraba separada de la inmunidad del personal, resultando así que la mencionada renuncia tácita a la inmunidad de personal abarcaba todas las inmunidades del Banco Mundial.⁴² Además, entendió que “archivos” comprendía “registros históricos”, no los documentos requeridos, y que “inviolable” solo comprendía la protección contra órdenes de registro y secuestro o confiscación, pero no contra órdenes de presentación.⁴³

El Banco Mundial no es parte del proceso penal ni se presentó frente a la Corte Superior de Justicia de Ontario; solo lo hizo frente a la Corte Suprema de Canadá como tercero afectado por una orden de un juez de instancia superior.⁴⁴

El juicio penal no ha comenzado a la fecha de cierre de este trabajo.

B. La sentencia de la Corte Suprema de Canadá

Como hemos adelantado, se cuestiona si en un proceso penal canadiense, el Grupo del Banco Mundial podía ser sujeto de órdenes de presentación de documentos, y sus funcionarios, de *subpoenas*.

1. El derecho aplicable

La Corte Suprema de Canadá delimitó el derecho aplicable por referencia al Convenio Constitutivo del BIRF, al Convenio de la AIF y a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Primeramente, la Corte Suprema identificó la fuente de las inmunidades alegadas: el Artículo 7, Secciones 5 y 8 del Convenio Constitutivo del BIRF y el Artículo VII, Secciones 5 y 8 del Convenio Constitutivo de la AIF, cuyos textos son idénticos.⁴⁵ Esta normativa es aplicable, explicó, porque la

42. *Wallace*, párr. 29.

43. *Wallace*, párr. 29.

44. *Wallace*, párr. 31.

45. *Wallace*, párr. 48. Vale aclarar que la sentencia cita ambos convenios constitutivos porque, si bien a su entender “hay cierta ambigüedad sobre la ubicación de INT en la estructura global del Grupo del Banco Mundial”, en cualquier caso, los documentos pretendidos son parte de los archivos del BIRF o del AIF, y los actos oficiales de los funcionarios de INT están también cubiertos por la inmunidad de uno u otro. *Wallace*, párrs. 49-50.

investigación de corrupción llevada a cabo por INT en relación con el Proyecto es parte del régimen de integridad del Banco Mundial.⁴⁶

Las secciones citadas indican, en lo relevante, lo siguiente:

(i) “[L]os archivos [del BIRF o de la AIF, según corresponda]serán in- violables”.

(ii) “[Los]funcionarios y empleados del Banco [...]gozarán de inmuni- dad respecto de acciones judiciales por actos ejecutados dentro de sus atribuciones oficiales, excepto cuando el BIRF o la AIF, según corres- ponda]renuncie a esta inmunidad”.

La Corte Suprema descartó la posibilidad de invocar también la sec- ción 3 del articulado citado,⁴⁷ que menciona posibles acciones judiciales, porque esta última tiene en mira la posibilidad de demandar al BIRF o a la AIF en el contexto de sus operaciones de crédito.⁴⁸

Además, la Corte Suprema descartó que las inmunidades de las Sec- ciones 5 y 8 de los artículos citados fueran “funcionales” en el sentido de que su aplicación requiera que “se haya demostrado específicamente que la inmunidad es necesaria para para que la organización lleve a cabo sus operaciones y responsabilidades”⁴⁹. La Corte Suprema observó que las in- munidades alegadas no contienen ninguna condición de funcionalidad,⁵⁰ a diferencia de la Sección 6 y de otros tratados constitutivos de organizaciones internacionales.⁵¹

46. *Wallace*, párr. 53.

47. “Sólo podrá seguirse acción contra (el BIRF o la AIF) ante un tribunal de jurisdicción competente, en los territorios de un miembro donde (el BIRF o la AIF) tuviere estable- cida una oficina, en que hubiere designado un apoderado con el objeto de aceptar em- plazamiento o notificación de demanda judicial, o donde hubiere emitido o garantizado títulos”.

48. *Wallace*, párr. 55.

49. *Wallace*, párr. 56. “That only applies where it has been specifically demonstrated that the immunity is necessary for the organization to carry out its operations and responsibilities”.

50. *Wallace*, párr. 64.

51. Véanse tratados internacionales, jurisprudencia y doctrina citada en *Wallace*, párrs. 59-63.

Por último, la Corte Suprema reafirmó que la correcta regla de interpretación de los convenios constitutivos son los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁵²

2. Aplicación del derecho

En primer lugar, la Corte Suprema interpretó que la inmunidad de archivo debía entenderse en un sentido amplio:

(i) “Archivo” debe entenderse en el sentido corriente de “colección de registros”, por lo que comprende todos los documentos en poder del Banco Mundial.⁵³

(ii) “Inviolable” conlleva la noción de protección contra cualquier forma de entrega involuntaria, no solo una orden de secuestro, tal como indica la jurisprudencia comparada y la doctrina, y como se observa en la práctica internacional.⁵⁴ Además, la entrega voluntaria de cierta documentación no es equivalente a una renuncia a la inmunidad de archivo porque esta excluye la posibilidad de cualquier tipo de renuncia (*i.e.* expresa o tácita), y un documento entregado voluntariamente ya no forma parte de los “archivos” tal como fueron definidos.⁵⁵

Así, el Banco Mundial no solo está protegido de órdenes de secuestro, sino que tampoco puede ser obligado a presentar documentos.

En segundo término, la Corte Suprema interpretó que los “procesos judiciales” contra los cuales se erige la inmunidad de los funcionarios y empleados del Banco Mundial incluyen la *subpoena* y cualquier otro tipo de procesos, y que los funcionarios contra los que se pretendía la *subpoena* en el caso *sub examine* estaban cumpliendo funciones oficiales cuando obtuvieron la información requerida⁵⁶.

52. Wallace, párr. 47. Véase *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (adoptada el 23 de mayo de 1969).

53. Wallace, párrs. 67-73.

54. Wallace, párrs. 74-81.

55. Wallace, párrs. 82-83.

56. Wallace, párr. 87.

Además, la Corte Suprema entendió que el Banco Mundial no había renunciado a la inmunidad en relación con el proceso judicial en cuestión. En este sentido, notó que la sección 8 de los artículos mencionados no indicaba si la “renuncia” a esta inmunidad debía ser expresa o tácita, pero que el objeto y propósito de los convenios constitutivos llevaba a interpretar que cualquier renuncia debía ser expresa para evitar una determinación “caso por caso”⁵⁷.

En el razonamiento más interesante a nuestros fines, la Corte Suprema indicó:

Es parte del acuerdo original [de membresía a una organización internacional] que cada Estado miembro acuerde aceptar el concepto de gobernanza colectiva. Como resultado, ningún miembro individual puede intentar controlar la institución, lo que podría ocurrir si los tribunales locales aplican conceptos locales y variados de renuncia implícita y presunta. El requisito de una renuncia expresa evita estos problemas.⁵⁸

Asimismo, la Corte Suprema explicó la consecuencia concreta de confirmar la renuncia implícita:

[E]xponer al Grupo del Banco Mundial a formas de renuncia implícita o presunta podría tener un efecto escalofriante en la colaboración con autoridades locales. Este efecto podría ser perjudicial, porque los bancos multilaterales, incluyendo al Grupo del Banco Mundial, están particularmente bien ubicados para investigar la corrupción y servir en el frente de los esfuerzos internacionales contra la corrupción.⁵⁹

57. *Wallace*, párrs. 88-90.

58. *Wallace*, párr. 93. “It is part of the original agreement that in exchange for admission to the international organization, every member state agrees to accept the concept of collective governance. As a result, no single member can attempt to control the institution, which may occur if domestic courts apply local and variegated conceptions of implied and constructive waiver. Requiring express waiver avoids these problems”.

59. *Wallace*, párr. 94. “[E]xposing the World Bank Group to forms of implied or constructive waiver could have a chilling effect on collaboration with domestic law enforcement. Such an effect would be harmful, since multilateral banks including the World Bank Group are particularly well placed to investigate corruption and to serve at the frontlines of international anti-corruption efforts”.

Finalmente, la Corte Suprema entendió que no podría suponerse una renuncia a la inmunidad de personal del Banco Mundial por aplicación de la doctrina de “excepción de carga/beneficio” (*benefit/burdenexception*) porque (i) el Banco Mundial no se beneficiaba con la persecución del delito en Canadá y (ii) porque la doctrina aplicaba al análisis de la inmunidad de la Corona bajo *commonlaw*, sin relación con las inmunidades de las organizaciones internacionales.⁶⁰

III. Conclusiones. El impacto positivo de Wallace en la lucha contra la corrupción

Concluimos que la decisión de la Corte Suprema de Canadá es correcta en todos los aspectos jurídicos resumidos precedentemente. También concluimos que el razonamiento de *Wallace* puede ser aplicado en situaciones análogas, en otras jurisdicciones y en relación con otras IFI dotadas de inmunidades similares, lo que posiblemente alentará un mayor nivel de cooperación entre las IFI y las autoridades nacionales en materia anticorrupción.

En relación con la primera conclusión, la Corte Suprema correctamente determinó que las inmunidades de las cuales goza cierta organización internacional en una jurisdicción específica se originan en un tratado internacional. En este sentido, como hemos explicado precedentemente, más que una noción universal de *inmunidad* lo relevante jurídicamente es el conjunto concreto de inmunidades concedidas a la organización internacional de marras. Además, por ser su fuente un tratado internacional, la interpretación de las inmunidades debe hacerse de acuerdo con el derecho internacional público.

Es igualmente correcta la interpretación de que, en ausencia de calificativos o límites específicos, las inmunidades deben entenderse en un sentido amplio en función del objeto y propósito del tratado internacional invocado. Así, en casos análogos, términos como *inviolable* o *inviolabilidad* deben interpretarse como una protección contra cualquier injerencia compulsiva, no solo la violencia física; *renuncia* como *renuncia expresa*, no tácita; y *proceso judicial* como cualquier tipo de actividad jurisdiccional, no solo una acción civil o penal.

60. *Wallace*, párrs. 97-98.

Por último, es importante notar que la Corte Suprema también expresó valoraciones de justicia y equidad. En este sentido destacamos las menciones al “efecto escalofriante” de no reconocer las inmunidades y al hecho de que el Banco Mundial no se beneficia específicamente al cooperar con Canadá.

En cuanto a la aplicación del razonamiento de *Wallace* en situaciones análogas, creemos que es posible porque los documentos constitutivos de las IFI, en general, conceden inmunidades idénticas o similares al del Convenio Constitutivo del BIRF. Evidencia de esto es el hecho de que otras IFI se presentaron ante la Corte Suprema como *intervener*.

La posibilidad de aplicar el razonamiento de *Wallace* en otros contextos representa un incentivo para un mayor nivel de cooperación entre las IFI y las autoridades nacionales. Si bien solo en una jurisdicción hay un pronunciamiento reconociendo que el intercambio de información no constituye como una renuncia tácita a las inmunidades de una IFI, este pronunciamiento alimenta la confianza de que otras jurisdicciones lleguen a una conclusión similar en un caso análogo. Dicho de otro modo, un criterio opuesto *Wallace* pondría a las IFI a que se vean en la disyuntiva de retener información útil para un Estado miembro o ver afectadas sus inmunidades.

Las IFI, como bien se reconoce en *Wallace*, “están particularmente bien ubicadas para investigar corrupción y para servir en el frente de los esfuerzos internacionales contra la corrupción”⁶¹. Explotar esta ventajosa posición mediante el aprovechamiento de sinergias con autoridades nacionales, sin embargo, requiere un adecuado respeto de las inmunidades acordadas. Por esto, *Wallace* sienta un precedente importante en la lucha global contra la corrupción.

IV. Bibliografía

Amerasinghe, Chittharanjan Felix, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge University Press, Nueva York, 2a ed. rev., 2005.

61. *Wallace*, párr. 94. “[M]ultilateral banks including the World Bank Group are particularly well placed to investigate corruption and to serve at the frontlines of international anti-corruption efforts”.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Nueva York, 6a ed., 2003.

Martha, Rutsel y Jacinto Silvestre, “International Financial Institutions and Claims of Private Parties: Immunity Obliges”, *World Bank Legal Review*, 2011, nro. 3.

Schermers, Henry G. y Niels M. Blokker, *International Institutional Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 4a ed. rev., 2003.

Shaw, Malcom N., *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 5a ed., 2003.

